

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E
SOVRANAZIONALE

CURRICULUM IN DIRITTO COSTITUZIONALE

CICLO XXV

**L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO:
UNA VIA ALTERNATIVA AL TESTAMENTO BIOLOGICO?**

BENEDETTA VIMERCATI

Tutor : Prof.ssa LORENZA VIOLINI

Coordinatore del Dottorato: Prof.ssa LORENZA VIOLINI

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

INDICE

INDICE	2
Introduzione	6

CAPITOLO I CONSENSO INFORMATO E AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA

1. Un mutamento di prospettiva nella relazione medico-paziente tra consenso informato e autodeterminazione terapeutica.	9
2. Origine ed evoluzione del consenso informato.	12
3. Le fonti del consenso informato.	19
3.1. Il legislatore nazionale e il consenso informato: la mancanza di una disciplina generale e completa.	19
3.2. Diritto europeo, diritto internazionale e consenso informato: l'affermazione di un diritto.	21
3.3. La deontologia.	27
4. Il consenso informato come diritto fondamentale: verso il riconoscimento di uno statuto costituzionale.	34
4.1. Il percorso verso il riconoscimento del fondamento costituzionale del consenso informato giurisprudenza e dottrina penale.	35
4.2. Il percorso verso il riconoscimento del fondamento costituzionale del consenso informato giurisprudenza e dottrina civile.	43
4.3. La Corte costituzionale e il riconoscimento dello statuto costituzionale del consenso informato.	50
4.4. Gli atti di disposizione del corpo alla luce della Carta costituzionale.	64
5. Autodeterminazione e Dignità: una parte per il tutto?	71
6. Incapaci: quali soluzioni?	84
6.1. Il principio di diritto della Corte di Cassazione nel caso Englaro.	86

CAPITOLO II
L'ISTITUTO CIVILISTICO DELL'AMMINISTRAZIONE
DI SOSTEGNO

1. Genesi e <i>ratio</i> : una nuova misura protezionistica, strumento di tutela per gli incapaci.	95
2. Uno sguardo comparatistico: la tutela degli incapaci in Francia, Austria e Germania.	106
2.1. La Francia: della <i>tutelle</i> , della <i>curatelle</i> e del <i>Mandat de protection future</i> .	107
2.2. L'Austria: del <i>Sachwalterschaft</i> .	109
2.3. La Germania: del <i>Betreuung</i> .	110
3. I tratti salienti dell'amministrazione di sostegno e il rapporto con interdizione e inabilitazione: una incerta frontiera?	112
4. I presupposti soggettivi per l'attuazione.	124
4.1. La minore o maggiore incapacità di agire.	124
4.2. La maggiore età come presupposto applicativo?	134
5. Il procedimento di nomina.	136
5.1. Ricorso: quali legittimati e quale forma.	142
5.2. Il giudice tutelare e l'audizione del beneficiario: il cuore del procedimento di nomina.	148
5.3. Mezzi probatori e principio inquisitorio.	151
5.4. I mezzi di gravame.	152
6. La necessità della difesa tecnica.	156
7. Il ruolo del pubblico ministero: una presenza necessaria?	161
8. I poteri dell'amministratore di sostegno.	163
8.1. Verso l'attuazione del principio personalista.	164
8.2. Atti personalissimi: quale il limite dell'amministrazione di sostegno?	169
8.3. Amministrazione di sostegno e consenso informato.	172

CAPITOLO III
AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO,
CONSENSO INFORMATO E TESTAMENTO BIOLOGICO

1. Premessa.	179
--------------	-----

PARTE I
AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E RICOSTRUZIONE DELLA VOLONTÀ:
UN EMBLEMATICO DÉJÀ VU

1. Il decreto del 24 luglio 2012, Tribunale di Reggio Emilia	182
1.1. I fatti e il contenuto del decreto.	183
1.2. Un commento...	188

PARTE II
L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO, IL CONSENSO INFORMATO E IL
TESTAMENTO BIOLOGICO: UN RAPPORTO DISEGNATO IN UN PERCORSO
GIURISPRUDENZIALE

1. L'accostamento di due istituti: amministrazione di sostegno e dichiarazioni anticipate di trattamento.	192
2. Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008: amministrazione di sostegno e dichiarazioni anticipate di trattamento.	194
3. Decreto tribunale di Modena 5 novembre 2008: la nomina <i>pro futuro</i> .	200
3.1. L'attualità della condizione di fragilità quale presupposto necessario.	202
3.1.1. Il recente arresto della Corte di Cassazione sul requisito di attualità della condizione di infermità...un'occasione per ribadire alcuni principi in materia di decisioni di fine vita.	207
4. La disciplina dell'amministrazione di sostegno alla prova della tutela per il diritto alla libertà personale.	210
4.1. La tutela del diritto di autodeterminazione: problematiche di ordine sostanziale.	210

4.2. La tutela del diritto di autodeterminazione da un punto di vista strettamente processualistico.	217
--	-----

PARTE III
AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO
NEL PRISMA DEL DISEGNO DI LEGGE IN MATERIA DI DICHIARAZIONI
ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

1. La necessità di un intervento normativo in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento.	222
2. Luci e ombre dell'attuale disegno di legge in materia di direttive anticipate di trattamento.	225
3. L'amministrazione di sostegno in una prospettiva <i>de jure condendo</i> : i profili più discutibili del disegno di legge.	233
3.1. Ipotesi di formulazione dell'articolo 2.	236
4. L'attuale discussione parlamentare: un'occasione da non perdere.	240
Conclusioni	244
Bibliografia	250

INTRODUZIONE

«Nessun dubbio che debba valere il dovere dell'ordinamento al rispetto di un'espressione autodeterminativa che null'altro chiede se non che il processo biologico, lungi dal venir forzato, si dipani secondo il suo "iter" naturale. E sol che si richiami il secondo comma del vigente art. 408 c.c. (...) appare di difficile confutazione la conclusione dell'assoluta superfluità di un intervento legislativo volto a introdurre e disciplinare il c.d. testamento biologico. Già esistono, infatti, il diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), lo strumento a mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà (l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408 comma 2, c.c.) e, infine, l'istituto processuale di cui avvalersi (l'amministrazione di sostegno)».

Un recente *trend* giurisprudenziale, sinteticamente riassunto nella citazione menzionata, ha visto nella figura protezionistica dell'amministrazione di sostegno lo strumento idoneo a tutelare al diritto di autodeterminazione degli incapaci, ovviando alla lacuna normativa in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento. I due recenti istituti dell'amministrazione di sostegno e del testamento biologico vengono accostati l'uno all'altro, attraverso una lettura costituzionalmente orientata della disciplina civilistica.

Ciò posto, occorre però interrogarsi per capire se tale accostamento sia effettivamente strumento di garanzia per i diritti di libertà del beneficiario.

Il presente lavoro di ricerca si pone pertanto l'obiettivo di analizzare l'istituto dell'amministrazione di sostegno al fine di comprendere se l'amministrazione di sostegno, così come attualmente disciplinato e ridisegnato tramite operazione ermeneutica della giurisprudenza tutelare,

possa essere considerata una valida alternativa ad una normativa sulle dichiarazioni anticipate di trattamento.

A tal fine il presente lavoro si divide in tre capitoli; nel primo capitolo si è cercato di sviscerare quella che potremmo considerare la premessa maggiore dell'argomentazione logica utilizzata dai giudici tutelari in vista dell'accostamento tra amministrazione di sostegno e testamento biologico, ovvero sia l'esistenza di un diritto al consenso informato e la tutela di esso in relazione a soggetti incapaci di intendere e di volere.

Si è pertanto ricostruita la genesi di questo istituto fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 438 del 2008, con la quale è stato riconosciuto lo statuto costituzionale del consenso informato nella cornice degli artt. 2, 13 e 32 Cost., a loro volta frutto di un percorso evolutivo che ha visto protagonisti, oltre alla dottrina, i tribunali ordinari civili e penali chiamati a definire la natura dell'istituto su sollecitazione dei numerosi ricorsi ricevuti.

Definito il fondamento costituzionale del consenso e ricavato da questo un corrispettivo diritto all'autodeterminazione terapeutica in senso negativo, quale rifiuto di trattamento ancorché salvavita, si pone la *vexata questio*, in parte risolta dalla Corte di Cassazione civile con il caso Englaro, di come poter garantire questo diritto anche a soggetti che siano impossibilitati ad esprimere viva voce la propria volontà,.

Il secondo capitolo è invece dedicato alla disciplina amministrazione di sostegno e in particolare, a partire dalla *ratio* che ne sostiene l'introduzione nel panorama civilistico, al profilo concernente i poteri attribuibili all'amministratore, che possono giungere fino all'attuazione di atti personalissimi, quali la prestazione del consenso informato in nome e per conto del beneficiario.

Il lavoro si chiude con un terzo ed ultimo capitolo, a sua volta strutturato in tre parti, dedicato all'interazione tra l'istituto dell'amministrazione di sostegno, quello del consenso informato e quello del testamento biologico.

Nella prima parte si prende esemplificativamente in considerazione un decreto del giudice tutelare di Reggio Emilia con il quale si attualizza, tramite amministrazione di sostegno, l'operazione di ricostruzione *ex post* della volontà terapeutica di una donna incapace di esprimere i propri intendimenti. Dall'analisi della pronuncia si cercherà quindi di verificare, in, maniera critica, se il principio di diritto espresso nella sentenza Englaro risponda effettivamente alla finalità di tutela del diritto di autodeterminazione di un soggetto incapace.

La seconda parte si rivolge all'analisi del percorso giurisprudenziale che, tramite una lettura costituzionalmente orientata della disciplina civilistica, ha portato l'amministrazione di sostegno a divenire una sorta di alter ego del testamento biologico, conducendo alcuni a ritenere un eventuale intervento del legislatore nel campo delle decisioni di fine vita una mera superfetazione normativa.

Quel che si cercherà di mettere in luce è se e come quest'ultima affermazione possa considerarsi condivisibile in relazione all'esigenza del rispetto della tutela della personalità e della libera esternazione della volontà del beneficiario.

Nell'ultima parte, mettendo in luce la necessità di un intervento del legislatore in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento e rilevando i profili per cui si dovrebbe approfittare dell'occasione del dibattito parlamentare, si prenderà in considerazione l'amministrazione di sostegno in una prospettiva *de jure condendo*, evidenziando le luci e le ombre del ruolo disegnato per la figura protezionistica nel disegno di legge sul testamento biologico attualmente pendente in Senato.

CAPITOLO I

CONSENSO INFORMATO E

AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA

SOMMARIO: 1. Un mutamento di prospettiva nella relazione medico-paziente tra consenso informato e autodeterminazione terapeutica. - 2. Origine ed evoluzione del consenso informato. - 3. Le fonti del consenso informato. - 3.1. Il legislatore nazionale e il consenso informato: la mancanza di una disciplina generale e completa. - 3.2. Diritto europeo, diritto internazionale e consenso informato: l'affermazione di un diritto. 3.4. La deontologia. - 4. Il consenso informato come diritto fondamentale: verso il riconoscimento di uno statuto costituzionale. - 4.1. Il percorso verso il riconoscimento del fondamento costituzionale del consenso informato giurisprudenza e dottrina penale. - 4.2. Il percorso verso il riconoscimento del fondamento costituzionale del consenso informato giurisprudenza e dottrina civile. - 4.3. La Corte costituzionale e il riconoscimento dello statuto costituzionale del consenso informato. - 4.4. Gli atti di disposizione del corpo alla luce della Carta costituzionale. - 5. Autodeterminazione e Dignità: una parte per il tutto? - 6. Incapaci: quali soluzioni? - 6.1. Il principio di diritto della Corte di Cassazione nel caso Englaro.

1. Un mutamento di prospettiva nella relazione medico-paziente tra consenso informato e autodeterminazione terapeutica.

Il consenso informato è lo strumento principe di quella rivoluzione terapeutica che ha mosso i primi passi nel XX secolo e ha portato al decadimento del principio paternalistico-ippocratico¹ quale principio ispiratore del rapporto tra medico e paziente, anima dell'*ars medica* fin dalle sue remote origini. Il modello paternalistico² comportava infatti uno

¹ In un passo contenuto nel giuramento di Ippocrate, così si parla del ruolo del medico: «Guidato dalla mia esperienza e dal mio sapere ordinerò un regime più idoneo per curare gli ammalati, salvaguardando questi da ogni male e da ogni danno. A chiunque mi chiederà un veleno glielo rifiuterò come pure mi guarderò dal consigliarglielo. Non darò a nessuna donna dei farmaci antifecondativi o antiabortivi. Cercherò di conservare pura la mia vita e sana la mia arte. Non opererò chi ha il male della pietra lasciando tale opera allo specialista».

² Emanuel ed Emanuel negli anni '90 furono tra i principali teorici della distinzione tra le varie tipologie di modelli entro i quali si articolerebbe il rapporto tra medico e paziente

sbilanciamento dell'equilibrio nel rapporto a favore della parte tecnica e quindi del medico, che con il suo bagaglio di scienza ed esperienza orientava il proprio paziente, il quale a lui si affidava completamente. Tale equilibrio inizia con il tempo ad essere visto come una vera e propria asimmetria³, incapace di dare il giusto valore al paziente che si

che, a loro detta, si fonda sulla combinazione di quattro fattori: gli obiettivi della relazione terapeutica, le obbligazioni del medico, il concetto di autonomia del paziente e il ruolo dei valori di cui questo è portatore. I due autori non sono però gli unici a ricostruire alcuni modelli entro i quali inquadrare la relazione medico-paziente; in Italia, un contributo in proposito, è stato apportato dal Comitato Nazionale di Bioetica nel documento "Formazione e consenso all'atto medico" del 20 giugno 1992. Il Comitato fa riferimento a due modelli tipici, quello *tecnicistico* e quello della *beneficialità*. Il primo concepisce l'atto medico come la «semplice esecuzione, competente sul piano tecnico-scientifico, delle richieste espresse del malato, salvo il caso ovviamente in cui tali richieste venissero a conflitto con la coscienza del singolo sanitario». All'interno del medesimo modello il Comitato distingue poi due figure più specifiche: la versione mercantile (la salute viene intesa come oggetto di transazione di mercato) e un temperamento della stessa, che si realizza tramite un contratto esplicito (il rapporto con il medico diventa così una "transazione commerciale tra due *partner*"). Il modello della *beneficialità* riconosce invece come imprescindibile l'impegno morale del medico di agire nell'interesse del malato, considerato nella sua globalità. È solo in questa seconda tipologia relazionale che il Comitato individua la possibilità di formazione di un valido e completo consenso informato. Cfr. EMANUEL E.J. & EMANUEL L.L., *Four models of the physician-patient relationship*, in *Journal of the American Medical Association*, n. 267, 1992; nel saggio i due autori rilevano la presenza di quattro modelli del rapporto tra medico e paziente che si basano sul ruolo sempre crescente del paziente in ambito di decisioni diagnostico-terapeutiche. I modelli possono essere così descritti: 1) Modello paternalistico (definito *priestly* ovvero genitoriale, sacerdotale) in cui il medico è visto come il soggetto del rapporto depositario di tutti quei criteri indispensabili per giungere alla scelta migliore per la salute del paziente, scelta che viene accettata, anche se talvolta contro voglia, dal paziente. Il ruolo del medico è quindi solo quello di informare il paziente delle attività diagnostico-terapeutiche che devono essere poste in essere per meglio tutelare la sua salute e di conseguenza di procedere autoritariamente alla loro esecuzione; 2) Modello informativo (chiamato *engineering* o *consumer model*, ovvero modello scientifico) in base al quale lo scopo della interazione medico-paziente è il fornire, da parte del primo, tutte le informazioni al paziente affinché quest'ultimo abbia la possibilità di decidere come agire a tutela della propria salute. Il ruolo del medico si riduce quindi a quello di ricercatore, informatore ed illustratore dei possibili percorsi terapeutici; 3) Modello interpretativo, sulla scorta del quale il medico deve cercare insieme al paziente di individuare i suoi valori, collocandoli in una scala di priorità; solo una volta svolto tale incombenza il medico potrà informare il paziente dei trattamenti che meglio rispondono alla scala di valori precedentemente determinata, agendo quindi da mero consigliere. In ultima istanza, infatti, rimane spettanza del paziente decidere la terapia da seguire; 4) Modello deliberativo; questo modello è molto simile al precedente. L'aspetto che muta riguarda la concezione del medico il quale, più che come un consigliere, è visto come un fratello che aiuta il paziente instaurando un dialogo tramite il quale valutare i *pro* e i *contro* di una data opzione terapeutica e quindi, sulla base di tale bilanciamento, scegliere il più consono. Cfr. altresì FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 119-121.

³ Di asimmetria nel rapporto medico-paziente parla anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, Parere su scopi, limiti e rischi della medicina, 14 dicembre 2001, Roma, 2003, 61.

interfacciava con il personale sanitario in una condizione di fragilità, asimmetria non pienamente coerente con il principio personalista e soprattutto con l'esaltazione del diritto alla libertà personale consacrata nella Carta costituzionale e in particolar modo tramite le letture delle disposizioni costituzionali che si sono susseguite dall'emanazione della Costituzione, sia da parte della giurisprudenza ordinaria sia da quella costituzionale⁴.

Deposto tale modello, in conformità con il principio di autonomia personale in ambito sanitario, che «rinviene il proprio fondamento nello statuto antropologico dell'uomo-paziente, essere personale, razionale e libero, capace di riconoscere e di scegliere (con l'aiuto del professionista medico) quanto può giovare alla conservazione e al recupero della salute»⁵, emerge pertanto la c.d. alleanza terapeutica, dove medico e paziente vengono posti sul medesimo piano in un rapporto fatto di reciproci scambi e di rafforzamento della volontà del paziente rispetto a quanto prospettato dal medico nel percorso terapeutico. Si assiste pertanto ad una implementazione del principio personalistico, trama del nostro sistema ordinamentale, che «pone al primo posto nella gerarchia dei valori la persona umana»⁶.

Per poter realizzare, dare concretezza ad un rapporto così disegnato e al principio che ne costituisce il fondamento, diventa fondamentale che il medico, depositario della scienza, tenga sempre il più esaustivamente possibile informato il proprio paziente sia nella fase diagnostica che in quella più propriamente terapeutica, con indicazione dello stato di salute,

⁴ Cfr. GRAZIADEI M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto, I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 217; DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 584; ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 403.

⁵ LEOTTA C.D., *Consenso informato (voce)*, in *Digesto delle discipline penali*, Utet, p. 100.

⁶ MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, CEDAM, Padova, 1974, p. 38. Si ricordi che Mantovani, già in questo scritto, aveva ricondotto il principio del consenso del soggetto agli interventi sul proprio corpo nell'alveo del principio personalistico.

delle possibili terapie ritenute maggiormente adeguate alla patologia diagnosticata, come anche delle conseguenze relative alla scelta di un percorso terapeutico e delle eventuali alternative offerte dalla scienza medica, così che il paziente possa essere messo in condizione di esercitare pienamente la propria libertà di scelta. Un dovere di informativa che rende il singolo paziente non più solamente il soggetto passivo del rapporto, il mero destinatario del trattamento, ma un coprotagonista a tutti gli effetti del rapporto terapeutico insieme al proprio medico.

Nasce quindi il consenso informato che, pochi anni orsono, è stato elevato a vero e proprio diritto fondamentale dalla Corte costituzionale, la quale ne ha quindi riconosciuto lo statuto costituzionale, da ciò discendendo una serie di ripercussioni sia in ambito dottrinale che, soprattutto, in ambito giurisprudenziale.

2. Origine ed evoluzione del consenso informato.

Il consenso informato, anche se con modalità parzialmente differenti, è pratica da lungo tempo consolidata nella tradizione medica e della quale si trovano attestazioni fin dall'antica Grecia⁷. Questo istituto, che trova infatti radici nel passato, è frutto di una complessa riflessione etica, filosofica e più recentemente anche giuridica⁸.

⁷ Già Platone parlava del rapporto tra medico e paziente osservando che: «Il medico schiavo (...) ordina ciò che gli suggerisce l'esperienza, come se avesse esatte cognizioni scientifiche, con la sufficienza di un tiranno (...). Invece il medico libero, comunicando le sue impressioni al malato e ai suoi familiari, mentre da un lato impara egli stesso qualcosa dal paziente, dall'altro, si fa maestro dell'ammalato, cui nulla prescrive senza averlo prima convinto (...) rendendolo poi docile per via di persuasione» (PLATONE, *Leges*, 48).

⁸ Nonostante tali antiche attestazioni, è soprattutto dal Novecento che il tema del consenso informato acquista una pregnante rilevanza, soprattutto alla luce del diffondersi di nuove tecnologie anche in ambito medico che hanno comportato una fusione di differenti discipline funzionale alla ricerca delle risposte ai numerosi interrogativi che derivavano dal rapporto tra la dimensione scientifica e quella etico-filosofica.

Nel 1914 ebbe luogo uno storico processo⁹, al termine del quale la Corte Suprema tramite la penna del giudice Cradozo, affermò, attraverso una delle più citate e conosciute *opinion* di tutta la letteratura americana in materia di consenso informato, che:

«Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages».

È a partire dal 1957 che, con il caso Salgo¹⁰, il consenso inizia a conquistare rilievo sempre più consistente oltre che la sua forma attuale, grazie all'esplicito accostamento al termine consenso dell'aggettivo informato¹¹. Nella locuzione consenso informato vanno infatti scisse due

⁹ Il riferimento è alla sentenza *Schloendorf v. Society of New York Hospital* (211 NY 125, 105 NE 92 del 1914), emessa al termine di causa intentata negli Stati Uniti da una donna che, affetta da un tumore dell'utero aveva prestato il proprio consenso ad una semplice laparotomia esplorativa e aveva esplicitato il suo dissenso per qualsiasi altra operazione. Nonostante tale espressione di volontà il medico decise comunque di procedere con l'operazione, non tenendo conto del consenso e del dissenso come espressi dalla paziente. Precedenti al caso *Schloendorf v. Society of New York Hospital*, sono i casi *Slater*, del 1767 e il caso *Mohr*, del 1905. La prima fattispecie riguardava un paziente che lamentava un danno sofferto a causa dei medici, da lui incaricati di rimuovere le bende che contenevano una frattura non ancora totalmente ricomposta, i quali avevano senza il suo consenso sperimentato un nuovo sistema di bendaggio, provocando un'ulteriore frattura dell'arto. La Corte condannò i medici sia a titolo di colpa per imprudenza e negligenza sia per aver agito senza un preventivo consenso del paziente, che era stato quindi privato della facoltà di sottoporsi scientemente alla pratica sperimentale. Il caso *Mohr*, del 1905, viene in dottrina ritenuto particolarmente significativo dal momento che con questa pronuncia i giudici iniziano ad affermare, benchè ancora distanti dal ritenere ricompreso il consenso in un diritto di autodeterminazione del paziente, che la validità del consenso si fonda su una conoscibilità dei rischi e pericoli connessi al trattamento per cui si richiede l'adesione da parte del paziente.

¹⁰ Caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, Corte Suprema della California: la fattispecie che aveva dato origine alla controversia giudiziaria riguardava l'esecuzione di un'arteriografia su un paziente affetto da vasculopatia al quale il medico aveva omesso di comunicare le possibili complicanze, effettivamente poi verificatesi, connesse all'uso di uno strumento di contrasto.

¹¹ Tale accostamento ha sicuramente comportato il sorgere di un ulteriore profilo di analisi e di criticità. Il dibattito inizia infatti a prendere una piega differente, incentrandosi non più sul «se informare» ma su «come informare» e quindi su quelli che dovevano essere ritenuti gli *standard* informativi maggiormente idonei. Se nel corso degli

componenti essenziali, concettualmente autonome, il profilo attinente all'informativa e quello invece volontaristico che più propriamente afferisce alla scelta da parte del paziente¹².

Mentre oltreoceano l'evoluzione dell'istituto procede, in Europa e in Italia, fino agli anni '80, il consenso informato rimane oggetto di un mero dibattito accademico¹³, riduttivamente etichettato come una "moda statunitense", nonostante la redazione di alcuni fondamentali documenti internazionali, quali il Codice di Norimberga¹⁴ e la Dichiarazione di

anni '60 le sentenze sul consenso indicavano come *standard* da applicare quello professionale, parametrato su un dato oggettivo (l'informazione corretta è quella conforme alla prassi medica, ovvero sia quella resa sulla base delle mere conoscenze scientifiche), nel decennio successivo, grazie a tre pronunce del 1972, lo *standard* si soggettivizza, dovendosi dipanare l'informazione in funzione di colui che si ha di fronte e quindi in funzione del singolo paziente: «l'informazione deve essere quella di cui un paziente ragionevole avrebbe bisogno per decidere delle sue cure».

¹² Cfr. ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita, Principi, decisioni, casi*, ESI, Napoli, 2012, p. 77-98, il quale riconosce questa duplice anima all'interno dell'istituto del consenso informato, l'una autonoma rispetto all'altra, benché l'una talvolta funzionale alla seconda.

¹³ Similmente allo sviluppo del dibattito negli Stati Uniti, in Italia il profilo relativo al contenuto e alle modalità dell'informativa riceve attenzione solo successivamente rispetto al più generale problema consensualistico e anche una volta concentrata l'attenzione su tale aspetto, i giuristi italiani hanno dimostrato una certa resistenza nell'utilizzo della locuzione "consenso informato". Come affermato da BARNI M., SANTOSUOSSO A., *Medicina e diritto: prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, Giuffrè, 1995: «La locuzione *informed consent* appartiene al lessico tecnico giuridico (americano) e non è una formula genericamente descrittiva, come è talora nell'uso dei non giuristi in Italia». Si veda RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 160: «Un consenso non informato è un non senso giuridico o, per meglio dire, non è idoneo a produrre tutte le conseguenze che ordinariamente si collegano al fatto che un soggetto abbia manifestato la propria volontà».

¹⁴ Il Codice di Norimberga, redatto 1947, al termine dello svolgimento dei processi del '45 - '46, in cui furono giudicati i maggiori gerarchi nazisti accusati, tra gli altri crimini, di aver effettuato esperimenti senza il consenso dei pazienti, è la prima fonte in cui si prescrive la preventiva acquisizione del consenso del paziente per la sottoposizione a terapie sperimentali. Nel primo dei dieci postulati del Codice viene infatti sancito che: «Il consenso volontario dell'essere umano è essenziale. Ciò significa che la persona coinvolta dovrebbe essere legalmente capace di acconsentire: dovrebbe essere in condizioni di esercitare un libero potere di scelta senza l'intervento di qualsiasi elemento di forza, frode, inganno, costrizione, sopraffazione o qualsiasi altra forma di coercizione e dovrebbe avere sufficiente consapevolezza e comprensione degli elementi della questione, da metterlo in grado di formulare una decisione illuminata da comprensione e consapevolezza». Sul Codice di Norimberga, si veda ANNA G.J., GRODIN M.A., *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code: Human Rights in Human Experimentation*, in *Oxford University Press*, New York, 1992; SANTOSUOSSO A., *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina, Milano, 2001, p. 165 ss.

Helsinki¹⁵, in cui si richiamava il principio del consenso del paziente. In questi documenti quindi si rinviene traccia di un forte desiderio di valorizzazione che scaturiva dalla drammatica contingenza storica del Secondo conflitto mondiale oltre che, soprattutto, dall'esperienza del nazionalsocialismo con il suo attentato alla dignità umana e quindi al valore della persona e della sua intrinseca libertà.

Nel nostro ordinamento, benché alcuni autori, tra cui si ricordi in particolare Grispiigni¹⁶, avevano già intorno agli anni '20 affrontato il tema del contenuto, della natura e dei confini di questo istituto di derivazione anglosassone¹⁷, la discussione della dottrina sul consenso informato ha

¹⁵ La dichiarazione di Helsinki del 1964 viene ritenuta il primo codice per la ricerca biomedica; suddivisa in dodici principi fondamentali, è nei primi tre che si rinvengono disposizioni volte a disciplinare l'acquisizione del consenso informato nella ricerca, in particolare tramite dettagliati protocolli di sperimentazione. Il contenuto del suddetto documento è stato poi ripreso nel corso degli anni da altre dichiarazioni, quella di Tokio del 1975, quella di Venezia del 1983 e infine quella di Hong-Kong del 1989. Tra i documenti internazionali che menzionano il consenso informato si veda altresì il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 ove, all'art. 7 si afferma: «Nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico».

¹⁶ Il giurista positivista FILIPPO GRISPIGNI, già nel 1921, affermava: «Un trattamento medico-chirurgico compiuto secondo le regole dell'arte medica, ma senza il valido consenso del paziente o del suo rappresentante legale, costituisce, a meno che non si verta in stato di necessità, un fatto civilmente illecito e dal punto di vista penale, se l'esito dell'operazione è sfavorevole, costituisce il delitto di lesione personale o di omicidio colposo, mentre se l'esito è favorevole può dar luogo, ove concorrano altre circostanze, a un delitto contro la libertà» (GRISPIGNI F., *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *La scuola positiva*, 1921, p. 493). Si noti che, pur scrivendo l'autore in epoca pre-costituzionale, prima quindi del riconoscimento espresso dei diritti costituzionalmente garantiti quali il diritto alla libertà personale, la mancanza del consenso informato viene già ricondotta sotto il profilo penalistico ad un attentato alla libertà del singolo individuo.

¹⁷ L'America era, ed è ancora oggi, un terreno fertile per tutte le battaglie in tema di autodeterminazione come emerge dalla copiosa giurisprudenza in materia di diritto alla *privacy*; erano proprio di quegli anni quei movimenti di *civil rights* (tra cui il femminismo) che denunciavano un'arretratezza in materia di principi di uguaglianza e autodeterminazione. Cfr. in senso conforme CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2008, p. 545-576; si veda altresì GLENDON M.A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Simon & Schuster, New York, 1991, la quale parla del diritto alla *privacy* come di una sorta di grimaldello utilizzato dalla giurisprudenza americana in un'ottica di apertura del sistema a nuovi diritti. Già dalla fine del 1700 alcuni studiosi statunitensi avevano affrontato il problema del consenso informato in relazione all'autodeterminazione terapeutica; così HOOKER W. in *Physician and patient* (1849): «Il bene che si può fare in pochi casi con l'inganno non può essere minimamente paragonato al male che si può fare nella maggior parte delle situazioni»; anche sul versante giurisprudenziale si registra una precoce attenzione al tema: in una sentenza del 1767 una corte sosteneva infatti che «è ragionevole che un paziente sappia a cosa sarà sottoposto».

sostanzialmente inizio negli anni '50, momento a partire dal quale la procedura informativa si confronta con l'esigenza di tutelare la sfera di autonomia dell'individuo.

Sul versante giurisprudenziale sono sporadiche, fino agli albori dell'ultimo decennio del secolo scorso, le sentenze che vertono sul consenso; ad eccezione infatti di quelle relative alla responsabilità professionale del medico per violazione delle *leges artis*¹⁸ e a pochi altri casi eccezionali¹⁹, il resto della produzione giurisprudenziale sembra svincolata dal dibattito bioetico²⁰.

Per quanto concerne invece il fronte legislativo, sul finire degli anni '70 si registra un primo segnale, con la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale del 1978, nel senso della positivizzazione della volontarietà dei trattamenti sanitari.

¹⁸ Queste sentenze hanno una rilevanza soprattutto dal punto di vista contrattualistico-civilistico.

¹⁹ Il riferimento è alle sentenze emesse dalla Cassazione Penale n. 31134 del 1934, e le sentenze della Cassazione Civile, sentenza Sez. III, 25 luglio 1967, n. 1950, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1967, p. 152; sentenza Sez. III, 6 dicembre 1968, n. 3906, in *Monitore dei Tribunali*, 1969, p. 230.

²⁰ Esempio emblematico di questa tendenza è il noto caso Oneda. La fattispecie oggetto di giudizio riguardava il decesso di una bambina di soli due anni e mezzo, affetta da una gravissima forma di anemia mediterranea, dovuto ad un aggravamento delle condizioni di salute della minore a seguito del rifiuto opposto da parte dei genitori, Testimoni di Geova, alle trasfusioni di sangue necessarie per contenere le complicate della patologia. La Corte d'Assise d'Appello di Cagliari (Sentenza Corte d'Assise d'Appello di Cagliari, 10 marzo del 1982, in *Foro Italiano*, II, p. 27) aveva condannato i genitori per omicidio aggravato, senza però esprimersi in merito alla mancanza del consenso in relazione al versante bioetico e giuridico; la Corte aveva infatti semplicemente contemplato l'incapacità di autodeterminazione del minore e l'inadempimento da parte dei genitori relativi doveri connessi al riconoscimento della potestà genitoriale. Il giudizio si concluse definitivamente con sentenza della Corte d'Assise di Roma, giudice del rinvio, a seguito di una pronuncia della Cassazione Penale Sez. I, 13 dicembre 1983, n. 667, in *Foro Italiano*, 1984, p. 361. Con la sentenza 13 giugno 1986, in *Foro Italiano*, 1986, II, p. 606, il giudice configurò in capo ai due imputati il delitto di omicidio colposo attenuato, in virtù del motivo religioso che aveva spinto i due genitori a tenere quel comportamento omissivo. La Corte di Cassazione si era così espressa: «Non è affatto in discussione il potere degli anzidetti soggetti a professare una fede religiosa bensì il diritto soggettivo del minore e dunque incapace di autodeterminarsi, ad essere sottoposto ad una data terapia conseguente all'obbligo di mantenimento e di assistenza a carico di chiunque abbia la cura di quell'incapace e, in chiave privilegiata, a carico dei genitori quale concreta esplicazione della potestà loro conferita, ne deriva che si è al di fuori dell'esercizio della libertà religiosa allorquando si pongano, come sua espressione, contegni elusivi dei divieti e delle imposizioni di cui alle leggi penali» (tratto da sentenza Cass. Pen. Sez. I, 13 dicembre 1983, n. 667, in *Foro Italiano*, 1984, p. 361).

È nel corso degli anni '90, grazie anche all'istituzione del Comitato Nazionale di Bioetica²¹, che sono stati realizzati molteplici interventi legislativi, destinati però ad operare in specifici settori dell'attività medica, nei quali veniva affermata per la prima volta l'obbligatorietà della previa prestazione del consenso informato da parte del destinatario del trattamento. Tra queste si collocano la legge n. 135 del 1990, in tema di "Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS"²², la legge n. 107 del 1990 intitolata "Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano e ai suoi componenti per la produzione di emoderivati"²³, la legge n. 210 del 1992 relativa all'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati dalle vaccinazioni obbligatorie²⁴ e, più recentemente, la legge n. 91 del 1999 che disciplina il

²¹ Il Comitato Nazionale di Bioetica ha fatto seguito alla risoluzione n. 6-00038, approvata il 5 luglio 1988 dall'Assemblea della Camera dei Deputati, al termine di una discussione avente ad oggetto "i problemi della vita", in cui il Governo si impegnava a promuovere un confronto sullo stato della ricerca biomedica e dell'ingegneria genetica nel rispetto della libertà umana. A tal fine veniva proposta l'istituzione di un apposito Comitato; istituzione che riceveva consacrazione con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 28 marzo 1990. Cfr. in senso conforme COLOMBO C., *Il consenso informato: quale spazio per il testamento biologico e l'amministrazione di sostegno?*, in *www.latribuna.it*, 2009; MASCHERPA M., *Il consenso informato. Percorso formativo per il medico e per il paziente*, 2002/2003.

²² All'articolo 5 si prevede il principio generale ai sensi del quale diventa necessario ottenere un previo consenso informato per poter espletare tutte le analisi dirette ad accertare un'infezione da HIV. Unica eccezione prevista è la necessità clinica nell'esclusivo interesse del paziente, ovvero in tutti quei casi in cui per poter intraprendere un percorso terapeutico è prima fondamentale prendere consapevolezza dello stato di sieropositività del paziente. L'art. in questione è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con una sentenza del 1994, in due commi (3 e 5), non attinenti però all'aspetto del consenso informato. Successivamente, con altre leggi nel 1993 e nel 1998, il legislatore ha avuto modo di esprimersi in questa tematica.

²³ La legge è stata abrogata nel 2005 dalla legge n. 219 ("Nuova disciplina dell'attività trasfusionale e della produzione nazionale degli emoderivati") il cui articolo 3 stabilisce: «Il ricevente la trasfusione di sangue o di emocomponenti e/o la somministrazione di emoderivati, preventivamente informato che tali procedure possono non essere comunque esenti da rischio, è tenuto ad esprimere per iscritto il proprio consenso o dissenso». Tale medesima dicitura si riscontra nell'art. 11 del decreto del Ministero della Sanità del 3 marzo 2005 intitolato "Caratteristiche e modalità per la donazione del sangue e di emocomponenti".

²⁴ La legge si occupa di disciplinare gli indennizzi a favore di soggetti danneggiati da complicanze irreversibili derivanti da una pratica trasfusionale, da una vaccinazione obbligatoria o da una somministrazione di emoderivati. A specificazione della citata normativa ne sono state redatte altre, la n. 238 del 1997 e la n. 27 del 2006 (per soggetti che hanno subito un contagio da epatite A e B).

consenso in caso di espianto di organi *post-mortem*²⁵. In ultimo, si ricordi nel 2004 la legge n. 40, recante norme in materia di procreazione assistita, nella quale il legislatore nazionale ha deciso di dedicare al consenso informato un intero e dettagliato articolo, l'art. 6²⁶. Attraverso tale intervento legislativo il consenso informato entra quindi a far parte di una disciplina così delicata, anche dal punto di vista bioetico, oltre che prettamente giuridico, quale quella dell'inizio vita; un ambito dove inizia a farsi strada la possibilità per il singolo di intervenire attraverso un proprio atto di volontà, dove quindi la nascita inizia a smettere di essere un fatto puramente naturalistico ma inizia a divenire un momento in cui sempre maggiore diventa l'incidenza dell'atto volontaristico e quindi anche la portata delle conseguenze giuridiche ad esso correlate.

²⁵ Accanto a queste leggi troviamo anche alcuni decreti ministeriali e decreti legge datati; in materia di sperimentazione: il d.l. n. 23 del 17 febbraio 1998 "Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria", il d.l. n. 186 del 16 giugno 1998 "Disposizioni urgenti per l'erogazione gratuita di medicinali antitumorali in corso di sperimentazione clinica", e i decreti ministeriali del 15 luglio e del 6 novembre 1997. Più recentemente sono stati emanati in merito altri decreti sempre in applicazione di direttive comunitarie di "buona pratica clinica". Tra questi si possono menzionare il d.l. n. 200 del 2007 ("Medicinali in fase di sperimentazione a uso umano e i requisiti per l'autorizzazione all'importazione e alla fabbricazione dei medicinali") e il d.l. 211 del 2003 dove all'articolo 2 si prevede che: «La decisione di un soggetto candidato ad essere incluso in una sperimentazione (deve essere) scritta, datata e firmata, presa spontaneamente, dopo esaustiva informazione circa la natura, il significato, le conseguenze e i rischi della sperimentazione e dopo aver ricevuto la relativa documentazione appropriata». Si prevede anche l'ipotesi in cui il soggetto non sia autonomamente in grado di esprimere il consenso; in questo caso questo verrà espresso da un suo legale rappresentante o da un'autorità, persona o organismo, nel rispetto delle disposizioni vigenti.

²⁶ L'articolo a cui si fa riferimento è l'art. 6: «(...) Il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento (...). Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa. (...) La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura (...). Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo (...).».

Il medesimo fenomeno va a toccare non solo l'inizio della vita ma anche la sua fine²⁷; l'avvento e la diffusione del consenso informato, e quindi l'abbandono di quel modello paternalistico caratterizzante la relazione medico paziente attraverso un'esaltazione del *dominio voluntatis* di quest'ultimo, oltre che un rapido progresso registratosi in ambito scientifico, hanno permesso che venissero ricondotte alla scelta del singolo decisioni che prima ne erano sottratte, essendo rimesse alla mera evoluzione naturale. Fatti come l'inizio e la fine della vita sono sempre più diventate fattispecie riconducibili ad una disciplina positiva tesa a massimizzare l'elemento volontaristico.

Il culmine però di tale processo, che ha avuto come protagonista il consenso informato, viene raggiunto da una pronuncia della Consulta, la sentenza n. 438 del 2008, nella quale la Corte definisce lo statuto costituzionale del consenso informato, facendo assurgere tale istituto a diritto fondamentale sulla base del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 co. 2 Cost.

3. Le fonti del consenso informato.

Prima di prendere in considerazione il fondamento costituzionale del consenso informato, sia concessa una parentesi sulle fonti che costituiscono l'attuale disciplina dell'istituto.

3.1. Il legislatore nazionale e il consenso informato: la mancanza di una disciplina generale e completa.

²⁷ L'espansione del fenomeno al momento del fine vita è dovuto anche in gran parte all'evoluzione delle tecniche applicabili in campo biomedico, che ha permesso di ampliare le possibilità di mantenimento in vita in condizioni di elevata gravità e a fronte di quadri clinici che fino a pochi anni fa non lasciavano di certo auspicare ad un proseguimento della vita. In argomento, CASONATO C., *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, III, 2009, p. 1052.

Come osservato dalla stessa sentenza della Corte Costituzionale, la n. 438 del 2008, il consenso informato non è stato fatto oggetto nel nostro ordinamento di un'autonoma disciplina. In aggiunta agli articoli summenzionati di fonte costituzionale (artt. 2, 13, 32 Cost.), all'art. 5 del codice civile e ad alcune disposizioni del codice penale, che vengono però ricondotte all'istituto del consenso informato tramite una comune opera esegetica di dottrina e giurisprudenza, non sono rinvenibili norme *ad hoc* nel panorama legislativo nazionale che permettano di definire il principio del consenso informato, il suo contenuto, la sua obbligatorietà e quindi la sua reale ed incontrovertibile portata giuridica.

Le limitate fonti di rango ordinario emanate in materia, di cui si è accennato nel paragrafo precedente, hanno visto la luce solo a partire dalla fine degli anni '70²⁸, in particolare con la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, la n. 833 del 1978 e la legge Basaglia in tema di assistenza psichiatrica, la n. 180²⁹; a queste sono seguite negli anni '90 una serie di norme destinate a disciplinare alcuni settori specifici dell'attività medico-chirurgica alle quale la dottrina riconosce il pregio di aver sancito per la prima volta l'obbligatorietà del preventivo consenso informato da parte del destinatario dell'attività diagnostico-terapeutica.

²⁸ Si menzioni però, precedente alla stessa legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, la legge n. 458 del 26 giugno 1967 in materia di trapianto di rene tra vivi in cui si fa riferimento al consenso del paziente. L'articolo 2 così recita: «La donazione di un rene può essere autorizzata, a condizione che il donatore abbia raggiunto la maggiore età, sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia a conoscenza dei limiti della terapia del trapianto del rene tra viventi e sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta. Il pretore, accertata l'esistenza delle condizioni di cui al precedente comma e accertato altresì che il donatore si è determinato all'atto della donazione di un rene liberamente e spontaneamente, cura la redazione per iscritto delle relative dichiarazioni. L'atto, che è a titolo gratuito e non tollera l'apposizione di condizioni o di altre determinazioni accessorie di volontà, è sempre revocabile sino al momento dello intervento chirurgico e non fa sorgere diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente». Si veda altresì l'articolo 4: «Il trapianto del rene legittimamente prelevato e destinato ad un determinato paziente non può aver luogo senza il consenso di questo o in assenza di uno stato di necessità».

²⁹ Si veda in argomento BORTOLUZZI A., *Incapacità e amministrazione di sostegno: norme e prassi a confronto*, in BORTOLUZZI A. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Utet, 2005, p. 1 ss.; VISINTINI G., *Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005.

Nel corso degli ultimi anni, inoltre, lo stesso legislatore regionale è intervenuto nella materia, non mancando di sottolineare l'impossibilità di praticare alcun intervento sanitario in assenza del consenso dell'interessato, salvi ovviamente i casi in cui la legge disponga altrimenti³⁰.

3.2. Diritto europeo, diritto internazionale e consenso informato: l'affermazione di un diritto.

Anche a livello europeo ed internazionale, però, si è sentita l'esigenza di incrementare la sensibilità rispetto al dibattito sul consenso informato, esigenza che è culminata in due fondamentali documenti, la Convenzione di Oviedo e la Carta di Nizza³¹, che si prefiggono entrambi un duplice e comune obiettivo: *in primis* quello di sancire la necessità di un consenso informato, e quindi libero, a qualsiasi trattamento diagnostico e terapeutico e, in seconda istanza, di dettarne la disciplina per gli aspetti di maggior criticità.

Il 4 aprile del 1997, il Governo italiano ha aderito alla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina di Oviedo, nota anche come

³⁰ Cfr. in senso conforme IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso del paziente*, CEDAM, Padova, 1998; SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Milano, 2006.

³¹ Accanto a questi due documenti si ricordi anche la Guida Europea di Etica Medica che, emanata a Parigi nel 1982 e resa nel 1987 oggetto di modifiche che ne hanno anche cambiato il titolo in Principi di Etica Medica Europea, si potrebbe definire l'antenato di tutti i codici di deontologia medica che sono stati stilati nella Comunità Europea; le disposizioni contenute nel documento europeo sono stati infatti successivamente recepiti e sviluppati dalle singole normative nazionali. Nella Guida si afferma il ruolo che gioca il consenso informato all'interno del rapporto medico-paziente per cui «salvo il caso di urgenza, il medico illustrerà al malato gli effetti e le conseguenze prevedibili della terapia» e avrà cura in un secondo momento di acquisire il consenso, «soprattutto quando gli atti proposti comportino un serio rischio». Da quest'ultima proposizione si evince però come la Guida avesse optato per una più contenuta applicazione dell'istituto *de quo*, sottolineando la non obbligatorietà della prestazione del consenso informato nella normale prassi diagnostico-terapeutica, obbligo destinato invero a scaturire nei soli casi di insorgenza di un "rischio generico aggravato". In tali ipotesi infatti si prevede che il medico, non sostituendo la propria concezione della qualità della vita a quella del suo paziente, lasci quest'ultimo libero di decidere il trattamento che ritiene più adeguato.

Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, approvata il 19 novembre del 1996 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Da un punto di vista prettamente sistematico, rilevante è in primo luogo notare l'ubicazione che viene riservata alla disciplina del consenso informato all'interno della Convenzione; essa infatti vi dedica l'intero Capitolo II³², composto dagli articoli 5, 6, 7, 8 e 9³³. Attraverso tali disposizioni viene affermata la necessità di un consenso innanzitutto informato e libero e vengono di conseguenza delineati i contorni del rapporto medico-paziente nella dimensione dell'alleanza terapeutica, che dalla manifestazione di volontà di quest'ultimo trae la propria base giustificativa³⁴.

Con la disposizione di cui all'art. 5 si cerca di abbandonare il retaggio di quella visione della relazione terapeutica ancorata ad un paternalismo ritenuto svilente l'autonomia del singolo paziente:

«Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

³² In TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2006 l'autore osserva come la posizione dedicata al tema del consenso informato sia una «posizione di privilegio, anzi, di primato, rispetto agli altri profili normativi che dà la giusta misura della importanza del consenso della persona in ambito sanitario come una delle maggiori conquiste di civiltà etico-giuridica». CASONATO C., *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, p. 100, ritiene invece che questa posizione del tema del consenso nella Convenzione sta a sottolineare che, «se il presupposto informativo che deve precedere il consenso è di carattere tecnico, la scelta che lo sostanzia è di carattere morale e si collega al ritenere un trattamento compatibile o meno con l'immagine che ciascuno ha di sé e con la percezione della sua dignità».

³³ L'articolo 10, che da solo costituisce il Capitolo III, sancisce il diritto all'informazione di ogni soggetto sulle proprie condizioni di salute.

³⁴ In dottrina cfr. VALLINI A., *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Diritto Pubblico*, 2003, I, p. 185 ss.

Cercando poi di fornire un quadro esaustivo di tutti i fondamentali principi che devono sorreggere la pratica del consenso informato, la Convenzione elabora alcune specifiche disposizioni dedicate, da una parte, a tutti quei casi maggiormente problematici, ove la prestazione del consenso coinvolge soggetti incapaci di intendere e di volere o, in ogni caso, soggetti impossibilitati ad esprimere la propria volontà. In un'ottica di rispetto della dignità umana, gli artt. 6 e 7³⁵ riconoscono la possibilità a chi sia incapace di esprimere validamente il proprio consenso, o perché minore di età, o perché affetto da infermità mentale, di partecipare alle scelte terapeutiche, ancorché in maniera non determinante. Benché la decisione ultima venga di fatto affidata al legale rappresentante³⁶, questi possono infatti ottenere tutte le informazioni in merito alla propria condizione di salute in modo chiaro ed esaustivo e possono altresì rendere noto al personale medico coinvolto il proprio giudizio che, prescrive la Convenzione, deve essere tenuto in debita considerazione. La Convenzione non menziona espressamente pertanto un obbligo del medico di uniformarsi in tali fattispecie alla volontà resa palese dal soggetto fragile, essendo questi invitato a prenderla in considerazione nell'approcciarsi e nel definire il caso di specie.

Dall'altra, gli artt. 8 e 9 prevedono invece le ipotesi derogatorie alla necessaria acquisizione del consenso informato che sono integrate dall'urgenza e dalla necessità di intervenire per poter preservare la salute e la vita del paziente, ovverosia dalla beneficialità e dalla indifferibilità dell'intervento medico; in tali evenienze il medico viene chiamato ad operare prontamente sul paziente incosciente a prescindere dal preventivo

³⁵ L'articolo, rubricato «*Protection of person not able to consent*», stabilisce prima per il caso dei minori di età e in seconda battuta per i casi di disabilità mentale: «*The opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity. (...) The individual concerned shall as far as possible take part in the authorization procedure*».

³⁶ Per la determinazione dell'incapacità tale da richiedere la nomina di un rappresentante legale, la Convenzione richiama le singole legislazioni nazionali

consenso, avendo cura però anche in questo caso di tenere presenti le di lui precedenti volontà³⁷.

Sviscerato il contenuto delle disposizioni di cui alla Convenzione in relazione al consenso informato, resta però da interrogarsi sul suo effettivo valore giuridico all'interno dell'ordinamento italiano, profilo tuttora controverso e dibattuto in seno alla dottrina³⁸. Se infatti alcuni autori sostengono che il non esercizio da parte del Governo della delega conferitagli dall'art. 3 della legge di ratifica n. 145 del 2001³⁹, unitamente al mancato deposito presso il Consiglio d'Europa dello strumento di ratifica, sottoscritto dal Presidente della Repubblica, come previsto espressamente dall'art. 33⁴⁰, non abbia ancora fatto entrare in vigore la Convenzione⁴¹, altra autorevole dottrina sostiene *a contrario* l'immediata vigenza delle norme ivi contenute che non vengono influenzate in alcun modo dai decreti che lo Stato deve emanare per l'adattamento

³⁷ Secondo pare della dottrina, l'aver utilizzato le parole *southais* al posto di *volontà* è indice della mancata intenzione di imporre norme sulle direttive anticipate.

³⁸ Non solo la dottrina ma altresì la giurisprudenza non appaio allineate in un'unica corrente, registrandosi contrasti in merito al valore giuridico della Convenzione di Oviedo all'interno del nostro ordinamento. La stessa Corte costituzionale rileva in un caso l'inadempimento del deposito dello strumento della ratifica (sent. n. 438 del 2008), rilievo che non era stato invece proposto nelle sentenze del 2005 (sentt. nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005) con cui la Corte aveva deciso sull'ammissibilità dei referendum abrogativi della legge sulla procreazione medicalmente assistita, ritenendo le richieste non referendarie contrastanti con alcuni principi sanciti nella Convenzione di Oviedo, in tal modo implicitamente ammettendone la vigenza all'interno del nostro ordinamento.

³⁹ La delega viene conferita per emanare «uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi della Convenzione», Cass. Pen. Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, in *Rivista Italiana Diritto Penale Processuale*, 2004, p. 607 (meglio nota come caso Volterrani).

⁴⁰ A sostegno di tale ipotesi si confronti SANTOSUOSSO A., *Sperimentazione dei farmaci sull'uomo e diritto all'integrità della persona*, in *Questione Giustizia*, 2002, p. 267; CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, op. cit., p. 549. Anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 438 del 2008 sottolinea il mancato deposito di tale strumento, contrariamente a quanto era avvenuto nelle sentenze nn. 45, 46, 47, 48 e 49 del 2005, in www.giurcost.org, relativamente alla ammissibilità dei referendum in materia di procreazione medicalmente assistita. La Consulta ha più volte richiamato, nel corso dei suoi interventi, la Convenzione di Oviedo soprattutto «per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»; si rinvia a tal proposito alle sentenze Corte Costituzionale n. 135 del 2002, in www.giurcost.org; nn. 393 e 394 del 2006, in www.giurcost.org; n. 349 del 2007, in www.giurcost.org; nn. 182 e 251 del 2008, in www.giurcost.org.

⁴¹ Cfr. in senso conforme DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Giappichelli, Torino, 2006.

all'ordinamento interno. I decreti e il deposito dello strumento di ratifica, richiesti dalla Convenzione stessa, sarebbero funzionali a far scattare un impegno solenne e formale di rispettare e applicare sul territorio nazionale il contenuto della normativa europea, mentre dal punto di vista sostanziale questa sarebbe già pienamente efficace e applicabile a partire dal momento della avvenuta ratifica e della seguente pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale⁴².

La recente giurisprudenza sembra porsi su una terza via⁴³, affermando in diverse occasioni che, contenendo la Convenzione – oramai ratificata – principi non difformi a quelli rilevabili dalla nostra Carta costituzionale, alla disciplina possa essere riconosciuta almeno «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo». Pertanto nel caso di contrasto con le norme interne incompatibili, le disposizioni non potranno prevalere ma dovranno essere utilizzate dall'interprete della singola legge nazionale come criterio ermeneutico⁴⁴, al fine di garantire una lettura della

⁴² Cfr. in senso conforme e più approfonditamente sul tema TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, op. cit., per il quale (vedi p. 578-579) il deposito stesso dello strumento di ratifica sarebbe configurabile come «anomalia procedurale che nella sostanza funzionale non pertiene al protocollo di formazione della legge italiana valida per ogni cittadino». Ne deriva che il consenso informato «è ormai posto con la legge di ratifica come principio generale nel nostro *corpus iuris* e non potrà, pertanto e ragionevolmente sotto il profilo di una logica legislativa (di contenuto) acquisire nessun valore aggiunto o essere ancor meno negato con la approvazione di uno o più decreti (...): si tratta infatti di adattamenti che possono al limite ribadire implicitamente e semmai richiamare esplicitamente il principio e la disciplina del consenso informato». Per quanto riguarda la giurisprudenza si confronti Cass. Civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 1, p. 27, nella quale si sostiene la avvenuta formale ratifica della Convenzione.

⁴³ Si veda sent. Cass. Civ., sez. I, n. 21748 del 4 ottobre 2007; in senso contrario cfr. invece sent. Cass. Pen. Sez. I, n. 26446 del 29 maggio 2002. In dottrina si veda PENASA S., *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in www.formucostituzionale.it, 2007.

⁴⁴ Cfr. in senso conforme per la dottrina VERGALLO G.M., *Il rapporto medico-paziente*, Giuffrè, Milano, 2008 e per la giurisprudenza la recente sentenza Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2008, p. 86 (sentenza decisiva per la risoluzione del noto caso Englaro): a parere del collegio, come si può leggere al punto 7.2, alla Convenzione «può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme». In commento alla sentenza si rimanda anche a STEFANI A., *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, p. 96. Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, la Convenzione è stata anche oggetto di citazione, come fonte in tema di consenso informato, insieme alla Carta di Nizza e alla Convenzione

normativa interna il più conforme possibile con le fonti dell'ordinamento internazionale.

Il secondo documento che merita un approfondimento è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata da Parlamento, Commissione e Consiglio Europeo a Nizza il 7 dicembre del 2000. La Carta, ripresa e integrata, è ormai uscita dal quel «limbo», ove era stata ricondotta, «in attesa che le Istituzioni comunitarie (e gli Stati membri) ne definissero l'efficacia»⁴⁵, essendo stata consacrata la sua efficacia giuridica vincolante per tutti i cittadini dell'Unione, in quanto parte integrante del Trattato di Lisbona, in virtù dell'esplicito richiamo contenuto nel Trattato stesso e, in particolare, nell'art. 6⁴⁶.

Nel Capo primo dedicato alla Dignità⁴⁷, si noti la *sedes materiae* della disposizione, si rinviene l'articolo 3 “Diritto all'integrità della persona” che così recita:

*«Ogni individuo ha diritto alla propria integrità
fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia
devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e*

di New York, nella stessa sentenza della Corte Costituzionale, la n. 438 del 2008, in www.giurcost.org e nella seguente sentenza della Cass. Pen. SSUU, 21 gennaio 2009, n. 2437, in www.altalex.it.

⁴⁵ CELOTTO A., PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (rassegna giurisprudenziale 2001 – 2004), in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, p. 427.

⁴⁶ Con il richiamo esplicito nel Trattato di Lisbona contenuto nell'art. 6, viene a soccombere l'opinione di coloro che preferivano attribuire alla Carta un mero valore simbolico, di grande rilevanza politica ma privo di autonomo valore giuridico e viene di conseguenza a cessare la discussione che aveva occupato gran parte della dottrina circa l'efficacia giuridica della Carta all'interno del nostro ordinamento.

⁴⁷ La Carta di Nizza, sorta per rispondere all'esigenza di definire un *panel* di diritti e di libertà uniformemente riconosciuti e perciò stesso garantiti a tutti i cittadini dell'Unione Europea, così come emerso durante il Consiglio Europeo di Colonia nel giugno del 1999, si compone di sette Capi. Il primo ha per oggetto il valore della dignità, il secondo il valore della libertà, il terzo il valore dell'uguaglianza, il quarto il valore della solidarietà, il quinto il valore della cittadinanza, il sesto il valore della giustizia e infine il settimo contiene le disposizioni finali. Il primo Capo è a sua volta composto da cinque articoli attraverso i quali viene riconosciuto un primo nucleo di diritti universali e assoluti che, in quanto tali, rappresentano il presupposto di tutte le altre categorie di diritti successivamente menzionati. In relazione alla tutela della dignità umana nella Carta di Nizza, si cfr. QUADRI E., *Il codice deontologico medico e i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2002, p. 931.

informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge (...)».

Parte della dottrina ha intravisto in questo riconoscimento legislativo un primo passo verso il riconoscimento del consenso informato come vero e proprio diritto fondamentale di ogni cittadino europeo, un «diritto che si afferma come libertà», come facoltà del singolo⁴⁸ di autodeterminarsi, libero da ogni condizionamento esterno

3.3. *La deontologia.*

Tutto ciò posto, l'unica disciplina generale del consenso informato, che ne va a completare il quadro delle fonti⁴⁹, è quella deontologica.

⁴⁸ A parere di TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, op. cit., p. 70 – 71, la norma non si riferisce, come si leggeva nella stesura provvisoria, solo al paziente affetto (un soggetto affetto da un male), ma alla “persona interessata”. Ne deriva che il riferimento è anche ad «ogni persona che volontariamente – e non necessariamente obbligata dal bisogno di cure – deve decidere se consentire o meno che il proprio corpo sia oggetto comunque a manipolazioni che in ogni modo ledono l'integrità psicofisica ed espongono ad un rischio che è insito ed ineludibile in ogni intervento». Si veda altresì ANDALORO S., *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 85 ss.

⁴⁹ Si ricordi che la Corte costituzionale, come anche parte della magistratura (su tutte si veda sentenza della Cassazione Penale n. 2437 del 2009), ha ricondotto tra le fonti anche la Convenzione di New York, anche conosciuta come “Convenzione sui diritti del fanciullo”, firmata il 20 novembre 1989, poi ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento con la legge n. 176 del maggio 1991. Benché le disposizioni ivi contenute non richiamino mai direttamente il principio del consenso informato, all'articolo 24 gli Stati parti si impegnano a riconoscere «il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», sforzandosi «di garantire che nessun minore sia privato del diritto di avere accesso a tali servizi»; quel che più rileva però ai fini della nostra trattazione in ordine alla rassegna delle fonti del consenso informato, è il passaggio in cui si dispone che «tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore». Questo richiamo al consenso informato da parte della presente disciplina internazionale viene però a ragion veduta dichiarato, da parte di alcuni autori, “quantomeno non immediato”; cfr. in senso conforme BALDUZZI R., PARIS D., *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, p. 4958, i quali, rispetto alla menzione della Convenzione di New York come norma di attuazione del principio del consenso informato nella sent. n. 438 del 2008 da parte della Corte costituzionale, così si esprimono: «la Corte sembra prendere l'argomento per così dire “alla lontana”, dal momento che la norma citata richiede agli Stati di adottare misure appropriate in materia di educazione e informazione sulla salute e sulla nutrizione dei bambini, il che rende il collegamento con l'istituto del consenso informato quantomeno non immediato».

Soprattutto negli ultimi decenni si è infatti assistito ad una proliferazione di codici di autodisciplina e di codici deontologici che un'autorevole porzione di dottrina mette in relazione «alla scomparsa, in una società pluralista e pluriculturale come la nostra, di un'etica unanimemente condivisa (...). Sicché la permanente esigenza di affermazione di valori etici, in un contesto di pluralismo etico, apre la strada della formazione deontologica, attraverso la quale gli stessi «gruppi sociali» diventano protagonisti attivi della regolamentazione della propria attività, alla luce di principi condivisi dagli appartenenti ad essi»⁵⁰.

Da tale fenomeno non è rimasto estraneo il settore medico, ove essendo molto sentita la necessità di un'elaborazione di norme comportamentali, visto anche il risalente sostrato di riflessione etico-deontologica che caratterizza tale professione, lo Stato si è rimesso «alla sensibilità della classe professionale e dei suoi organi per la selezione, la conservazione e l'osservanza delle regole di correttezza e di decoro professionale, astenendosi da ogni ingerenza, convinto che il più geloso custode del prestigio della classe abbia ad essere la classe stessa»⁵¹.

È in tale contesto che hanno preso vita i numerosi codici di deontologia medica⁵², modellati sull'evoluzione della coscienza sociale e quindi anche strettamente collegati all'*iter* evolutivo del rapporto medico-paziente e del principio del consenso informato. Si elaborano pertanto un complesso di regole che tendono al rispetto della personalità del singolo e in particolar modo alla garanzia di un effettivo esercizio della sua

⁵⁰ Cit. IADECOLA G., *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonoma di disciplina*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2007, p. 551-552. Cfr. in senso conforme BELLELLI A., *Il codice deontologico medico e il suo valore giuridico*, in BARNI M. (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Giuffrè, Milano, 1999: «L'esigenza di affermazione di valori etici e morali, diffusa a diversi livelli nella odierna società, è certamente alla base del rinnovato fervore per la deontologia. Tale esigenza è tanto più avvertita in un ordinamento, quale il nostro, che si è posto su un piano di assoluta neutralità verso principi superiori e assoluti universalmente validi. (...) Il recupero dei valori etici socialmente riconosciuti può avvenire attraverso fenomeni di autoregolazione sociale tra i quali un rilievo primario assumono i codici deontologici».

⁵¹ Cit. SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984, p. 85.

⁵² Nel corso di un decennio, dopo il primo codice del 1954, noto a tutti come codice Frugoni e quello del 1978, si sono infatti succeduti ben tre codici, quello del 1989, un secondo nel 1995 e infine nel 1998. Attualmente il codice in vigore è quello approvato il 16 dicembre del 2006.

autodeterminazione, contemperando però tale esigenza con il non abbandono di una concezione della relazione medico-paziente volta alla tutela della salute⁵³.

Il codice di deontologia del 2006, attualmente in vigore, dedica allo specifico tema del consenso informato il Titolo III “Rapporti con il paziente”⁵⁴ contenuto nel Capo IV, in particolare gli artt. da 33 a 38. L’intero articolo 33 è dedicato all’obbligo in capo al medico di comunicare al paziente nel modo più esaustivo possibile⁵⁵, anche se non scendendo eccessivamente in dovizia di particolari, le informazioni inerenti alla diagnosi, alla prognosi, le prospettive terapeutiche con i possibili rischi e benefici, ferma restando per il paziente la facoltà di rifiutare ogni informazione⁵⁶; il successivo articolo prevede inoltre la possibilità che anche terzi siano portati a conoscenza della situazione clinica del paziente, ma solo a seguito del di lui consenso.

Dopo la parentesi sul contenuto del dovere di informazione, il codice consacra all’art. 35 l’obbligatorietà dell’acquisizione del consenso informato:

«Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente»⁵⁷;

⁵³ Cfr. in senso conforme EUSEBI L., *Criteriologie etico-giuridiche dell’intervento medico: in particolare il caso dello stato vegetativo permanente*, in GALLETTI M., ZULLO S. (a cura di) *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, Firenze University Press, 2008, pp. 87-106.

⁵⁴ Nelle singole disposizioni in realtà si fa riferimento al più generico “cittadino” e non in modo più specifico, alla figura del “paziente”; cfr. QUADRI E., *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, op. cit., p. 72.

⁵⁵ Le informazioni vanno rapportate alle capacità intellettive e cognitive del singolo paziente. È in questo modo che si cerca di realizzare una vera e propria alleanza terapeutica, quel rapporto paritario cui si aspira tra gli interlocutori della relazione terapeutica. A dimostrazione di ciò il codice del 2006 ha modificato quello precedente del 1998 che parlava di adesione del malato, sostituendolo con il termine “partecipazione”.

⁵⁶ In tale ultimo caso il rifiuto dell’informativa necessita di idonea documentazione per garantire il medico di fronte a possibili addebiti di responsabilità.

⁵⁷ L’aggettivo “esplicito” è stata una recentissima aggiunta apportata con la revisione del codice del 2006.

con la medesima perentorietà viene altresì affermato che il medico deve desistere di fronte all'espresso dissenso del paziente e, anche qualora si trovi dinanzi ad un paziente in stato di incapacità, deve agire secondo scienza e coscienza, tenendo in considerazione le sue precedenti volontà ed evitando in ogni caso qualsiasi forma di accanimento terapeutico. L'unica ipotesi derogatoria alle regole summenzionate si rinviene nell'art. 36 che attiene ai casi eccezionali di necessità ed urgenza, al di fuori dei quali il consenso informato rimane regola generale e di assoluta ed incontrovertibile applicazione.

Anche il codice deontologico non tace però rispetto a tutti quei casi in cui il paziente sia soggetto minore d'età o inferme di mente, prevedendo che il consenso venga in tali evenienze prestato dal legale rappresentante o dall'amministratore di sostegno nominato dall'autorità giudiziaria⁵⁸, la quale dovrà essere informata qualora sorgano eventuali contrasti in merito a trattamenti sanitari non procrastinabili, di fronte ai quali però è lasciata facoltà al medico di agire anche in assenza del consenso, così da tutelare la salute e la vita del paziente stesso.

L'ultimo articolo su cui occorre porre attenzione è l'art. 38 che così recita:

«Il medico deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa. (...) Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato».

⁵⁸ Sul punto si rimanda all'ultimo paragrafo del Cap. II oltre che all'intero Cap. III.

Tale disposizione è stata riconosciuta da una parte della dottrina come espressione del brocardo *voluntas aegroti suprema lex* e quale presupposto da cui trarre il corollario dell'obbligo in capo al medico di assecondare sempre e comunque la volontà del proprio paziente, sia tramite una condotta passiva, sia tramite una condotta propriamente attiva⁵⁹. La lettura dell'art. 38, in combinato con il summenzionato art. 35, sembrerebbe inoltre voler aprire uno spiraglio nell'ottica di un intervento legislativo nell'ambito delle cosiddette direttive anticipate di trattamento, facendo scorgere un riconoscimento implicito del testamento biologico⁶⁰.

Altra parte della dottrina vede invece in tale disposizione un contenimento della volontà come valore assoluto all'interno della relazione terapeutica, lasciando aperta la porta alla facoltà del singolo medico, che si esplica nell'ambito nella propria sfera di autonomia e responsabilità diagnostico-terapeutica, di rifiutarsi di porre in essere, nei limiti di un eventuale grave nocimento alla salute del paziente, pratiche in contrasto con il proprio convincimento clinico ma anche con la propria coscienza⁶¹, benché esplicitamente richieste dal paziente stesso.

Nonostante quella rinvenibile nel Codice di deontologia sia l'unica disciplina generale del consenso informato, la Corte costituzionale nella sent. n. 438 non fa mai menzione del Codice di deontologia medico parlando delle fonti sul consenso informato, forse proprio a ragione del

⁵⁹ A tal proposito si segnalano anche altri artt. del codice: 16, 17 e 18 che cercano di tratteggiare la linea di demarcazione tra le ipotesi di accanimento terapeutico e le ipotesi di pratiche eutanasiche vere e proprie.

⁶⁰ Cfr. in senso conforme FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008, p. 102-103; in maniera ancor più drastica CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, op. cit., p. 555 legge in questi articoli il riconoscimento di un perfetto diritto soggettivo: «Se le parole hanno un significato, quanto fin qui ricordato nell'ambito delle fonti normative del principio del consenso pare sufficiente a dotare il rifiuto di un trattamento sanitario della veste di diritto soggettivo concretamente ed espressamente tutelato dall'ordinamento giuridico, senza dover attendere una legge specifica o invocare il principio *magis ut valeat*».

⁶¹ Art. 22 cod. deont., in cui parte della giurisprudenza ritiene rinvenibile la base normativa per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza; cfr. sul tema, per un confronto con anche i vecchi codici deontologici; cfr. FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, op. cit.

ruolo peculiare e incerto che le norme deontologiche assumono nel panorama delle fonti del diritto.

Larga parte di dottrina e di giurisprudenza negano infatti il valore giuridico di tale disciplina, sulla base della separazione tra norma etica e norma giuridica, qualificando le norme deontologiche come «precetti extrapenali» o «norme interne alla categoria e non invece all'ordinamento generale»⁶².

Per utilizzare le parole delle Sezioni Unite della Cassazione:

«L'ordinamento riserva, (...), alla categoria professionale ed agli organi che ne sono espressione, poteri di autonomia in relazione alla individuazione delle regole di comportamento dei professionisti e poteri di c.d. autocrinia in sede di applicazione delle regole stesse. Queste, però, non assurgono a norme dell'ordinamento generale, ma operano quali regole interne della particolare categoria professionale cui si riferiscono. Questa limitazione è coerente conseguenza di un più generale principio, condiviso dalla dottrina, secondo cui le fonti metagiuridiche non si trasformano, di regola, in fonti dell'ordinamento giuridico generale, in difetto di una espressa previsione legislativa»⁶³.

⁶² La stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 438 del 2008, non ha infatti neppure menzionato il codice deontologico nella rassegna delle fonti in tema di consenso informato, nonostante la valorizzazione attuata invece nella sent. del medesimo giudice, la n. 282 del 2002. Cfr. BALDUZZI R., PARIS D., *Corte costituzionale e consenso informato*, op. cit., che ritengono tale scelta criticabile sotto due profili: in primo luogo poiché il codice deontologico è in ultima analisi l'unica disciplina generale del consenso, in secondo luogo poiché il riferimento agli articoli dedicati al consenso nel codice avrebbe indotto i giudici a non ridurlo e non identificarlo con il documento sottoscritto dal paziente.

⁶³ Così Cass. Civ. SSUU, sent. 24 maggio 1975, n. 2104. Più recentemente Cass. Civ., SSUU, sent. 17 gennaio 1991, n. 401, in *Foro Italiano*, 1992, I, p. 2243; Cass. Civ. SSUU, sent. 23 luglio 1993, n. 8239, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1993 e Cass. Civ., Sez. III, sent. 11 ottobre 2006, n. 21732, *CED Cassazione*, 2006. Si aggiunga anche la Consiglio di Stato Sez. IV, sent. 17 febbraio 1997, n. 122, in *Giurisprudenza Italiana*, 1997, III,1, p. 534.

Come invece sostenuto da altra dottrina, non può non venire in rilievo come le norme deontologiche si connotino della funzione di attuazione dell'interesse pubblico della garanzia del bene giuridico tutelato, quale, nel caso *de qua*, il bene salute.

«In questa diversa e più ampia prospettiva, sembra invero difficile negare il delinarsi di una rilevanza anche esterna, (...) per lo meno con riferimento alle norme che si contrassegnino per la loro destinazione a regolare la condotta del sanitario nei confronti del paziente, o i cui riflessi applicativi possano comunque investire la qualità della prestazione da rendere allo stesso»⁶⁴.

Proprio tale rilevanza esterna permetterebbe che le regole deontologiche divengano strumento di tutela del terzo nel rapporto con il professionista. A prescindere infatti da quanto fin qui detto, potrebbe essere forse utile soffermarsi e prendere in considerazione il valore che potrebbe avere la normazione deontologica in un'ottica sussidiaria, quale intervento di un corpo intermedio parte dell'unico corpo sociale. Si potrebbe quindi ipotizzare una valorizzazione di quei soggetti professionali che agiscono nel settore e che quotidianamente si confrontano con l'esperienza della vita, della malattia e finanche della morte e che sono altresì i depositari della conoscenza tecnica, ovviamente senza avere però la pretesa di una bastevolezza di tale normativa, trovandoci a confrontarsi

⁶⁴ Cit. IADECOLA G., *Le norme della deontologia medica*, op. cit., p. 554. Allo stesso modo BELLELLI A., *Il codice deontologico medico e il suo valore giuridico*, op. cit.: «I principi morali, lungi dall'aver nel nostro ordinamento un autonomo rilievo metagiuridico, sono invece assorbiti all'interno del sistema e recuperati alla sfera del diritto soprattutto attraverso i principi costituzionali e le clausole generali. Le regole deontologiche, nella misura in cui, nel prescrivere doveri di comportamento del professionista, specificano ed esplicitano principi giuridici, acquistano spazi nel mondo del diritto. Questa diversa impostazione permette di capire perché ed entro quali limiti può riconoscersi valore giuridico alla regola deontologica: la prescrizione di autodisciplina viene attratta dall'ordinamento giuridico attraverso la clausola generale il cui contenuto essa determina e per la cui concretizzazione si deve, appunto, far richiamo ai criteri di valutazione e alle regole comportamentali rilevabili nell'ambiente sociale».

in campi dove la decisione politica diventa imprescindibile, dove il popolo vuole e deve poter decidere.

4. Il consenso informato come diritto fondamentale: verso il riconoscimento di uno statuto costituzionale.

Il consenso informato ha nel tempo ottenuto una tale rilevanza da essere fatto oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, sia in ambito penalistico che civilistico, pur con le ontologiche differenziazioni che caratterizzano i due sistemi⁶⁵. Se infatti nel diritto civile l'attenzione è sostanzialmente rivolta all'analisi degli aspetti contrattualistici legati al consenso, o meglio, allo studio del ruolo del consenso informato nel rapporto contrattuale instauratosi tra medico e paziente e quindi alle conseguenze nel campo della responsabilità medica e la configurazione del danno derivante, in ambito penale, l'interesse si sviluppa in un'ottica che potremmo definire "retributiva" per cui i profili coinvolti sono quelli attinenti alla sussistenza di un fondamento di liceità all'attività medico-chirurgica, alla sussumibilità della condotta del medico in una norma incriminatrice e alle conseguenze sanzionatorie del comportamento del medico in assenza di consenso.

⁶⁵ FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, op. cit., afferma: «È innegabile che l'approccio civilistico alla tematica del consenso informato presenti peculiarità proprie del sistema in cui la stessa si inserisce: ed invero, la "filosofia" che contrassegna il sistema della responsabilità in diritto civile è diversa da quella del sistema penale, essendo la prima basata essenzialmente sulla esigenza del risarcimento del soggetto che è stato danneggiato a causa di una condotta illecita. (...) Il processo civile è diretto alla acquisizione giudiziale dei fatti che le parti, alla stregua della ripartizione dell'onere della probatorio nonché della loro iniziativa e capacità, riusciranno a dimostrare. A ciò si aggiunga che l'illecito civile, a differenza di quello penale, è atipico, nel senso che qualsiasi fatto è idoneo a produrre un danno risarcibile, mentre il criterio di imputazione dell'illecito può, in alcuni casi, persino prescindere dal nesso di causalità tra condotta ed evento, potendo essere legato, ad esempio, alla mera violazione di doveri di prevenzione che gravano sul soggetto: con la conseguenza che l'attribuzione dell'evento dannoso avviene per effetto di meccanismi presuntivi che operano per il solo fatto che il danno concretamente sviluppatosi rientra tra i rischi tipici della particolare attività che viene in rilievo».

In entrambi gli ambiti è però fondamentale rilevare come questo percorso abbia direttamente influito, e sia stato anche in un secondo momento condizionato, dall'individuazione dell'ancoraggio costituzionale del consenso informato e dalla sua riconducibilità all'alveo dei diritti individuali e fondamentali dell'individuo.

4.1. Il percorso verso il riconoscimento del fondamento costituzionale del consenso informato giurisprudenza e dottrina penale.

Un aspetto problematico, quello che per primo ha destato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza di ambito penale, risiede nella individuazione del fondamento idoneo a consentire che un soggetto terzo, senza incorrere in conseguenze penali, possa intervenire nella sfera di integrità fisica di un altro soggetto; l'importanza di questo aspetto risiede quindi nella sua stretta correlazione con il problema della natura giuridica del consenso informato, interpretato come fondamento di liceità della attività medico-chirurgica.

Questa problematicità deriva sostanzialmente dalla mancata regolamentazione nell'ordinamento italiano del trattamento medico, con specifico riguardo al principio del consenso informato e alle sue implicazioni, ovvero alla responsabilità configurabile in capo al sanitario in caso di sua violazione.

Già nel 1938, infatti, Carnelutti ammetteva la possibilità di configurare l'incisione praticata dal chirurgo in sala operatoria come un colpo inferto con una qualsiasi arma da taglio, anticipando in tal modo una celebre sentenza del 1991 emessa dalla Corte d'Assise d'Appello di Firenze. Potenzialmente, quindi, una qualsiasi azione chirurgica del medico, nonostante l'indiscutibile finalità terapeutica, veniva ritenuta una fattispecie integrativa del reato di lesioni personali; ciò posto, per poter liberare il medico dalla minaccia di una sanzione penale occorreva che il suo atto venisse scriminato da alcune particolari circostanze. Nelle prime

pronunce, in particolare in due sentenze l'una del 1939⁶⁶ e l'altra del 1970⁶⁷, si affermava, *in primis*, che il trattamento medico da cui scaturiscono delle alterazioni anatomiche o anche funzionali per l'organismo, nel caso di mancanza dei presupposti dello stato di necessità, è sussumibile entro la fattispecie criminosa delle lesioni personali e che per evitare un tale rimprovero risultata necessario l'intervento di una circostanza giustificatrice, rinvenuta nel consenso del paziente inteso come una sorta di scriminante non codificata, sulla cui ammissibilità, alla luce del principio di legalità, la giurisprudenza si è confrontata⁶⁸. Si inizia

⁶⁶ Corte d'Appello di Milano, sent. 18 Aprile del 1939, in *Monitore dei Tribunali*, 1939, p. 587.

⁶⁷ Corte d'Appello di Firenze, sent. 27 ottobre 1970, in *Giurisprudenza di Merito*, 1972, p. 292. La fattispecie controversa riguardava un medico che aveva praticato su una paziente, senza averne però previamente raccolto il consenso, un'operazione di sterilizzazione nel corso di un parto cesareo, al fine di prevenire l'eventuale rischio (in una successiva gravidanza) di rottura dell'utero, che avrebbe potuto mettere in pericolo la vita della madre e del bambino. Il giudice di prime cure aveva deciso per l'assoluzione del medico riconoscendo l'operatività di una scriminante non codificata, nonostante l'operazione fosse stata praticata in mancanza di un consenso della paziente. La sentenza viene però poi ribaltata dal giudice d'Appello sulla base della considerazione per cui: «Nel vigente ordinamento giuridico-penale non sono ammissibili, neppure sotto il profilo della analogia *in bonam partem*, cause di giustificazione non codificate».

⁶⁸ È riconducibile al Vassalli la teoria della causa di giustificazione non codificata quale fondamento della liceità dell'attività medica: «Esistono nel sistema vigente principi positivi, aventi valore normativo, ricavabili per analogia dal sistema delle cause di giustificazione, in forza dei quali il trattamento medico – chirurgico si impone di per se stesso, quando sia condotto in vista delle supreme esigenze della salute del paziente e secondo la *lex artis*, come una fonte di discriminazione del fatto». Cfr. VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Archivio penale*, 1973, I, p. 81. La dottrina si era occupata del problema dell'ammissibilità di scriminanti non codificate anche precedentemente alla sentenza oggetto di esame: cfr. sul tema VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia nel diritto penale*, Milano, 1942 e GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, CEDAM, Padova, 1932, p. 409 seg. Più recentemente si cfr. invece MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007; CANESTRARI S., FANTINI M.P., *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, IPSOA, 2006; GAROFOLI R., *Scriminanti tacite*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2005; GROSSO C.F., *Cause di giustificazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991. Le cause di giustificazione riconosciute positivamente dall'ordinamento penale sono quelle contenute negli articoli da 50 a 54 del codice penale; la dottrina si interroga però da diversi anni sulla alternativa tra il poter considerare tale catalogo come *numerus clausus* oppure come suscettibile di integrazione attraverso il ricorso alle cosiddette cause di giustificazione non codificate (o tacite o extra-legislative). Con tali locuzioni si indicano quelle circostanze "scriminati" che non sono espressamente previste dal legislatore ma che possiedono una "fonte materiale" ovvero sono ricavabili tramite procedimento analogico dalle norme che prevedono le singole cause di giustificazione. Cfr. in senso conforme MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte*

così già a riconoscere il ruolo primario che gioca la manifestazione di volontà del paziente nel rapporto terapeutico, anche se non si riesce ancora a trovare un legame tra tale manifestazione di volontà e una disposizione specifica che possa fungere da fondamento normativo.

È solo a partire dagli anni '90 che la giurisprudenza muove i passi verso un riconoscimento maggiormente pregnante del ruolo del consenso nel rapporto terapeutico, riconducendolo alla salvaguardia di due beni di rilievo costituzionale, il bene-libertà personale e il bene-salute di cui agli articoli 13 e 32 della Costituzione. Il consenso viene inoltre ricondotto all'alveo delle cause di giustificazione di cui al codice penale, tramite l'ancoraggio all'articolo 50, rubricato "Consenso dell'avente diritto"⁶⁹, anche se parte della dottrina aveva in quegli stessi anni preferito rinvenire il fondamento normativo del consenso informato nell'art. 51 c.p., norma sull'adempimento di un dovere. Il consenso informato è in ogni caso concepito, sia che si parli di consenso dell'avente diritto che di adempimento di un dovere, come diritto personalissimo, idoneo a rendere

generale, op. cit.; GUERRIERI T., *Studi monografici di diritto penale: percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Halley edizioni, 2007.

⁶⁹ Art. 50 c.p. (Consenso dell'avente diritto) «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne». Si veda MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, IPSOA, 2006, p. 519-522, i quali affermano che la problematica dell'individuazione di una scriminante all'atto medico si «si pone ogniqualvolta il trattamento provochi, quanto meno nell'immediato, una qualche alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, suscettibile in ipotesi di essere qualificata come malattia ai sensi delle norme sulle lesioni personali. Ciò accade in conseguenza di ogni intervento chirurgico, anche non demolitore, che la semplice incisione operatoria e la stessa anestesia cagionano un'alterazione del precedente status psicofisico del paziente. (...) Nulla si oppone pertanto all'individuazione del fondamento della liceità del trattamento nello stesso consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. (...) Non (si) esclude che nel caso concreto il trattamento, consentito dal paziente, possa altresì profilarsi come oggetto di uno specifico dovere per il sanitario (penalmente sanzionato ...), con conseguente concorrente applicabilità delle scriminanti ex artt. 50 e 51 c.p. Pecca pertanto di parzialità la tesi che ravvisa nel solo adempimento del dovere ex art. 51 il fondamento della liceità del trattamento». Altresì cfr. NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico. Presupposti e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989 e VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 2004; PASSACANTANDO G., *Il difetto del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1993 e ID., *Il consenso e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1999, p. 785.

lecito l'intervento del sanitario sul corpo del proprio paziente, escludendo l'antigiuridicità di un atto sostanzialmente illecito.

Tali asserzioni sono state utilizzate dalla Corte di Cassazione per avvallare le conclusioni cui è pervenuta nel noto caso Massimo: la mancanza del consenso informato ad un trattamento sanitario che si conclude poi tragicamente con il decesso del paziente permetterebbe quindi al giudice di muovere nei confronti del sanitario coinvolto un rimprovero a titolo di omicidio preterintenzionale *ex art. 584 c.p.*⁷⁰

Le sentenze successive al famoso caso testé citato mantengono l'impostazione di stampo costituzionalista in merito al fondamento del consenso informato anche se con la sentenza Barese, nel 2001, la Corte cerca di ridurre l'enfatizzazione⁷¹ del ruolo di questo istituto reputando eccessive le posizioni precedentemente assunte⁷². La Cassazione nega la possibilità di ricorrere alla norma di cui all'articolo 584 c.p., omicidio preterintenzionale, nei casi di esito infausto del trattamento sanitario avvenuto in mancanza del consenso del paziente. Si ritiene infatti mancante il presupposto soggettivo della fattispecie in esame; deficirebbe, in presenza di un atto medico ovvero di una condotta finalizzata alla tutela della salute del soggetto debole della relazione terapeutica, il cosiddetto *animus necandi*, la volontà espressa nella forma del dolo diretto o intenzionale di nuocere e recare danno al paziente⁷³.

⁷⁰ Articolo 584 c.p. (Omicidio preterintenzionale): «Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni». La Corte configura la sussistenza di questa fattispecie di reato in quanto nella fattispecie in esame si realizza sia l'elemento oggettivo della fattispecie ovvero le lesioni personali che l'elemento soggettivo, ovvero la volontà di recare un'alterazione al corpo della paziente.

⁷¹ In nota alla sentenza Barese, IADECOLA G., *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 2044 ss. approfondisce questo rischio di enfatizzazione del ruolo del consenso informato ritenendo che la "radicalizzazione in chiave giuridica del principio del consenso rischia fatalmente di stravolgere questa naturale connotazione del rapporto tra medico e paziente, orientandolo nel senso innaturale di una pregiudiziale contrapposizione e di conflitto, che dissolvono lo spinto del patto terapeutico, finendo anzi per compromettere lo stesso risultato, a questo connesso, della migliore tutela dell'interesse primario della salute".

⁷² Corte Cass. Pen. Sez. IV, sent. 9 marzo 2001, n. 28132, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 521.

⁷³ Vedi Cass. Pen. Sez. IV, sent. 9 marzo 2001, n. 28132, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 524-525, in cui la Corte prosegue specificando che sarà configurabile l'elemento

È con altre tre pronunce, di poco successive, il caso Ciccarelli⁷⁴, Firenzani⁷⁵ e Volterrani⁷⁶, che il Collegio compie però alcuni ulteriori passi nella teorizzazione di questo istituto. In primo luogo si slega il consenso informato dalla causa di giustificazione dell'articolo 50 c.p., ammettendo l'autolegittimazione dell'*ars medica*, essendo attività ontologicamente diretta alla tutela di beni di rilievo primario come il bene della salute e della vita, attività che per tali motivi ottiene riconoscimento e tutela direttamente dall'ordinamento giuridico⁷⁷.

In secondo luogo, il Supremo Collegio ha cura di precisare che in tal modo non si svisciva la funzione del consenso che anzi trova la propria essenza direttamente dalle disposizioni costituzionali di cui all'articolo 13 e 32 Cost. e anche dall'articolo 2, espressione del principio personalista, principio cardine dell'intera Carta; è nella sentenza Ciccarelli che si

soggettivo del delitto di lesioni volontarie "in tutti i casi in cui il chirurgo, o il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente".

⁷⁴ Cass. Pen. Sez. IV, sent. 27 marzo 2001, n. 36519, in *Corriere del Merito*, 2009, 3, p. 304.

⁷⁵ Cass. Pen. Sez. IV, sent. 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 2041.

⁷⁶ Cass. Pen. Sez. I, sent. 29 maggio 2002, n. 26446, in *Rivista Italiana di Diritto Penale Processuale*, 2004, p. 607.

⁷⁷ Cfr. in senso conforme FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, op. cit.; EUSEBI L., *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, op. cit. e ID., *Sul mancato consenso al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, XVII, 1995; CRESPI A., *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Priulla, Palermo, 1955; BARBUTO G., *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto*, in *Cassazione Penale*, 2003, p. 327; VERGALLO G.M., *Il rapporto medico-paziente*, op. cit. In particolare quest'ultimo autore si discosta dagli altri argomentando la teoria della autolegittimazione dell'attività medica sulla base dell'art. 9 Cost. che tutela la ricerca scientifica nella quale si fanno rientrare le attività di sperimentazione clinica. Se si riconosce lecita tale attività, a fortiori va ritenuta lecita l'attività medica che è la benefica conseguenza della sperimentazione. Egli inoltre sposta il problema anche sul piano del diritto processuale, sostenendo che se il consenso fosse considerato causa di giustificazione e quindi ogni trattamento sarebbe comportamento illecito, la prova incomberebbe sul medico per evitare una condanna certa; questa prospettazione viene però smentita in continuazione dalla nostra prassi giudiziaria. Si veda inoltre MANTOVANI F., *Consenso informato: pratiche consensuali*, in *Rivista Italiana Medicina Legale*, 2000, p. 9 e ID., *Diritto penale. Parte generale*, op. cit. L'autore afferma che l'attività medica non risulta punibile non tanto per l'interesse sociale di elevatissimo rango che sottende, quanto piuttosto per il fatto che ha ricevuto espresso riconoscimento dal legislatore tramite apposita disciplina. Il consenso è quindi semplice condizione aggiuntiva di legittimità di un'attività che in realtà è già tale. Si cfr. anche NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, CEDAM, Padova, 1972.

rinviene infatti per la prima volta in maniera esplicita un legame tra tale norma costituzionale e il consenso informato.

In terzo luogo va osservato come è proprio con tali pronunce, una volta quindi affrontati in maniera quasi completa le problematiche sollevate dal consenso informato, che si inizia a porre l'attenzione sul rapporto tra il comportamento del medico e l'espreso dissenso del paziente alla prosecuzione o all'attivazione di una determinata pratica terapeutica.

In maniera pressoché concorde la giurisprudenza si schiera a favore di un comportamento del medico assolutamente rispettoso della manifestazione di volontà del paziente. Si giunge così all'affermazione per cui se il medico può agire anche nel caso di mancanza del consenso del paziente, in virtù della "natura intrinseca dell'attività sanitaria e al rilievo, anche costituzionalmente, a lei attribuito dall'ordinamento", di certo egli sarà tenuto a fermarsi di fronte al rifiuto manifestato dal proprio paziente per evitare di scontrarsi con la volontà di quest'ultimo di preservare la propria integrità fisica, in conformità con quanto garantitogli direttamente dalle norme di stampo pubblicistico.

Con le più recenti sentenze Caneschi⁷⁸, Huscer⁷⁹ e Ruocco⁸⁰, esce sempre più rafforzato il legame tra il consenso informato e le disposizioni costituzionalistiche relative alla libertà personale e al diritto alla salute; in particolare si consolida l'interpretazione di queste norme in virtù della quale il consenso, dal punto di vista contenutistico, non rappresenta più solo la possibilità di scegliere, tra le possibili alternative prospettate, il trattamento medico che si ritiene più idoneo, ma «anche (la possibilità) di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale». Pertanto: «Il criterio di disciplina della relazione medico-malato (diventa)

⁷⁸ Cass. Pen. Sez. VI, sent. 14 febbraio 2006, n. 11640, in *Cassazione Penale*, 1996, p. 1495.

⁷⁹ Cass. Pen. Sez. IV, sent. 16 gennaio 2008, n. 11335, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 8-9, p. 897.

⁸⁰ Cass. Pen. Sez. IV, sent. 24 giugno 2008, n. 37077, in *Corriere del Merito*, 2009, 3, p. 303.

quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario».

In un tale contesto si inserisce la sentenza del noto caso Welby nella quale il giudice dell'udienza preliminare di Roma, facendo propria tale lettura delle norme in esame, pronunciava sentenza di non luogo a procedere nei confronti del dottor Riccio, accusato di aver aiutato il proprio paziente a morire staccando la spina del respiratore che lo teneva in vita. Più in particolare, il GUP di Roma⁸¹ ha affermato il dovere per il medico di assecondare la volontà di colui che, capace di intendere e di volere, abbia deciso di rifiutare le cure, con giustificazione *ex art. 51 c.p.* di una condotta astrattamente riconducibile al paradigma sanzionatorio di cui all'art. 579 c.p., reato di omicidio del consenziente⁸², sulla base del riconoscimento della copertura costituzionale fornita dall'art. 32 co. 2 Cost. del diritto del paziente alla libertà terapeutica⁸³.

⁸¹ Gup del Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *www.aiaf-avvocati.it*.

⁸² Art. 579 c.p. (Omicidio del consenziente): «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni».

⁸³ Il caso Welby è un caso peculiare rispetto a quelli che sono stati precedentemente oggetto di analisi poiché attiene alle problematiche del consenso informato nella sua prospettiva negativa ovvero sia come rifiuto ad un trattamento sanitario, anche se trattamento qualificato come indispensabile *quoad vitam*. Vengono a tal proposito in risalto alcuni principi fondamentali dell'ordinamento nel tentativo di formulare una risposta alla problematica che sorgono nel caso di specie: tali principi sono da un lato la libertà di autodeterminazione del singolo e dall'altro l'indisponibilità del bene vita. Ed è proprio nel momento in cui questi due principi vengono in contatto tra di loro, cioè nel momento in cui il paziente rifiuta di essere sottoposto o di continuare un trattamento sanitario idoneo a salvargli la vita, che sorge la questione giuridica. E proprio su questo punto si scontrano le due teorie maggioritarie, quella maggiormente diffusa di stampo nettamente volontaristico, volta alla tutela assoluta e incondizionata della volontà validamente manifestata dal singolo e quella invece più ancorata alla tutela oggettiva del bene vita, concepito come valore supremo del nostro ordinamento e presupposto indefettibile di tutti gli altri diritti. Sul punto si veda IADECOLA G., *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del caso Welby*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2007, p. 1002, a parere del quale i problemi che nascono dall'interazione tra il principio di autodeterminazione e quello di indisponibilità della vita derivano dal fatto che questi sono "principi rispettivamente affidati a norme nel tempo sovraesposti senza, però, che le relative implicazioni applicative – tra loro non convergenti ed anzi potenzialmente discordanti – siano state in qualche modo oggetto di riflessione e valutazione da parte del legislatore ai fini di una loro armonizzazione".

Infine, a conclusione del breve *excursus* proposto tra i principali arresti della giurisprudenza in ambito penalistico, non si può non menzionare la sentenza n. 2437 del 2009⁸⁴, successiva alla sentenza n. 438 della Corte costituzionale, con la quale la Cassazione ha abbracciato la definizione di consenso informato fornita dal giudice costituzionale. Sulla scorta infatti di tale pronuncia, la Suprema Corte abbandona definitivamente il legame tra consenso informato e cause di giustificazione di cui agli artt. 50 e 51 c.p.⁸⁵, sancendo, allo stesso tempo, la irriducibilità della condotta del medico interveniente in mancanza di consenso del paziente, in caso di esito fausto dell'intervento, ad una fattispecie astratta di reato, difettando in tali circostanze i presupposti soggettivi per l'applicabilità della fattispecie delle lesioni personali nonché quelli oggettivi per l'integrazione della violenza privata, lasciando però spazio alla rilevanza di tale comportamento in altri ambiti al di fuori di quello penale, così legandosi alla ricca casistica civilistica in materia di risarcimento dei danni per violazione del consenso informato⁸⁶.

Relativamente a tale dualismo a proposito nel caso Welby, cfr. altresì VIGANÒ F., *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto Penale e Processo*, 2007, p. 2.

⁸⁴ Cass. Pen. SSUU, sent. 21 gennaio 2009, n. 2437, in *www.altalex.it*.

⁸⁵ Già in senso critico rispetto all'utilizzo dell'art. 50 c.p. nell'identificazione giuridica del consenso informato si veda; CATTANEO G., *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, 1957, p. 950; PEDRAZZI C., *Consenso dell'avente diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 140-153; MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana*, op. cit., p. 201-203.

⁸⁶ «In tale ipotesi l'eventuale mancato consenso del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo, rispetto a quello originariamente assentito, potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale», Cass. Pen. SSUU, sent. 21 gennaio 2009, n. 2437, in *www.altalex.it*. Nel caso invece in cui l'esito dell'intervento sia stato infausto il medico, avendo cagionato una malattia, verrà chiamato a rispondere del fatto di lesioni personali. Ed è in questi casi che si potrà operare un eventuale scrutinio penale per aver il medico agito senza il consenso del proprio paziente, mantenendo nell'ambito dell'imputazione a titolo soggettivo un profilo di colpa. In dottrina si veda FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Rivista penale*, 2009, p. 1231; BRIGNONE C., *Il trattamento medico senza consenso al vaglio delle Sezioni Unite: passi avanti e persistenti ambiguità*, in *Diritto penale e processuale*, 2009, p. 447.

4.2. *Il percorso verso il riconoscimento del fondamento costituzionale del consenso informato giurisprudenza e dottrina civile.*

Anche in campo civilistico la materia del consenso informato ha suscitato e continua a suscitare un imponente quantitativo di problematiche; fin dagli anni '30, giungendo agli anni '70, ha iniziato ad affermarsi la rilevanza dell'istituto del consenso del paziente all'atto medico, visto come strumento di tutela della libertà e dell'incolumità del malato, senza però che questo implicasse ancora alcun tipo di rilevanza giuridica; gli obblighi di informazione venivano infatti ricompresi tra i doveri a cui il medico è obbligato dall'etica professionale, così come disciplinata anche dal codice di deontologia medica⁸⁷.

È a partire da due pronunce della Corte di Cassazione degli anni '70 che la giurisprudenza riconosce la sussistenza di conseguenze giuridiche a fronte di omessa o carente informazione al paziente, ritenendo tale condotta omissiva del sanitario motivo di aggravamento della colpa professionale con cui questi aveva agito nell'adempimento del proprio compito curativo sul paziente⁸⁸.

Nel corso però del decennio successivo la stessa Corte inizia a presentare concettualizzazioni disomogenee del consenso informato abbracciando, a distanza di due soli anni, differenti definizioni del consenso: l'una, più recente, per cui il consenso informato è un vero e

⁸⁷ Corte d'Appello di Milano, sent. 18 Aprile del 1939, in *Monitore dei Tribunali*, 1939, p. 587; Cass. Civ. Sez. III, sent. 6 dicembre 1968, n. 3906, in *Monitore dei Tribunali*, 1969, p. 230: «la necessità di consenso del paziente, ove il medesimo ne sia capace sotto il profilo giuridico e sia in grado di prestarlo per le sue condizioni di salute» e si precisa che «anche il trattamento medico – chirurgico, sebbene diretto al miglioramento fisico del singolo, postula la necessità del consenso del paziente reso edotto della effettiva natura della sua malattia e dei pericoli che l'atto medico – operatorio comporta. In realtà però si sottolinei come la dottrina si rivela la dottrina e in particolare LEGA C., *Il dovere del medico di informare il paziente*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1960, p. 203 e CATTANEO G., *Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 971, già teorizzavano sul consenso informato e sugli obblighi informativi del sanitario, sottolineando il principio generale del dovere di informazione e affrontando il problema dell'esistenza, della rilevanza giuridica e dei principi degli obblighi informativi nella disciplina generale del contratto d'opera intellettuale.

⁸⁸ Cass. Civ., sent. 1975, n. 2439, in *Giustizia Civile*, 1975, I, p. 1389-1399 e Cass. Civ., sent. 1975, n. 2439, in *Giustizia Civile*, 1975, I, p. 1389-1399.

proprio negozio giuridico e l'altra per cui la prestazione del consenso informato resta invece un atto giuridico in senso stretto.

Con la sentenza n. 1173 del 1981⁸⁹ viene infatti compiuto un passo avanti con l'affermazione per cui il consenso informato dipende strettamente dagli obblighi di informazione del medico la cui violazione configura una vera e propria responsabilità di tipo contrattuale. Ma già l'anno successivo⁹⁰ il Collegio torna sui suoi passi ricollegando il consenso informato all'art. 5 c.c., in tal modo conferendogli la qualificazione di mero atto autorizzatorio, incapace pertanto di colmare di contenuto una delle obbligazioni gravanti sul medico⁹¹.

Disomogenee si presentano anche le teorie sulla natura degli obblighi informativi che fungono quindi da indefettibile presupposto ai fini della validità e completezza dell'assenso del paziente al trattamento previsto. L'interpretazione prevalente ritiene tale dovere una componente tipica del contratto d'opera tra medico e paziente ai sensi dell'art. 2230 c.c.; in tal modo gli obblighi informativi assurgerebbero a vera e propria obbligazione a cui si deve ritenere applicabile, come naturale conseguenza, la disciplina di cui all'art. 1218 c.c. in conformità della quale «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile»⁹².

Secondo un orientamento minoritario invece, il dovere di informazione sarebbe concretizzazione di quei doveri di lealtà e correttezza

⁸⁹ Cass. Civ. Sez. III, sent. 26 marzo 1981, n. 1773, in *Foro Italiano*, 1981, II, p. 1540.

⁹⁰ Cass. Civ. sez. III, sent. sentenza 12 giugno 1982, n. 3604.

⁹¹ In senso conforme a tale qualificazione del consenso informato in dottrina si veda per tutti D'APOLLO L., *Deficit informativo: sanitario responsabile anche se il trattamento è corretto*, in *www.altalex.it*, 2007, che in relazione al tema della natura giuridica di tale istituto critica la teoria della natura contrattuale del consenso informato poiché si attribuirebbe al consenso un valore patrimoniale. Erronea sarebbe una tale qualificazione essendo altrimenti il consenso una scelta autodeterminativa del singolo individuo.

⁹² Si confrontino Cass. Civ. Sez. II, sent. 8 agosto 1985, n. 4394, in *Foro Italiano*, 1986, p. 121; Cass. Civ. Sez. III, sent. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 12, p. 1165 e Tribunale di Milano, Sez. V Civile, sent. 29 marzo 2005, n. 3520, in *Rassegna Diritto Farmaceutico*, 2006, p. 34.

tra paciscenti nella fase di formazione del contratto, riconducibile pertanto a quei comportamenti di buona fede richiesti dall'art. 1337 c.c. nella fase di trattative precontrattuali, la cui violazione comporterebbe una responsabilità di tipo extracontrattuale⁹³.

Resta il fatto che a partire soprattutto dagli anni '90 gli obblighi *de quo*, inseriti o meno nella cornice del rapporto contrattuale di cura tra medico e paziente, vengono ricollegati alla funzione di tutela del diritto di autodeterminazione del paziente in forza degli articoli 2, 13 e 32 comma 2 della Costituzione⁹⁴.

Un'ulteriore corrente però, di cui si possono rinvenire tracce soprattutto in dottrina, avalla una posizione ancor più radicale in conformità della quale gli obblighi del medico di prestare adeguata informazione al paziente, affinché questi possa in piena autonomia e consapevolezza decidere della prosecuzione o meno di un progetto medico, hanno autonoma configurazione extracontrattuale in virtù del principio del *neminem ledere*, espresso positivamente dall'art. 2043 c.c.⁹⁵.

⁹³ Si cfr. Cass. Civ. Sez. III, sent. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro Italiano*, 1995, I, p. 2913 e Cass. Civ. Sez. III, sent. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro Italiano*, 1997.

⁹⁴ Cass. Civ. Sez. III, sent. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro Italiano*, 1995, I, p. 2913: «Sarebbe riduttivo, anzitutto, fondare la legittimazione dell'attività medica sul consenso dell'avente diritto, che incontrerebbe spesso l'ostacolo di cui all'art. 5 c.c., risultando la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo stato. Dall'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti dell'art. 5 c.c., non deve trarsi, tuttavia, la convinzione che il medico possa, di norma, intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. La necessità del consenso – immune da vizi e, ove comporti atti di disposizione del proprio corpo, non contrario all'ordine pubblico e al buon costume –, si evince, in generale dall'art. 13 Cost. e dall'art. 32 comma 2 Cost.». La riflessione della Corte, valorizzatrice della libertà di autodeterminazione del paziente, veniva quindi condotta attraverso la prospettiva dell'analisi della norma costituzionale. In ogni caso si cercava di mantenere distinti i due piani, quello costituzionalistico e quello prettamente civilistico; si distingueva quindi il consenso inteso come elemento essenziale della fattispecie contrattuale tra medico e paziente e invece il consenso inteso come autorizzazione al trattamento in virtù di principi di rango costituzionale: «Occorre rilevare che il consenso, oltre che legittimare l'intervento sanitario costituisce, sotto un altro profilo, uno degli elementi del contratto tra paziente e professionista, sicché l'obbligo di informazione deriva anche dal comportamento secondo buona fede cui si è tenuti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.)», una fase pertanto ancora precontrattuale.

⁹⁵ Si cfr. in senso conforme TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, op. cit., p. 27-28: «L'obbligazione di informare con una informazione mirata ad acquisire un valido consenso del paziente al progetto diagnostico-terapeutico o al singolo atto medico, proposti dal medico nella sua autonomia e autolegittimazione professionale, non

In ogni caso, la decisione di far discendere tale fascio di obblighi dal contratto di cura tra medico e paziente comporta una serie di conseguenze non indifferenti: in primo luogo essa incide sul riparto dell'onere probatorio, per cui spetta al medico provare l'adempimento o, eventualmente, provare che l'inadempimento non è dovuto a sua colpa⁹⁶.

In secondo luogo, la violazione dell'obbligo informativo acquista una sua autonomia qualora dal trattamento eseguito in assenza di valido consenso discendano danni all'integrità fisica del paziente, a prescindere dalla causa dell'evento lesivo (ovverosia a prescindere dal fatto che il danno sia dipeso o meno dalla violazione delle *leges artis* da parte del medico nell'esecuzione dell'intervento)⁹⁷. È la condotta omissiva del

è un'obbligazione precontrattuale, né un'obbligazione strumentale implicita nell'ambito del rapporto di cura e di assistenza, poiché in caso di inadempimento il regolamento contrattuale che presiede all'attività sanitaria di contesto (rapporto contrattuale del paziente con il medico o con la struttura sanitaria) non può realizzare la tutela di diritti che non hanno origine contrattuale: le stesse qualificazioni giuridiche individuali che rilevano non sono quelle che caratterizzano le posizioni soggettive di parti nel rapporto di cura. La norma di riferimento è l'art. 2043 c.c. che prescinde dal contesto in cui la lesione di un diritto si è prodotta per una tutela esclusivamente mirata alla gestione di quella lesione». L'autore aggiunge poi proseguendo nel corso della trattazione, a p. 121: «La violazione del diritto del paziente alla libera determinazione per quanto attiene alla salvaguardia della propria salute, cioè dei diritti costituzionali, quali il diritto di libertà e nel contempo il diritto alla tutela della salute, ha una valenza autonoma rispetto all'inadempimento della obbligazione derivate dal sottostante rapporto di cura e di assistenza, che può avere o meno una matrice contrattuale se considerato sotto il profilo interpersonale medico-paziente».

⁹⁶ Si cfr. Cass. Civ. Sez. III, sent. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 12, p. 1165. L'opposto orientamento prevede invece che al creditore spetta la prova dell'inadempimento e del contenuto dell'obbligazione non adempiuta, mentre il debitore è tenuto a giustificare l'inadempimento che gli viene attribuito; il tutto, tenendo conto dell'oggetto specifico della domanda. Per cui, nel caso di domanda di esecuzione o adempimento delle obbligazioni contrattuali, l'attore deve solo fornire la prova dell'esistenza del negozio, mentre nel caso di risoluzione o risarcimento l'attore è tenuto a fornire anche la prova dei fatti su cui la domanda si fonda, restando al convenuto fornire la prova della non imputabilità di essi. In questo senso si cfr. Cass. Civ. Sez. I, sent. 9 gennaio 1997, n. 124, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1997; Cass. Civ. Sez. lavoro, sent. 24 settembre 1996, n. 8435, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1996; Cass. Civ. Sez. II, sent. 19 luglio 1995, n. 7863, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1995; Cass. Civ. Sez. III, sent. 4 maggio 1994, n. 4285, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1994 e infine Cass. Civ. Sez. III, sent. 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Foro Italiano*, 1993, 1, p. 1469. Si cfr. anche nella giurisprudenza di merito, Tribunale di Napoli, sent. 12 ottobre 2001, in *Giurisprudenza Napoletana*, 2002, p. 36: «L'onere della prova del mancato assolvimento del dovere di informazione da parte del medico (consenso informato) incombe sul paziente, che agisca in giudizio per ottenere l'affermazione di responsabilità del chirurgo».

⁹⁷ Si pensi che a tale conclusione negli Stati Uniti si era già giunti nel 1957 con il caso *Salgo* per cui, in mancanza di profili di colpa nell'esercizio dell'attività squisitamente

medico rispetto al dovere di informazione che ne fonda la responsabilità e che getta le basi per la risarcibilità degli eventuali danni subiti.

Ma quali sono i danni che devono essere presi in considerazione?

Anche su questo tema si sono verificate discrepanze all'interno della giurisprudenza: da una parte infatti si ammette la possibilità del risarcimento dei danni c.d. consequenziali, ovvero di quei danni che si identificano nel peggioramento delle condizioni di salute del paziente come conseguenza di una mancata informazione. Dalla condotta omissiva del sanitario non discenderebbe quindi un danno *ipso iure*, essendo richiesta la prova che l'avvenuta adeguata informazione avrebbe al contrario evitato i successivi postumi invalidanti. Il danno da mancato consenso informato non configura infatti un inadempimento di tale rilevanza da generare, in assenza di un danno biologico, una autonoma pretesa di risarcimento dei danni⁹⁸.

Di senso contrario è invece quell'orientamento in forza del quale il consenso del paziente adeguatamente informato si configura quale istituto posto a presidio di un diritto costituzionalmente protetto (*ex art. 2, 13 e 32 comma 2 Cost.*); pertanto il danno che consegue alla sua violazione non può che rappresentare un danno al medesimo interesse costituzionale e pertanto un danno diverso dal comune danno patrimoniale, la cui risarcibilità deriverebbe dall'art. 2059 c.c. secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata offerta dalla Consulta con la sentenza n. 233 del 2003⁹⁹ e la cui liquidazione potrà avvenire in via autonoma o anche, a seguito di dimostrazione della sussistenza di un danno biologico derivante dal trattamento eseguito senza consenso informato, in concorso con quest'ultimo.

Il riconoscimento del fondamento costituzionale del consenso informato ha pertanto giocato un ruolo fondamentale nell'evoluzione

tecnica e professionale del sanitario, questi rispondeva per non aver rispettato il dovere di informare il paziente in relazione ad «*any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to proposed treatment*».

⁹⁸ Si cfr. Tribunale di Milano Sez. V Civile, sent. 29 marzo 2005, n. 3520, in *Rassegna Diritto Farmaceutico*, 2006, p. 34.

⁹⁹ Corte cost., sent. n. 233 del 2003, in *www.giurcost.org*.

giuridica di tale istituto; è su queste basi infatti che i giudici hanno potuto ampliare la responsabilità per violazione degli obblighi informativi, talvolta in modo anche eccessivo e innaturale, conferendogli un'autonomia tale da scardinare i confini della verifica della sussistenza di profili di colpevolezza in capo al medico¹⁰⁰. Questi infatti, anche se avrà agito nel rispetto delle migliori regole dell'arte medica, recando vieppiù un beneficio al paziente, sarà responsabile civilmente per violazione del diritto costituzionalmente garantito di autodeterminazione. Un danno quindi derivante dalla lesione del diritto di autodeterminazione, distinto e autonomo rispetto a qualsivoglia lesione alla salute, sulla base della considerazione per cui «pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; e che la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo»¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sul punto si cfr. ancora una volta TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, op. cit.: «Si tratta (...) di violazione, quella costituita dal consenso viziato o addirittura mancante, che lede una situazione giuridica costituzionalmente tutelata e caratterizzata dal diritto di libertà con una intrinseca ingiustizia e che autorizza la qualificazione di un danno risarcibile di natura non patrimoniale attraverso la clausola generale dell'art. 2059 c.c. secondo il nuovo orientamento disegnato dalla Sezione terza della Corte di Cassazione in base ad un profilo esclusivamente civilistico di accertamento e di valutazione della imputabilità del fatto lesivo. (...) La violazione di un diritto costituzionale costituisce offesa alla dignità della persona quale soggetto di diritti: la mancanza del consenso ovvero il consenso viziato ne sono un'ipotesi di violazione specifica di un diritto di libertà (diritto di autodeterminazione); si tratta di una violazione che genera per se stessa un danno morale soggettivo che secondo il nuovo assetto non richiede la qualificazione di un fatto come ipotesi di reato, ma che nella specie è molto di più, è violazione diretta di una libertà direttamente garantita dalla Costituzione e come tale genera un danno risarcibile di natura non patrimoniale». Per quanto riguarda la giurisprudenza si veda Cass. Civ. Sez. III, sent. 14 marzo 2006, n. 5444, in *CED Cassazione*, 2006.

¹⁰¹ Cass. Civ, sent. 9 febbraio 2010, n. 611426, in *Il Corriere giuridico*, 2010, p. 1201 ss.; in nota alla pronuncia cfr. DI MAJO A., *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Danno e Responsabilità*, 2010, p. 685; GORGONI M., *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2010, p. 1014.

Una sentenza recente della Corte di Cassazione, la sentenza n. 26974 del 2008¹⁰² ha parzialmente modificato l'assetto della disciplina relativa al danno non patrimoniale; la suddetta pronuncia ha infatti fornito una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c. prendendo spunto dalla sentenza della Consulta, la n. 233 del 2003, e dalle sentenze gemelle della Cassazione del medesimo anno. Viene così sancita l'unitarietà del danno non patrimoniale, eliminando la distinzione tra le sottocategorie del danno esistenziale, biologico e morale, riconfigurando la distinzione propria dell'impianto codicistico tra danno patrimoniale e non patrimoniale¹⁰³.

La sentenza inoltre inserisce nel novero dei diritti costituzionalmente garantiti ex art. 2059 c.c. il diritto alla salute e, in modo particolare, il diritto all'autodeterminazione. La violazione di quest'ultimo diritto, concretizzantesi nella lesione al diritto all'informazione e quindi al diritto di scelta del trattamento terapeutico, può dar vita alla pretesa creditoria di un danno non patrimoniale, indipendentemente dall'esito fausto o infausto e dalle modalità attuative dell'intervento su cui sarebbe dovuto ricadere il consenso informato.

Questo è quanto è stato anche ribadito sia dai giudici di legittimità stessi che dai giudici di merito, in numerose pronunce a partire dal 2007; trattasi di un insieme di sentenze che si sono soffermate su alcuni degli aspetti fondamentali in tema di consenso all'atto medico: il contenuto del dovere di informazione, la distinzione tra l'obbligo del chirurgo estetico e quella del chirurgo ordinario, il valore del modello cartaceo di consenso informato e ultimo, ma non per importanza, la natura del dovere di informazione e le conseguenze derivanti dal suo mancato adempimento.

¹⁰² Cass. Civ. SSUU, sent. 11 novembre 2008, n. 26974, in *Rivista di Diritto Civile*, 2009, p. 97.

¹⁰³ CENDON P., *Il risarcimento del danno esistenziale nel sistema di tutela della persona*, in Studi in onore di SCHLESINGER P., III, Milano, 2004, p. 2092; CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, p. 5; CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo Digesto*, Torino, 1968, p. 673; SCOGNAMIGLIO R., *Danni alla persona e danno morale*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2008, p. 463.

Si ribadisce infatti unanimemente, in accordo con la principale dottrina, la natura contrattuale del dovere summenzionato, nel tentativo di facilitare il soddisfacimento della pretesa risarcitoria avanzata dal paziente danneggiato nell'esercizio di alcuni diritti fondamentali (si veda a tal proposito il riparto dell'onere probatorio e la disciplina relativa alla prescrizione). Il rinvio, infatti, alla responsabilità contrattuale e alle relative disposizioni contenute nel codice civile non contraddice il sempre più vigoroso legame del consenso informato al dettato costituzionale.

Al contrario, il riconoscimento e la tutela di un diritto sul terreno civilistico, e in questo caso in campo contrattualistico, ricevono ulteriore vigore ed efficacia se volti alla salvaguardia di un diritto che trova la sua radice in una fonte di così alto livello quale quella costituzionale. La norma civilistica abbisogna quindi di un simile rapporto e di un simile rimando ad una fonte esterna a sé e dotata di una forza maggiore di quanta già non ne possieda¹⁰⁴.

4.3. La Corte costituzionale e il riconoscimento dello statuto costituzionale del consenso informato.

Facendo quindi propria la ormai consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, sia civile che penale, la Corte costituzionale, con sentenza n. 438 del 2008 ha riconosciuto il consenso informato, benché per il tramite di un conciso *dictum* riportato all'interno della pronuncia, quale contenuto di un autonomo diritto soggettivo, rafforzato da una triplice copertura costituzionale. Oltre all'articolo 2 della Carta, si fa menzione degli articoli 13 e 32, in particolare del suo secondo comma. È infatti dal combinato disposto di tali articoli che deriva la portata di vero e proprio

¹⁰⁴ Per una casistica in materia di consenso informato si veda: Cass. Civ. Sez. III, sent. 29 novembre 2012, n. 21235; Cass. Civ. Sez. III, sent. 27 novembre 2012 n. 20984; Cass. Civ. Sez. III, sent. 9 ottobre 2012, n. 17138; Cass. Civ. Sez. III, sent. 26 luglio 2012, n. 13217; Cass. Civ. Sez. III, sent. 15 dicembre 2011, n. 26993; Cass. Civ. Sez. III, sent. 28 luglio 2011, n. 16543.

diritto del consenso informato, da cui si fa conseguentemente discendere il grado di tutela che deve essere garantito dall'ordinamento. Così la Corte:

«Al riguardo, occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi dall'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. (...) La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell'autodeterminazione e quello della salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

La Corte coglie invero l'occasione per affermare tale principio nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, promosso con ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri con cui si

impugnava l'art. 3 della Legge reg. Piemonte n. 21 del 6 novembre 2007 per contrasto con gli artt. 2, 32 e 117, commi secondo e terzo, Cost.

La legge piemontese disponeva che:

«Nella Regione il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto»¹⁰⁵.

La riconduzione del consenso informato ad uno statuto costituzionale concerne quindi uno solo dei profili contemplati nella sentenza, profilo tra le altre cose strumentale alla risoluzione della questione di legittimità nel senso di un contrasto tra la disciplina regionale e i parametri costituzionali invocati dalla difesa erariale.

Il riconoscimento della natura di diritto costituzionalmente garantito ex art. 2, 13 e 32 Cost. del consenso informato, ne comporta la qualificazione di diritto fondamentale «la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale», con corrispettivo limite alla potestà legislativa regionale a cui viene fatto divieto di dettarne modalità di attuazione e limiti¹⁰⁶.

¹⁰⁵ L'art. così prosegue: «Per le finalità di cui al comma 1, la Giunta regionale predispone un modulo per il consenso informato attraverso il quale il medico di medicina generale, il pediatra di libera scelta, lo psichiatra o il neuropsichiatra infantile interessato fornisce, in forma scritta e in modo dettagliato, oltre ai vantaggi presunti, esaurienti informazioni in ordine agli effetti collaterali del farmaco consigliato, ai possibili trattamenti alternativi ed alle modalità di somministrazione. La Giunta regionale, con proprio provvedimento, individua strumenti e modalità per favorire l'accesso a terapie sia alternative sia integrative alla somministrazione delle sostanze psicotrope di cui al comma 1. L'assenso del genitore o tutore nominato per il minore interessato è scritto ed allegato a ciascuna prescrizione del farmaco stesso».

¹⁰⁶ I diritti fondamentali si pongono infatti come limite sia alla potestà legislativa regionale esclusiva, sia alla potestà legislativa regionale concorrente. Con la legge contestata, infatti, la Regione non si era limitata a produrre una disciplina di puro dettaglio, ma si è arrogata il diritto di disciplinare aspetti di primo piano quali i soggetti obbligati al rilascio del consenso informato e le modalità, interferendo di conseguenza con la potestà legislativa statale. Quello che eventualmente residua alla potestà regionale

Innovativa pare la scelta della Corte, nell'operazione di tracciabilità della base costituzionale del consenso, di fare riferimento, oltre che all'art. 32, anche agli artt. 2 e 13, abbracciando quella che era stata la lettura data dalle Corti supreme ordinarie civile e penale nel tentativo di delineare una copertura costituzionale dell'istituto. La *ratio* dell'utilizzo di tale combinato disposto parrebbe risiedere nella volontà di affermazione di un diritto costituzionale che, se da una parte mantiene un ovvio legame con il diritto alla salute (art. 32 Cost.), dall'altra sembra caratterizzarsi per una configurazione autonoma e di più ampio contenuto rispetto al diritto alla salute stesso, proprio in virtù di quel richiamo agli artt. 2 e 13 Cost.; un diritto, quello al consenso informato, rivelatore del riconoscimento di un autonomo e indipendente diritto all'autodeterminazione, differente rispetto al puro contenuto del diritto alla salute, ancorché il suo esercizio si realizzi in un ambito specifico quale quello terapeutico-sanitario. Già da tempo infatti la Corte di Cassazione aveva sancito la presenza nel nostro ordinamento di un diritto di autodeterminazione rientrante a pieno titolo tra i diritti inviolabili dell'uomo, espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo fino a ricomprendere anche la consapevole adesione al trattamento sanitario. È quindi nell'alveo degli artt. 2 e 13 che si delineerebbe l'eterogenea complessità del più ampio e generale diritto all'autodeterminazione, il quale si dipanerebbe in ambito sanitario grazie

consiste nella possibilità di dettare la disciplina di dettaglio restando però entro i confini dei principi fondamentali della materia così come espressi dal legislatore centrale. Per una più approfondita e articolata analisi della soluzione offerta dalla Corte al profilo concernente il rapporto tra legislazione statale e regionale, soprattutto anche rispetto al legale con le precedenti sentenze della Corte, le sentt. n. 282 del 2002 e 338 del 2003, si veda BALDUZZI R., PARIS D., Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative, op. cit. e CORAGGIO C., *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, p. 4981-4994, per la quale la pronuncia *de qua*: «ad una prima lettura, sembra inserirsi nel solco di precedenti decisioni del giudice costituzionale, afferenti la “tutela della salute” e confermare la perimetrazione dell'ambito sottratto alla discrezionalità legislativa delle Regioni. Tuttavia (...), questa continuità con la giurisprudenza in materia si rivela apparente, celando piuttosto qualche contraddizione. Inoltre, da un altro ma connesso punto di vista, questa sentenza contiene dei passaggi ambigui rispetto al tracciato giurisprudenziale in tema di potestà concorrente delle Regioni, confermando l'idea di una “inafferrabilità” della categoria dei principi fondamentali riservati alla legislazione statale».

al richiamo di cui all'art. 32 Cost.; un diritto che sembrerebbe emergere dalla sentenza in esame quale diritto senza confini, mancando qualsivoglia richiamo ad eventuali limiti che nelle contingenze potrebbero concorrere a delimitarne l'esercizio.

Si noti però come già l'art. 32 contenga al suo interno una componente volontaristica, ove nel secondo comma si afferma:

«Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Questa ispirazione consensualistica, già insita nel diritto alla salute come voluto dai costituenti, che secondo parte della dottrina fa di esso un diritto di libertà¹⁰⁷, avrebbero però una connotazione sottilmente differente

¹⁰⁷ Si veda in questo senso PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 80 ss.: «Il Costituente del 1948 ha dunque voluto fissare, attraverso l'articolo 32, in modo tanto cristallino, quanto forte, una regola fondamentale che trae indubbiamente la sua origine, oltre che dall'evoluzione più risalente nel tempo (...), anche dal ripudio di quell'esperienza storica, e dai principi affermati a Norimberga, ma che, non è, invero, in essa racchiusa o a essa soltanto riferibile – vale a dire applicabile al solo fine di scongiurare il ritorno a pratiche di natura razziale o eugenetica. Come sembra di potersi evincere dai dibattiti intercorsi in Assemblea costituente, infatti, nel principio cardine della “volontarietà” dei trattamenti sanitari, si riverbera – in campo medico – l'intero sistema di valori a cui la Costituzione è ispirata: dal principio personalista, all'inviolabilità della libertà personale; dal rispetto della dignità umana, alla capacità dell'individuo di autodeterminarsi relativamente alla propria dimensione esistenziale, con riferimento a qualsiasi trattamento sanitario applicabile nella quotidianità dei rapporti medico-paziente. Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari va dunque posto nella sua giusta luce, e colto in tutta la sua particolare ampiezza «che non risiede soltanto nella tutela della salute della persona, ma prima ancora nella tutela complessiva della sua personalità». (...) Quale corollario del principio di volontarietà dei trattamenti sanitari, l'art. 32, infatti, fonda oltre che un diritto sociale “a essere curati” che è affermato al 1° comma, anche un diritto di libertà, sancito al 2° comma, di curarsi, come di non curarsi (ovverosia di non essere costretti coattivamente a far ricorso ai medici); di “rifiutare le cure” proposte (ovverosia di poter scegliere, senza costrizioni, se sottoporsi o meno ad un determinato trattamento, una volta che questo sia stato prospettato dal professionista al quale ci si è spontaneamente rivolti), come ancora di “interrompere le cure” una volta che queste siano state poste in essere, a fronte di un mutamento di convinzione (ovverosia, di poter revocare il consenso precedentemente manifestato)». In senso contrario si veda CASTRONOVO C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 1990, p. 193: «in quanto diritto sociale la salute non consente di essere configurata alla stregua dei diritti di libertà: non è questa né la lettera né

da quella che ha voluto evidenziare la Corte costituzionale attraverso il richiamo all'art. 13 Cost. Come efficacemente sottolineato da Balduzzi e Paris, è evidente come la Corte costituzionale abbia voluto espressamente inserire il richiamo anche alla norma aperta dell'art. 2 e al diritto alla libertà personale di cui all'art. 13 Cost., per porre «l'accento sulla libertà di (scegliere, secondo l'art. 13) e non sulla libertà da (i trattamenti sanitari, ex art. 32, comma 2, Cost.)». Il secondo comma dell'art. 32 contiene infatti già in sé l'idea di un limite alla pratica terapeutica obbligatoria qualora contraria e irrispettosa del valore della persona umana, perché antinomica rispetto alla volontà della stessa. Ma si potrebbe giungere ad una interpretazione dell'art. 32 co. 2 tale per cui una disposizione costituzionale, nata per tutelare in un'ottica solidaristica un diritto fondamentale quale quello alla salute, possa essere interpretata come altresì tutelativa del suo opposto?

Se alcuni autori hanno intravisto in questa lettura della Corte costituzionale, «una certa pigrizia interpretativa, che non è nuova nella giurisprudenza costituzionale, in tema di diritti e che tuttavia svela la tendenza ad una disaffezione all'interpretazione letterale e sistematica della Costituzione»¹⁰⁸, altra parte della dottrina ha forse più correttamente scorto le motivazioni di una tale opzione ermeneutica in una più precisa volontà, che si appalesa contestualizzando la pronuncia nel contesto storico e sociale da cui è scaturita. La Corte non potrebbe aver voluto, in un clima sociale e politico infervorato dalle discussioni in materia di decisioni di fine vita e di testamento biologico, a ridosso della vicenda giudiziaria che aveva chiuso il drammatico caso Englaro, indicare un sentiero o anche solo fornire delle direttive nel caso di una sempre più concreta possibilità di *interpositio legislatoris* sul tema?

l'intonazione dell'art. 32 Cost.»; NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, p. 269-296.

¹⁰⁸ MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, p. 4970-4981.

Ma da dove deriva una simile lettura delle norme costituzionali utilizzate dalla Corte come cornice dello statuto costituzionale del consenso informato? Basta scorgere la giurisprudenza per rendersi conto di come entrambi gli articoli (13 e 32) siano stati oggetto, in particolar modo negli ultimi due decenni, di un percorso evolutivo che li ha portati ad assumere significati anche differenti rispetto a quelli stigmatizzati dai padri costituenti.

L'articolo 32 è forse una delle disposizioni più complesse di tutto l'edificio costituzionale per la vastità, l'eterogeneità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte¹⁰⁹ e la multidimensionalità degli interessi che vi ineriscono. Posta tale disomogeneità, il punto fermo da cui occorre prendere le mosse è certamente la definizione del concetto di salute sulla base del quale si delinea tutto il sistema di tutele oltre che si determina la perimetrazione del diritto stesso.

Il concetto di salute è stato anch'esso protagonista di un lento ma inesorabile procedimento di rilettura che è culminato nell'esaltazione dell'elemento psicologico, o meglio volontaristico, su quello puramente fisico. Una lettura espansiva, quindi, che si è accompagnata di pari passo anche ad una evoluzione sempre in senso espansivo, come meglio si avrà modo di osservare nel prosieguo, del concetto di libertà personale.

L'Organizzazione Mondiale della Sanità ha infatti negli anni '50 definito¹¹⁰ la salute non solamente come un'assenza di malattia, bensì come «uno stato di completo benessere fisico, psicologico e sociale»; rispetto alla pura dimensione fisiologica di cui era precedentemente ammantata la definizione di salute¹¹¹ si include quindi anche una

¹⁰⁹ Cfr. in senso conforme CARAVITA B., *Articolo 32*, in CRISAFULLI V., PALADIN L. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1990.

¹¹⁰ Numerose sono le definizioni che sono state fornite al concetto di salute; tra tutte queste si veda quella proposta da LEGA C., *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952, p. 16, ritenuta da PEZZINI la più «utilmente utilizzabile nell'analisi giuridica»: «Stato di benessere, fisico e morale, che proviene dall'equilibrio di tutti gli organi e di tutte le funzioni del corpo umano, tale da permettere il normale svolgimento, sotto un punto di vista bio-fisiologico, della vita umana in relazione alle diverse condizioni di ambiente nel quale l'uomo vive».

¹¹¹ D.lgs. C.P.S. 4 marzo 1947, Approvazione del Protocollo concernente la Costituzione dell'OMS, nel cui Preambolo si afferma che: «*La santé est un état de complet bien-être*

ulteriore duplice dimensione, quella psicologica e quella sociale le quali, potremmo dire, avvicinano sempre di più il concetto di salute a quello di personalità. Per poter quindi accertare la condizione di benessere occorre ora tenere in considerazione i rapporti sociali, i rapporti familiari, l'ambiente dove si esercita l'attività lavorativa ma anche quello ove si conduce la propria esistenza, e pertanto, più in generale, le concrete possibilità di realizzazione della propria personalità.

Non solo il mondo scientifico ma anche quello giuridico è ormai pressoché concorde¹¹², pur rilevandosi qualche voce che fuori dal coro, mette in guardia dai rischi di una simile definizione del concetto di salute¹¹³, nel ritenere la non coincidenza tra il concetto di salute e quello

physique, mentale et social, et ne consite pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité». Tale più ampia concezione va a discostarsi da quella tradizionalisticamente fatta propria dal sistema penale che intende invece la salute come integrità fisica e psichica della persona. Secondo BARNI M., SANTOSUOSSO S., *Medicina e diritto: prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, op. cit., tale rapida evoluzione del concetto in esame è dovuta essenzialmente al dibattito sulla psichiatria, al riconoscimento della salute psichica della donna nei casi di interruzione di gravidanza e a tutte le problematiche psichiche collegate alla legge sui transessuali e il cambio di sesso degli anni '90. Rispetto soprattutto a quest'ultima ipotesi, l'atto medico può essere considerato terapeutico in quanto idoneo a rimuovere l'ostacolo al completo benessere fisico e psichico del soggetto.

¹¹² Si cfr. al riguardo LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, p. 783; GORGONI A., *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 547 ss.; DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO P., Torino, 1999; BUSNELLI F.D., BRECCIA U., *Premessa*, in BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 5; BARNI M., SANTOSUOSSO A., *Medicina e diritto: prospettive e responsabilità*, op. cit.; BOTTARI C., *Il diritto alla tutela della salute*, in RIDOLA P., NANIA R. (a cura di), *I diritti costituzionali* Torino, 2001; MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2001; PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale, Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, CEDAM, Padova, 2000; PERLINGERI P., PISACANE P., *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, 2001; ROLLA G., *La tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2007. Voce fuori dal coro è invece quella di DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 155 e ID., *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1999 ove l'autore afferma che «il diritto all'integrità fisica, colla denominazione di un diritto alla salute, è così recepito a livello costituzionale in tutta l'estensione del suo oggetto, già desumibile dall'art. 5 c.c.».

¹¹³ Si veda NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, op. cit.: «Se (...) la salute viene ridotta a mera proiezione della volontà soggettiva non è più possibile concepire una tutela pubblica della sanità. Come distinguere tra tutela della salute e tutela dell'estetica del corpo, come distinguere tra scelte terapeutiche degne di sovvenzione pubblica e scelte che non ne sono degne? Come declinare diversamente la responsabilità del medico a seconda del bisogno oggettivo dell'intervento? Come si può ancora parlare di danno alla salute (c.d. danno biologico)? Come tutelare la salute nei rapporti di lavoro se la malattia è rimessa alla percezione di sé del lavoratore? La lotta tra diritto e torto si gioca anche sul versante dei significati oggettivi delle parole che

di integrità fisica, comprendendo la salute anche l'aspetto psicologico della persona¹¹⁴ ed essendo altresì il concetto di salute un concetto dinamico (la salute è suscettibile di incremento e promozione)¹¹⁵, in questo differente dal concetto di integrità fisica il quale si presenta a contrario come un concetto statico (l'integrità è suscettibile solo di conservazione e reintegrazione). Si assiste pertanto ad un processo di soggettivizzazione di un dato oggettivo (il dato fisico) che convive con il retaggio personale del singolo individuo, con tutto l'universo di rapporti e valori che connota la singola e peculiare esperienza umana¹¹⁶; dove quindi salute, personalità e libertà si fondono in un *unicum*.

Questa affermazione dell'idea di salute come qualcosa che si fonde con l'individualità, con l'affermazione dell'autonomia del singolo, si radica in tutte quelle scelte che si giocano in ambito terapeutico, nella c.d. autodeterminazione terapeutica, in modo particolare quando in gioco vi sono scelte inerenti all'inizio¹¹⁷, alla prosecuzione e alla fine della vita umana. Questa evoluzione è stata poi raccordata con le letture che con il tempo sono state conferite all'art. 32 comma 2 Cost. dalle molteplici operazioni ermeneutiche condotte da dottrina e giurisprudenza.

Tale capoverso riceve legittimazione della configurabilità del diritto alla salute come interesse della collettività per cui i diritti primari della persona possono incontrare dei limiti laddove l'esercizio di questi si

compongono il discorso giuridico per impedirne la liquefazione in un indecidibile *secundum quid*».

¹¹⁴ Si cfr. in senso conforme DE CUPIS A., *Integrità fisica (diritto alla)*, op. cit., per il quale «il bene dell'integrità fisica è un modo di essere dell'individuo umano, consistente nell'integrità del suo organismo naturale, considerato nel suo aspetto così anatomico come fisiologico, ed altresì psichico, (...). Anche la sanità psichica è un elemento dell'integrità dell'organismo umano».

¹¹⁵ Non si dimentichi infatti come nel concetto di salute viene ricompreso tutto l'aspetto di prevenzione della malattia e di promozione del generale benessere della persona; in tale concetto non rientrano quindi solo gli atti terapeutici in senso stretto ma anche tutte le procedure diagnostiche. Sulla qualificazione di salute come concetto dinamico si cfr. anche MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, op. cit.

¹¹⁶ Critico rispetto a tale definizione di salute è PALAZZANI L., *Diritti umani e diritto alla salute*, in SANDRIN L. (a cura di), *Solidarietà e giustizia in sanità*, Edizioni Camilliane, Torino, 2006, p. 75.

¹¹⁷ Basti por mente alla normativa in materia di aborto, la legge n. 194 del 1978 nel contesto della quale la tutela della salute non prettamente fisica ma anche psicologica assurge a legittima causa di interruzione della gravidanza.

scontri con interessi reputati maggiormente degni di protezione da parte dell'ordinamento¹¹⁸. La disposizione appare immediatamente molto rigida sia per il limite invalicabile della riserva di legge ivi contenuta, sia per il vincolo del rispetto della persona umana posto al legislatore futuro, in perfetta sintonia con il principio personalista di cui all'art. 2 Cost.

I padri costituenti infatti, memori di quanto accaduto nel corso della Seconda Guerra Mondiale nei campi di sterminio, decisero di inserire tale norma per affermare che «nessun soggetto – lo Stato, ma anche il datore di lavoro, una compagna assicuratrice, una società sportiva, il medico stesso per fini di sperimentazione ecc. – può pretendere di imporre interventi che assumano rilievo rispetto alla salute dei loro destinatari, in quanto simili interventi possono essere adottati solo nell'ambito di una relazione

¹¹⁸ Rispetto alla problematica della salute come diritto non solo individuale ma anche collettivo, e quindi sulla possibilità di rinvenire un dovere di tutela della propria salute, si tenga presente che nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente, in particolare nella seduta del 24 aprile del 1947, l'on. Merighi aveva proposto di integrare il comma 1 con un secondo periodo nel quale si affermava il dovere per il singolo di «tutelare la propria sanità fisica, anche per il rispetto della stessa collettività»; la proposta di introduzione di tale periodo non trovò terreno fertile, solo però sulla base della considerazione mossa dall'on. Tupini per cui l'emendamento avrebbe costituito una mera riproduzione del primo periodo, essendo il concetto già in esso implicitamente desumibile.

Sulla necessità di non ingigantire il fenomeno dell'autodeterminazione a detrimento di tutti quei doveri cui il singolo è tenuto, in conformità a quanto previsto dall'art. 2 Cost. (dovere di solidarietà politica, economica e sociale), Azzoni propone un bilanciamento caso per caso, per cui «la lesione del diritto soccombente è giustificata solo nei limiti in cui è strettamente funzionale al corretto esercizio del diritto vittorioso; ciò che richiede una valutazione di proporzionalità che va effettuata in relazione al concreto atteggiarsi dei diritti in contrapposizione. L'autore continua, citando Tordini Cagli S.: «specificamente, in relazione al bene della vita, si può affermare che il problema della disponibilità o indisponibilità deve porsi in un'ottica di bilanciamento in relazione alla propria vita e agli altri diritti, di rango pari o superiore, che possono eventualmente essere coinvolti: tale bilanciamento deve essere in concreto e, come tale, portare ad una differenziazione delle situazioni e, dunque, a rifiutare soluzioni uguali per realtà diverse» (cit. AZZONI G., *Valori e fondamenti costituzionali del consenso informato*, in *Comunicazione della salute: un manuale*, Raffaello Cortina, Milano, 2009, p. 314-322; cfr. altresì TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bonomia University Press, 2008, p. 240. Sulla problematica della configurabilità di un dovere alla salute si veda BOMPIANI A., *Considerazioni su rifiuto e rinuncia al trattamento sanitario*, in FURNARI M.G., RUGGERI A. (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Giappichelli, 2010, p. 17; PELAGATTI G., *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, Cisu, 1995, p. 20 ss.; PERLINGERI P., PISACANE P., *Art. 32*, op. cit., p. 207 ss., i quali affermano: «l'accentuazione della doverosità contrasterebbe con gli artt. 23 e 32, comma 2, e con i valori di libertà e dignità dell'uomo; gli atteggiamenti libertari si scontrano inevitabilmente con il rispetto del valore della persona, in quanto nell'ottica delle scelte compiute dal costituente l'atto di autonomia che riguarda la persona non è di per sé meritevole di tutela, ma deve sempre tendere alla realizzazione della persona nella libertà ma anche nel rispetto del suo stesso valore».

esclusivamente finalizzata alla tutela della salute (salvi i profili di una sperimentazione legittima), stabilita tra l'individuo stesso e il medico di cui, ordinariamente, egli abbia avuto fiducia (...). L'art. 32 comma 2 vuole che la salvaguardia della salute sia in materia riservata al rapporto del paziente col suo medico, senza che alcun potere possa pretendere di compiere atti incidenti, per l'appunto sulla sfera dell'integrità psicofisica: tale articolo, invece, non innova alcunché circa le caratteristiche proprie del rapporto terapeutico»¹¹⁹.

Da tale disposizione si è però fatto discendere l'assunto per cui nessuno, sia che si trovi in una condizione di benessere, che in una antitetica condizione di malattia, può essere sottoposto ad un trattamento sanitario senza averne prestato ad uopo il proprio consenso, tranne in alcune eccezionali ipotesi derogatorie¹²⁰, instaurando così pian piano un inscindibile rapporto con un'altra disposizione costituzionale, l'articolo 13. Pertanto la salute ha iniziato ad essere considerata veicolo per il perseguimento di un più ampio diritto, il diritto all'autodeterminazione.

«Non è il perseguimento del bene salute che fonda il potere di decisione del paziente, ma è la gestione della salute, intesa questa nel senso di benessere psicofisico dell'individuo che rappresenta modalità di estrinsecazione del fondamentale e superiore diritto di autodeterminarsi del soggetto»¹²¹.

¹¹⁹ Cit. EUSEBI L., *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, op. cit.

¹²⁰ Un intervento di tal guisa può ammettersi infatti solo nei casi di trattamenti sanitari obbligatori che devono possedere alcuni requisiti fondamentali per essere considerati validi (devono essere diretti alla cura e alla prevenzione della malattia, vi deve essere coincidenza tra la tutela della salute individuale e quella collettiva, devono essere indispensabili, devono essere il meno coattivi possibile, il meno lesivi della riservatezza e devono comunque essere rispettosi della dignità della persona) e che possono essere adottati con legge ordinaria o tramite provvedimento del sindaco, su proposta del medico (art. 33 della legge istitutiva dell'SSN).

¹²¹ Cit. GENNARI G., *La protezione dell'autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato*, in *Famiglia*, 2006, p. 733.

È proprio a partire dal combinato disposto di questo capoverso dell'articolo 32 con l'articolo 13, dalla quale deriva l'assunto per cui «la tutela della libertà di autodeterminazione pretende l'inviolabilità fisica dell'individuo», che si assiste al passaggio da una dimensione passiva del diritto individuale, ad una dimensione propriamente attiva, come diritto di disporre di sé e di autodeterminarsi, fino al punto di rifiutare un trattamento sanitario ancorché salvavita. Per dirla con Rossi:

«emerge così la funzione di “cerniera” o di “switch-off” del consenso informato tra la prima e la seconda dimensione: mediante esso, infatti, il soggetto ha la possibilità di decidere di quale delle due dimensioni del diritto richiede tutela. Egli può decidere di rifiutare un determinato trattamento proposto, ed in tal caso viene garantito nel suo diritto a che terzi (in questo caso il personale medico) si astengano da un trattamento sul proprio corpo; ovvero può decidere di consentire al trattamento, ed in tal caso deve essergli garantito il suo diritto alle cure»¹²².

Tutto ciò posto, naturale è il sorgere dell'interrogativo sul ruolo che gioca, in questa evoluzione concettuale, il diritto alla libertà personale come espresso e positivizzato nell'articolo 13 e interpretato dal giudice costituzionale¹²³.

¹²² Cit. ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, op. cit., 6-7 (corsivo aggiunto).

¹²³ Anche il contenuto del diritto alla libertà personale di cui all'art. 13 è stato oggetto di intenso dibattito; due sono infatti le principali teorie che sono state sviluppate dalla dottrina, con l'ausilio in particolare di alcune pronunce della Corte Costituzionale. Secondo un'impostazione più tradizionale, oramai superata, l'articolo *de quo* riguarderebbe lo stato di libertà fisica e si tradurrebbe quindi nella pretesa di evitare coercizioni indebite sul proprio corpo; non potendosi considerare l'art. 13 come omnicomprensivo di tutte le forme e di tutti i risvolti della libertà della persona umana. Cfr. in senso conforme PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, CEDAM, Padova, 1992, nota 2, p. 173. L'imposizione di obblighi e divieti rimarrebbe pertanto appannaggio di altre disposizioni quali ad esempio l'articolo 16, l'articolo 23 e

Con sentenza n. 471 del 1990¹²⁴, la Corte costituzionale ha affermato che il precetto di cui all'art. 13, in particolare nel suo primo

l'articolo 32. Proprio l'articolo 23 e la libertà propriamente individuale o la libertà morale (come parte della dottrina è solita qualificarla) che qui ne riceve tutela, verrebbe quindi a distinguersi nettamente dalla libertà personale. Si cfr. nuovamente PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, op. cit., il quale, in merito all'articolo 23 afferma a p. 177 e 178: «(...) L'ordinamento configura e tutela una situazione giuridica soggettiva azionabile non solo contro i pubblici poteri ma anche contro i privati. Il generale divieto di imporre autonomamente obblighi o divieti a terzi "se non in base alla legge" confermerebbe perciò, a livello costituzionale, un principio generale del nostro ordinamento posto a garanzia della libertà morale del soggetto nell'attuazione di prestazioni patrimoniali e personali (...). Né costituisce ostacolo a tale tesi la circostanza che l'art. 23 parla soltanto di prestazioni. (...) In definitiva, (...) può ritenersi che l'art. 13 garantisca, in accordo con le intenzioni del Costituente, la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all'altrui volere, conseguenti a una situazione di coazione fisica». Ma cosa ne sarebbe allora di quelle ipotesi di assoggettamento fisico, lesive o mortificanti della dignità della persona umana che non possono rientrare nelle ipotesi di restrizione della libertà come descritte nella disposizione costituzionale? Con la sentenza n. 155 del 2001 la Corte Costituzionale ha ripreso il concetto di "degradazione giuridica" già presente nella giurisprudenza: «Per aversi restrizione della libertà personale di cui all'articolo 13 Cost. (...) deve verificarsi una degradazione giuridica dell'individuo nel senso dell'avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*». Ammettendo che anche nell'articolo 23 si possa rinvenire il fondamento della libertà di autodeterminazione del soggetto, non si può affermare che tutte le limitazioni della libertà morale trovino garanzia esclusivamente in tale disposizione e non anche dal più inteso apparato garantistico dell'articolo 13. Per utilizzare le parole di GROSSI P., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, p. 205-206, in nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 20 del 1962): «Non soltanto la violenza corporale e l'uso di mezzi di coazione fisica incidono sulla libertà dell'uomo e dei suoi movimenti, ma altresì qualsiasi limitazione, contenuta in proposizioni normative o in disposizioni dell'autorità, che, operando nel campo della libertà morale, tendono a sottrarre al privato l'autonoma disponibilità della propria persona». L'autore prosegue poi sostenendo come «il potere di disporre della propria persona sia limitato ugualmente tanto da coercizione fisica, quanto da coercizione morale, per quanto in forme e con influenze diverse, e che da questo punto di vista la solenne proclamazione di inviolabilità sancita all'linea dell'art. 13 Cost. avrebbe un ben misero contenuto se consentisse di distinguere gli attentati che alla libertà personale siano recati con la apprensione e la manomissione corporali, da quelli consistenti in ordini, divieti, minacce ed ogni altra forma di intimidazione morale».

¹²⁴ La sentenza verteva su un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 696, primo comma, del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevedeva che l'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale potessero avere ad oggetto la persona. Precedente alla sentenza n. 471/1990, è la pronuncia della Corte costituzionale n. 307 del 1990 dove la Corte, in un giudizio di legittimità della legge n. 51 del 1966 in materia di obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica, in un *obiter dictum* accosta il diritto alla salute all'autodeterminazione, lungi però dall'avvicinarsi alla lettura fornita nella seguente sentenza n. 471. Così la Corte: « Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno

comma, è una «libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»¹²⁵. Nell'art. 13 vengono pertanto ricomprese e vietate tutte le repressioni condotte nella sfera della libertà fisica ma anche morale di ciascun soggetto, se non nei casi e nei modi espressamente previsti *ex lege*.

“La garanzia dell’habeas corpus non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica delle persone, ma anche alla menomazione della libertà morale, quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all’altrui potere”¹²⁶.

La stessa Corte di Cassazione nel 2001, ma anche in altre precedenti pronunce¹²⁷, ha affermato che «la necessità del consenso si evince, in generale, dall'art. 13 della Costituzione, il quale sancisce

alla salute in quanto diritto fondamentale. Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili».

¹²⁵ Sempre sul rapporto tra diritto alla salute e autodeterminazione si veda la sentenza del 1996, n. 238, in cui la Corte costituzionale afferma l'illegittimità della costrizione a subire un trattamento sanitario non voluto (nella specie si trattava di prelievo ematico nei confronti dell'imputato nell'ambito di un procedimento penale): «La prima verifica richiesta dall'ordinanza di rimessione è quella della compatibilità del contenuto precettivo così enucleato dall'art. 224, comma 2, del codice di procedura penale con la prescrizione espressa dal primo parametro evocato (art. 13, secondo comma, della Costituzione), il quale assoggetta ogni restrizione della libertà personale, tra cui nominatamente la detenzione, l'ispezione e la perquisizione personale, ad una duplice garanzia: la riserva di legge (essendo tali misure coercitive possibili “nei soli casi e modi previsti dalla legge”) e la riserva di giurisdizione (richiedendosi l' “atto motivato dell'autorità giudiziaria”); e così appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona».

¹²⁶ Cit. Corte cost., sent. n. 30 del 1962, in *www.giurcost.org*.

¹²⁷ Si cfr. *ex multis*, Cass. civ. Sez. III, sent. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro Italiano*, 1995, I, p. 2913; Cass. civ. Sez. III, sent. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro Italiano*, 1997.

l'inviolabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica»¹²⁸.

L'integrità fisica e la salute, considerate come bene proprio della persona, ricevono protezione così solo contro offese altrui e non contro le scelte della persona stessa. Le uniche eccezioni in grado di giustificare l'imposizione di obblighi da parte del legislatore ricevono legittimazione solo in virtù dell'esigenza di tutelare un interesse diretto della collettività a non vedere sacrificato il proprio diritto alla salute che, in un'operazione di bilanciamento degli interessi, può prevalere sul diritto alla libertà del singolo¹²⁹.

4.4. Gli atti di disposizione del corpo alla luce della Carta costituzionale.

Così leggendo il diritto alla libertà personale, oltre a quell'*habeas corpus* da cui aveva avuto origine¹³⁰, esso diventa vessillo del diritto di

¹²⁸ Cit. Cass. civ. Sez. III, sent. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 12, p. 1165.

¹²⁹ Parte della dottrina, ancorché minoritaria, ha sollevato critiche a tale posizione affermando che la valenza pubblicistica di tale istituto non permetterebbe la rilevanza del diritto al consenso informato all'interno della relazione medico-paziente. Si cfr. in senso conforme DONATI A., *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2000. Altri ancora hanno affermato che se si facesse discendere il diritto al consenso dall'articolo 13, qualunque obbligo diverrebbe automaticamente incostituzionale se mancante dell'«atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Per VINCENZI AMATO D., *Il secondo comma dell'art 32 Cost.*, in *Rapporti etico sociali*, AA.VV., Zanichelli, Bologna, 1976, inadeguato è il riferimento all'art. 13 proprio perché necessiterebbe dell'atto motivato dell'autorità giudiziaria; più consono sarebbe il solo riferimento all'articolo 32. Alcuni autori, tra cui PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, op. cit., fanno invece discendere il diritto al consenso informato dall'articolo 23 della Costituzione.

¹³⁰ Questo articolo e la libertà personale ivi garantita trovano il proprio diretto antecedente storico nell'*Habeas corpus* inglese (1679), che aveva la finalità di prevenire arbitrarie privazioni della libertà personale nei confronti dei cittadini inglesi, garantendo a colui che veniva arrestato una copia del mandato di cattura; il prigioniero poteva inoltre richiedere con apposita istanza ad un giudice che questi emanasse un'ordinanza con cui poter essere condotto avanti alla Corte la quale si sarebbe dovuta pronunciare confermando o revocando l'ordine di cattura. Altri precedenti storici sono l'art. 39 della *Charta* di Giovanni senza terra, risalente al 1215: «Gli uomini liberi non possono essere catturati o imprigionati (...) se non da un tribunale legale (...) secondo le leggi del paese»;

autodeterminazione dei singoli; non più un semplice potere ma una vera e propria libertà¹³¹. È palese l'assonanza di tale espressione con quella pre-costituzionale contenuta nell'articolo 5 del codice civile che fa espressamente riferimento al divieto di porre in essere atti di disposizione del proprio corpo, disposizione che ha avuto la storia più tormentata e controversa tra tutte le norme che costituiscono la prima parte del Codice.

«Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

L'art. 5 conteneva l'affermazione di un principio cardine dell'ordinamento in una fase storica del Paese in cui ancora non era in

l'art. 29 della *Magna Charta* di Enrico III del 1225; l'art. 5 della *Paper of rights* del 1628. Tale norma è stata poi ripresa e inserita anche nel *Bill of rights* del 1689 e nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: «Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme da essi prescritte». Confrontando la disposizione della nostra carta costituzionale con quella dello statuto inglese non si possono che cogliere delle assonanze. Per le differenze tra le due discipline si rimanda a PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, op. cit., p. 175. Sull'accostamento in giurisprudenza dell'*habeas corpus* alla libertà personale dell'ordinamento nostrano si cfr. *ex multis* Corte cost., sent. n. 11 del 1956, in www.giurcost.org; n. 49 del 1959, in www.giurcost.org; n. 45 del 1960, in www.giurcost.org; n. 30 del 1962, www.giurcost.org; n. 68 del 1964, in www.giurcost.org e n. 943 del 1988, in www.giurcost.org. In seno alla Costituente, si era però manifestata l'esigenza, da una parte di ampliare gli spazi operativi di tale diritto garantendo genericamente l'inviolabilità della libertà personale, e dall'altra di disporre in maniera più rigorosa dei poteri restrittivi e delle modalità di esercizio; tale esigenza risulta evidente scorrendo i lavori dell'Assemblea. Si infatti veda il dialogo tra Lombardi, Togliatti e Moro svoltosi nella seduta del 12 settembre 1946, nel quale se Lombardi riteneva sufficiente stabilire che «la libertà personale è inviolabile, nei modi e nelle forme che le leggi speciali stabiliranno», a lui si contrapponevano Togliatti e Moro che evidenziavano i rischi del totale rinvio decisionale alla sola legge: «E allora sarà la legge che deciderà dell'*habeas corpus* e non la Costituzione».

¹³¹ Sulla distinzione tra potere e libertà si cfr. MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, op. cit.; ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato*, op. cit., p. 6, che rispetto al secondo comma dell'art. 32 afferma: «Il ragionamento è secondo canone ermeneutico *a contrario*: se i trattamenti obbligatori devono essere imposti per legge, tutti gli altri non possono ritenersi obbligatori, e quindi devono corrispondere ad una manifestazione di volontà dell'interessato. In questo senso si può parlare di una particolare accezione della "libertà di cura, da intendersi non soltanto nel significato tradizionale di "diritto alle cure", ma anche in quello di diritto a scegliere se e come curarsi, fino a configurare un vero e proprio "diritto a non essere curato"». Si veda inoltre SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, op. cit.

vigore la Costituzione. Con l'avvento però della Carta costituzionale e delle interpretazioni ed evoluzioni dei principi in essa racchiusi, anche l'articolo 5 c.c. ha subito molteplici riletture ad opera della dottrina e della giurisprudenza

Occorre innanzitutto rilevare, anche quale presupposto per il prosieguo della trattazione, che il divieto ivi sancito, introdotto per evitare la mercificazione del corpo, vietando negozi che avevano causa nella cessione a titolo oneroso di un organo o di una parte del corpo, alla luce dei diritti costituzionalmente garantiti, non viene ritenuto applicabile agli atti di disposizione caratterizzati da un fine terapeutico¹³²:

«La rilevanza costituzionale del diritto alla salute induce a ritenere valido anche il consenso a trattamenti terapeutici che comportino un sacrificio per l'integrità fisica; altrimenti per salvaguardare tale bene si pregiudicherebbe il diritto di non curarsi, con evidente fraintendimento della ratio¹³³ dello stesso art. 5 c.c.»¹³⁴.

¹³² Si osservi che le ipotesi derogatorie del divieto vengono disciplinate attraverso lo strumento legislativo; basti pensare alle pratiche sperimentali e alle donazioni di organi che sono permesse solo qualora vengano al contempo rispettate determinate condizioni e solo in alcune circostanze stabilite esplicitamente con legge di fonte statale.

¹³³ Sul punto la dottrina è concorde: si cfr. *ex multis*, IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso del paziente*, op. cit., p. 34 per il quale l'art. 5 è finalizzato «ad impedire condotte pregiudizievoli della attitudine sociale della persona». La *ratio* della norma «sarebbe essa stessa pienamente quanto paradossalmente contraddetta qualora si intendesse un divieto del consenso anche rispetto ad interventi medico-chirurgici terapeuticamente orientati, certo rischiosi ma diretti proprio a ripristinare le condizioni di salute che garantiscono e salvaguardano quella attitudine sociale (del resto solennemente ribadita nella stessa carta costituzionale)». Cfr. anche EUSEBI L., *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, in *La ca' grande*, 1986, p. 33 che in termini problematici propone una interpretazione che tenga conto della «successiva organizzazione della tutela della vita anche intermini promozionali di solidarietà (artt. 2 e 3 Cost.) e che porterebbe ad escludere dalla portata del divieto previsto da tale norma gli atti di disposizione, anche se notevolmente menomanti della propria integrità, ma compiuti per salvare la vita di un determinato soggetto». Si cfr. infine ALPA G., ANSALDO A., *Art. 5*, in *Il codice civile, Commentario* (diretto da SCHLESINGER P.), Giuffrè, Milano, 1996; BARNI M., SANTOSUOSSO A., *Medicina e diritto: prospettive e responsabilità*, op. cit.; FIORI F., *Medicina legale della responsabilità medica*, op. cit.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1995; RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, CEDAM, Padova, 1979.

¹³⁴ Cit. VERGALLO G.M., *Il rapporto medico-paziente*, op. cit., p. 24. La stessa Corte Costituzionale si è pronunciata a favore di una tale lettura dell'articolo 5 nella sentenza n. 161 del 1985, in *Foro Italiano*, 1985, p. 2162. Tale sentenza, dichiarava la legittimità

Inoltre, ormai raramente essa viene richiamata anche da coloro che rinvencono in essa un appiglio normativo alla indisponibilità del bene vita, per contrastare l'affermazione di un sempre più pervasivo diritto all'autodeterminazione¹³⁵.

«Il limite del rispetto della persona umana posto dalla norma in esame avalla la configurazione di un diritto alla vita e non sulla vita, il che esclude un potere dispositivo di carattere assoluto del titolare del diritto. Se ne avrebbe conferma, a livello di legislazione ordinaria, negli artt. 579 e 580 del codice penale (dedicati alle fattispecie di omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio) e nell'art. 5 del codice civile (che limita gli atti di disposizione del corpo); tale interpretazione, nel fissare i limiti alla disponibilità della sfera fisica, pone in stretta connessione l'art. 5 c.c. e la disciplina del consenso scriminante di cui all'art. 50 c.p.»¹³⁶.

Parte della dottrina ha infatti sollevato obiezioni a tale argomentazione, rilevando da una parte la mancanza di un criterio logico e sistematico nella successione temporale delle disposizioni, fonte di difficoltà di coordinamento tra le tra diverse norme¹³⁷ e dall'altra la

costituzionale della legge relativa alla attribuzione di sesso dal momento che «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti. La natura terapeutica che la scienza assegna all'intervento chirurgico - e che la legge riconosce - nella fattispecie considerata ne esclude l'illiceità, mentre le norme che lo consentono, dettate a tutela della persona umana e della sua salute "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" non offendono per certo i parametri costituzionali invocati».

¹³⁵ Si veda in questo senso, IADECOLA G., *Nota a Corte di Appello di Milano del 9 luglio 2008*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2008, p. 2504 ss.; GIACOBBE E., *La parola è d'argento, il silenzio è d'oro: a proposito di autodeterminazione e scelte di fine vita*, in *Giustizia civile*, 2010, III, p. 764 ss.

¹³⁶ CNB, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, 24 ottobre 2008.

¹³⁷ Cfr. SALAZAR L., *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica*, in *Massimario della Cassazione Penale*, 1983, p. 53; ROMBOLI R., *La libertà di disporre del proprio corpo*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.

profonda differenza tra quelli che erano i fini perseguiti nel periodo storico che ha visto venire alla luce la disposizione civilistica e quelli invece di cui sono permeate le disposizioni costituzionali, fini che incidono logicamente anche sulla previsione di una determinata disciplina e quindi anche dei limiti così espressi¹³⁸.

Con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, con l'avvento del principio personalista e soprattutto in ossequio alla concezione unitaria della persona umana, si avverte l'esigenza di fornire una lettura meno intransigente della disposizione civilistica e dei limiti ivi espressi attraverso una lettura "costituzionalmente orientata", atta a superare la concezione patrimonialista racchiusa nell'art. 5 c.c., alla luce dell'affermazione del diritto alla salute (intesa come stato di totale benessere psico-fisico¹³⁹) e dell'affermazione del diritto alla libertà

¹³⁸ Si veda in tal senso ROMBOLI R., *La libertà di disporre del proprio corpo*, op. cit.: «Nell'articolo in esame, (...), particolarmente indicativo è invece il limite della "diminuzione permanente dell'integrità fisica", rispetto al quale l'integrità fisica non è certo vista come valore in sé e per sé, ma come bene strumentale per il perseguimento di fini e per lo svolgimento di attività ritenute essenziali per lo Stato di allora, in qualità di padre che mantiene la famiglia ed è co-produttore di figli, di lavoratore che coopera e consente il progresso socio-economico della nazione e di soldato che difende la patria contro lo straniero». Cfr. in senso conforme, Pezzini, secondo la quale il divieto espresso nell'articolo 5 trova fonte in «una concezione della persona umana essenzialmente come valore funzionalizzato, da tutelare perciò e mantenere integra non per sé, ma in funzione della potenza dello stato: una linea ideologica che vede nell'uomo il guerriero e protettore e nella donna la riproduttrice della specie».

¹³⁹ Anche il concetto di integrità fisica viene quindi letto come comprensivo dell'aspetto psicologico oltre che di quello meramente biologico. In questo senso si giustifica anche la normativa in materia di rettificazione di attribuzione di sesso e l'intervento della Corte costituzionale (sentenza n. 161 del 1985) laddove si ammette una deroga all'art. 5 c.c. al fine di tutelare l'integrità fisica intesa in senso psico-fisico del singolo; inquadrare l'identità sessuale tra i diritti fondamentali ha quindi comportato una rilettura dell'art. 5 c.c. Prima della legge n. 164 del 1982 gli interventi diretti a modificare l'identità sessuale era considerato contrari al disposto di cui all'articolo 5 c.c., anche se parte della giurisprudenza di merito, scontrandosi con i giudici di legittimità (su tutte si vedano Cass. Civ., sent. 3 aprile 1980, n. 2161, in *Giurisprudenza italiana*, 1980 e Cass. Civ., sent. 13 giugno 1972, n. 1847, in *Foro italiano*, 1972, I, p. 2399) aveva ammesso la legittimità dell'intervento sulla base dell'esigenza di tutelare l'identità sessuale del singolo nei casi di discrasia tra soma e psiche, non potendosi in questi casi parlare di lesione all'integrità fisica, avendo l'atto come fine quello di migliorare la personalità del paziente, personalità comprensiva sia dell'aspetto fisico che di quello psicologico. In giurisprudenza si vedano *ex multis*, Corte di Appello di Roma, sent. 26 gennaio 1970, in *Giustizia Penale*, 1971, I, p. 222; Tribunale di Milano, sent. 2 aprile 1974, in *Diritto e Famiglia*, 1975, p. 1400, con nota di PUGLISI; Corte di Appello di Napoli, sent. 6 dicembre 1978, in *Diritto e Famiglia*, 1979, p. 709. Cfr. per una rassegna in dottrina: PALAZZANI L., *L'identità di genere come problema biogiuridico*, in D'AGOSTINO F. (a cura di), *Identità sessuale e*

personale (come riempita di contenuto grazie al percorso evolutivo precedentemente analizzato)¹⁴⁰.

«Tale norma non vieta gli atti di diminuzione del corpo tout court, ma soltanto quelli motivati da fini di lucro, in cui cioè la diminuzione dell'integrità fisica si accompagna ad un ritorno economico per il soggetto disponente. Ciò che la legge mira ad evitare sono le lesioni della sfera fisica attuate in vista di un corrispettivo patrimoniale. La ratio evidentemente è quella di garantire i soggetti più deboli, disposti ad accettare il sacrificio della propria integrità fisica per far fronte al bisogno economico. L'art. 5 c.c. non riguarda invece gli atti di disposizione del corpo liberamente e consapevolmente voluti dal soggetto

identità di genere, Quaderni di Iustitia, Giuffrè, Milano, 2012; PATTI-WILL V., Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato, Padova, 1986, p. 31; STANZIONE P., Transessualismo e tutela della persona: la l. 164 del 1982, in Legalità e Giustizia, 1984, p. 746; ROMBOLI R., La libertà di disporre del proprio corpo, op. cit., p. 257 ss.; BARTOLE S., Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo, in Giurisprudenza costituzionale, 1979, p. 1179-1197; DOGLIOTTI M., Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali, in Giurisprudenza Italiana, 1981, I, p. 27 ss.; MANTOVANI F., Legge 14 aprile 1982 n. 164, in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1985, II, p. 2; CILIBERTI R., La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici, in Diritto, Famiglia e Persone, 2001, p. 347; VERONESI P., Il corpo e la Costituzione, Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma, Giuffrè, Milano, 2007; PALMERI G., Il cambiamento di sesso, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), Trattato di biodiritto. Il governo del corpo, Giuffrè, Milano, 2011, p. 729-781.

¹⁴⁰ In giurisprudenza si vedano, *ex multis*, le sentenze relative al noto caso Welby (Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in www.aiaf-avvocati.it) nonché la Cass. Pen. SSUU, sent. 21 gennaio 2009, n. 2437, in www.altalex.it. Paradigmatico della frattura in dottrina in relazione alle letture di cui all'art. 5 c.c. è il Parere del Comitato Nazionale di Bioetica, Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente, reso il 24 ottobre 2008; in dottrina si veda FUCCI S., *Urgenza terapeutica, libertà del paziente di rifiutare anche un trattamento proposto come salvavita e responsabilità professionale?*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, 3, p. 1046; SIMONCINI A., LONGO E., Art. 32, op. cit.; BARBERA A., Art. 2, in *Commentario alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 68; ROMBOLI R., *La libertà di disporre del proprio corpo*, op. cit., p. 229; BALDASSARRE A., *Libertà I, Problemi generali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1990, p. 23 ss.; CARUSI D., *Rifiuto di cure e direttive anticipate: diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, in *Politica del Diritto*, 4, 2011, p. 695 ss.; PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, p. 25: «La Costituzione riconoscendo il diritto alla salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività segna il superamento della concezione patrimonialistica implicita nell'art. 5 c.c., che considera il corpo della persona oggetto di un diritto del quale rilevano principalmente gli aspetti patrimoniali».

nell'ambito della relazione di cura, atti del tutto alieni da considerazioni di ordine economico-patrimoniale e motivati unicamente sulla base delle proprie convinzioni e principi morali, dei propri "interessi critici"»¹⁴¹.

La portata dell'art. 5 c.c. subisce quindi un ribaltamento di prospettiva, dovendosi leggere non più come mero potere di disporre del corpo ma come libertà del singolo di autonomamente determinarsi rispetto ad azioni e comportamenti che possano anche direttamente avere incidenza sul proprio corpo e sulla propria persona complessivamente intesa¹⁴².

«L'atto di disposizione del corpo, (...), deve essere ricostruito quale espressione e momento della libertà di decidere intorno al proprio essere, la quale, al pari della libertà di manifestazione del pensiero, di associazione ecc., si presenta sia nell'aspetto attivo di libertà positiva, sia sotto quello di libertà negativa, aspetti che, pure se tra loro strettamente connessi, mantengono pur tuttavia una loro autonomia logica e concettuale»¹⁴³.

Si giunge così a non ritenere operante il limite dell'articolo 5 c.c. in tutti quei casi in cui il soggetto, invocando il proprio diritto all'autodeterminazione terapeutica, decida di rifiutare un trattamento anche salvavita e accetti la possibilità di affrontare la conseguenza più drastica della rinuncia alla prosecuzione dell'*iter* terapeutico, al punto che

¹⁴¹ CNB, Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente, 24 ottobre 2008.

¹⁴² Si veda in questo senso Cass. Pen. SSUU, sent. 21 gennaio 2009, n. 2437, in *www.altalex.it*: «La *quaestio* relativa alla portata dell'art. 5 del codice civile non andrebbe più impostata in termini di "potere di disporre" del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale (ma) in termini di libertà di decidere e autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo».

¹⁴³ ROMBOLI R., *La libertà di disporre del proprio corpo*, op. cit., pp. 236-237.

parte della dottrina ha ritenuto la disposizione superata e arretrata, a causa della discrepanza e incompatibilità del suo contenuto pre-costituzionale con il dettato costituzionale e con i valori e principi ivi sanciti¹⁴⁴.

5. Autodeterminazione e Dignità: una parte per il tutto?

Si entra così nel delicatissimo campo delle c.d. *end-life decisions*, in quel campo in cui il singolo, di fronte alla prospettiva da parte del medico di una terapia, può esercitare il proprio diritto di autodeterminazione decidendo finanche di non intraprendere la cura o altresì, qualora questa sia già stata attivata, di interromperla, revocando il consenso precedentemente rilasciato¹⁴⁵.

Emerge con forza, visto anche il richiamo operato da molta giurisprudenza, il concetto di dignità, utilizzato quale appiglio

¹⁴⁴ In questo senso si veda CHERUBINI M.C., *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in BUSNELLI F.D, BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 98; PEZZINI B., *Il diritto alla salute*, op. cit.

¹⁴⁵ La dottrina discute della differenza tra le due fattispecie, quella del rifiuto all'avvio di una procedura terapeutica e quella dell'interruzione, tramite revoca di un consenso previamente prestato che comporterebbe un vero e proprio comportamento attivo da parte del medico. Alcuni autori (in particolare si veda NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, op. cit.) rilevano come l'interruzione di un trattamento in atto possa a sua volta costituire un trattamento sanitario, un atto quindi caratterizzato da una componente tecnica (come nel caso di interruzione della ventilazione artificiale con contestuale sedazione del paziente). Sul punto si è espresso anche il Comitato nazionale di Bioetica che, benché confinando la discussione al caso di paziente capace di intendere e di volere, ha previsto un diritto per il medico di un'astensione nei confronti dell'atto di interruzione del trattamento, in quanto l'astensione viene a sua volta considerata un trattamento. Rispetto ad una simile qualificazione parte della dottrina ha mosso critiche, anche perché possibile presupposto per un eventuale riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza. Rescigno a sua volta distingue tre fattispecie: 1. Il caso di soggetto capace che rifiuta un trattamento ancora da iniziare; 2. Il caso di soggetto capace che rinuncia alla prosecuzione di un trattamento già attivato; 3) Il caso della rinuncia o del rifiuto di un trattamento nei confronti di un soggetto incapace; delle tre ipotesi menzionate solo la prima viene ricondotta dall'autore nell'alveo dell'art. 32 comma 2 Cost., non potendo quindi negli altri casi l'art. 32 comma 2 da solo fondare un diritto soggettivo immediatamente giustiziabile (RESCIGNO G.U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, 2008). Nel senso di una differenza tra rinuncia e rifiuto di un trattamento si veda altresì DWORKIN R., *Il dominio della vita*, Comunità, Milano, 1994.

argomentativo per sostenere la prospettata lettura dell'autodeterminazione in ambito terapeutico. Nella stessa pronuncia della Corte di Cassazione sul caso Englaro, punto centrale e decisivo della decisione è infatti la l'interazione tra identità, integrità e dignità per cui si parte dal riconoscimento del rispetto della dignità umana e dal rispetto del diritto di ogni persona alla propria integrità fisica e psichica, da cui discende la logica e connessa conseguenza per cui al centro del rapporto tra medico e paziente sta l'identità dell'uomo e prima ancora la sua libertà¹⁴⁶. Anche nei recenti arresti della Suprema Corte civile in materia di lesione del diritto al consenso informato è sempre più frequente la riconduzione dell'inadempimento del medico ad una lesione del diritto alla dignità che connota le situazioni di sofferenza fisica e psichica del paziente¹⁴⁷.

Benché all'interno del nostro dettato costituzionale non sia presente un richiamo esplicito alla dignità umana¹⁴⁸, come invece si ritrova in altri

¹⁴⁶ Molteplici sono i passaggi della sentenza della Cassazione civile sul caso Englaro che si riferiscono esplicitamente alla dignità; tra i tanti si vedano: « Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire. (...) Ma, al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte. (...) Ma – accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno».

¹⁴⁷ Cfr. Cass. Civ. Sez. III, sent. 28 luglio 2011, n. 16543: «La mancanza di richiesta del consenso informato costituisce violazione del diritto inviolabile della persona a vedere tutelato il suo diritto alla salute con la dignità propria dell'essere persona»; Cass. Civ. Sez. III, sent. 29 novembre 2012, n. 21235: «Riguardo all'obbligo di informazione, va considerato che questa Corte ha affermato che non assume alcuna rilevanza, al fine di escludere la responsabilità per mancanza di informazione, il fatto che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente, corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale "deficit" di informazione, il paziente non è posto in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica».

¹⁴⁸ Si ricordi che nel corso dei lavori della Costituente la dignità era stata ritenuta principio ispiratore del contenuto dell'intera Carta costituzionale e si rinvenivano più espliciti richiami al concetto di dignità. Si vedano le proposte di formulazione degli articoli 1, 2 e 3 (Sedute del 10 e del 25 settembre 1946). Cfr. PIZZOLATO F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, p. 106-

testi costituzionali europei tra cui la Costituzione tedesca¹⁴⁹, tuttavia in alcuni articoli si rinviengono dei riferimenti espliciti (basti pensare all'articolo 3¹⁵⁰, all'articolo 36¹⁵¹ e all'articolo 41¹⁵²) ancorché riferimenti impliciti (l'articolo 27 co. 3, nel quale si pone il divieto di pene che consistano in trattamenti contrari al senso di umanità, oltre che lo stesso articolo 32 co. 2, qualora prevede, come limite all'imposizione *ex lege* di trattamenti sanitari obbligatori, il rispetto della persona umana). Nonostante quindi la mancanza di una norma equivalente all'articolo 1 della *Grundgesetz* («*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten*

107: «è significativo che sia Moro a rilanciare la possibilità dell'accordo ideologico, denunciando apertamente l'equivoco nato attorno all'idea che la persona viene prima dello Stato: “forse, in qualche caso, ci si è trovati a un equivoco; poiché non va dimenticato che lo Stato che si vuole costruire è uno Stato democratico e non totalitario. Ed egli respinge, con l'affermazione dell'autonomia e della priorità della persona umana, l'idea di uno Stato totalitario in senso stretto, come una entità a sé stante che determini essa stessa i criteri di moralità ai quali l'uomo deve ispirarsi (...). Occorre soprattutto affermare l'idea della dignità della persona umana, senza sminuire però l'autorità dello Stato, creando anzi uno Stato forte e realizzando una giustizia forte”. Si inizia a delineare con maggior chiarezza che il diritto naturale sostenuto dal gruppo democristiano, lungi dall'escludere lo Stato, lo comprende appieno e, anzi, gli affida il fine essenziale di tutelare la dignità della persona umana. Quelle indicate da Moro saranno in effetti le basi su cui sarà possibile un avvicinamento, che emerge l'indomani, 11 settembre, allorché La Pira e Basso, proprio coloro che più sembravano allontanarlo a causa di un certo estremismo terminologico o ideologico, trovano l'accordo su due articoli: art. 1: “La presente Costituzione, al fine di assicurare l'autonomia, la libertà e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell'uomo sia come singolo sia nelle forme sociali, nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona”; art. 2: “Gli uomini, a prescindere dalla diversità di attitudini, di sesso, di razza, di nazionalità, di classe, di opinione politica e di religione, sono uguali di fronte alla legge e hanno diritto a eguale trattamento sociale. È compito perciò della società e dello Stato eliminare gli ostacoli di ordine economico-sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza degli individui, impediscono il raggiungimento della piena dignità della persona umana ed il completo sviluppo fisico, culturale e spirituale di essa”».

¹⁴⁹ La dignità diventa principio cardine di molti testi costituzionali redatti a seguito dell'esperienza del secondo conflitto mondiale e soprattutto, dell'esperienza totalitaria. Il binomio libertà-proprietà, a fondamento delle precedenti Carte costituzionali, cardine del pensiero liberista, viene sostituito da un altro binomio, libertà-dignità, al fine di ricondurre l'uomo, la persona al centro del sistema normativo. Si veda sul punto BALDASSARRE A., *Libertà I, Problemi generali*, op. cit.; altresì MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; RUOTOLO M., *Appunti sulla dignità umana*, in *Direitos Fundamentais e Justica*, 2010, p. 131.

¹⁵⁰ «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale».

¹⁵¹ «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

¹⁵² «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt»), è però pacificamente riconosciuto, rifacendosi in particolare al principio personalista di cui all'articolo 2, come il concetto di dignità umana permei l'intero impianto costituzionalistico¹⁵³.

L'attenzione della Costituzione italiana al principio di dignità appare evidente nella determinazione del principio di eguaglianza sostanziale e nella concretizzazione dello stesso attraverso tutto l'apparato normativo che concerne i diritti sociali e i diritti di libertà, a partire dal comune sentire che «La dignità è qualcosa che appartiene a tutti gli uomini, ma bisogna impegnarsi per creare le condizioni in cui essa possa effettivamente dispiegarsi»¹⁵⁴.

La dignità rappresenta un concetto fondamentale che tocca ed incide profondamente anche sul mondo del diritto, rappresentando la massima espressione dell'uomo, quell'insieme di caratteri che sono propri

¹⁵³ Si veda sul punto MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *www.forumcostituzionale.it*: «Più in generale, poi, un riferimento implicito alla dignità si può riscontrare nell'art. 2, anello di congiunzione tra il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale e nell'art. 3, in particolare nel principio di eguaglianza sostanziale laddove richiede la rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Dietro il rispetto e lo sviluppo della persona umana – la pietra d'angolo, secondo La Pira, su cui edificare l'intera Costituzione – vi sarebbe proprio la volontà di assicurare un'effettiva tutela della dignità dell'uomo, che, in questa prospettiva, acquisirebbe una portata di principio fondamentale, o come è stato detto, di “valore supercostituzionale” nei confronti delle stesse libertà e dei diritti inviolabili dell'uomo. La dignità verrebbe cioè a rappresentare “il con-fine delle libertà costituzionalmente protette”, proprio perché costituirebbe “l'unico vero fine che esse possono e devono perseguire”. La considerazione che il principio personalista trovi piena attuazione soltanto a condizione che vi sia un effettivo rispetto della dignità umana può dirsi ormai consolidata nell'interpretazione costituzionale. Ancora negli anni più recenti, si è ribadito il nesso indissolubile tra persona e dignità. Evidentemente il riconoscimento di un simile nesso comporta altresì il riconoscimento che la dignità umana trova un fondamento generale nella Costituzione italiana a prescindere dai singoli richiami contenuti nelle tre disposizioni sopra indicate». In argomento si vedano altresì GROSSI P., *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in SICLARI M. (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003, p. 43; ID., *La dignità nella Costituzione italiana*, in PISANESCHI A., VIOLINI L. (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007, II, p. 1357 ss.; DI CIOMMO M., *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010; RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, in *Politica del Diritto*, 1991; CARUSI D., *Rifiuto di cure e direttive anticipate: diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, op. cit.

¹⁵⁴ NUSSBAUM M., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002.

della persona umana e che le sono attribuiti per il solo fatto della sua esistenza¹⁵⁵. D'altra parte il diritto vive per l'uomo, in funzione dell'uomo: «*omne ius hominum causa constitutum est*»¹⁵⁶. Compito di ogni giurista è quindi quello di porre mente alla centralità dell'uomo, così da svolgere un'attività diretta a sostenere lo sviluppo della sua personalità, ad esaltarne la dignità. L'uomo come fine e non come mezzo, riprendendo la nota filosofia kantiana: «L'umanità stessa è una dignità; infatti l'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da altro uomo né da lui) meramente come mezzo, ma deve essere sempre trattato nello stesso tempo come un fine, e proprio in ciò consiste la sua dignità»¹⁵⁷. Questo implica «la costante ricerca di soluzioni normative, ermeneutiche ed attuative capaci di soddisfare quelle esigenze di contemperamento degli opposti interessi alle quali deve sempre attentamente guardare chi opera nel campo del diritto»¹⁵⁸.

Ciò posto, utilizzando le parole di Rossi, «si potrebbe e dovrebbe ragionare, (...), sulla necessità di concepire i diritti e le libertà individuali in una logica di dignità della persona, principio e concetto che forse può indurre a valutare anche i singoli diritti individuali in una logica complessiva nella quale sia possibile e forse doveroso pensare a limiti all'esercizio di un determinato e specifico diritto, ma in funzione della garanzia piena della sua stessa dignità».

¹⁵⁵ Cfr. EUSEBI L., *Il rapporto con l' "altro" alla luce della Costituzione. I riflessi sulle problematiche di fine vita e l' "incostituzionalità" di ogni configurazione dell' "altro" come nemico*, in *Dignità e diritto. Prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del S. Cuore, Piacenza, II, 2010, pp. 40-71: «Risulta (...) sufficiente che esista una vita umana perché vi sia dignità umana. In particolare, le caratteristiche distintive dell'esistenza umana rispetto alle altre forme di vita risultano connesse in modo inscindibile all'essere in atto una vita biologicamente umana. (...) Ciò che lega lo svolgersi dell'esistere, nelle sue contraddizioni come nella sua aspirazione alla pienezza, ciò che rende unitaria la vita individuale oltre le carenze che ne segnano il percorso e i modi che assume nei singoli istanti temporali (...) è proprio l'elemento, per ognuno identico, della sua umanità».

¹⁵⁶ HERGEMONIANO, *Digesta Giustiniano*, 1.5.2.

¹⁵⁷ KANT I., *Metafisica dei costumi*, 1797. Tale concetto era stato già affermato dall'autore in *Fondazione della metafisica dei costumi* del 1785.

¹⁵⁸ GAROFANO L., *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 4, 2005.

La dignità è quindi un concetto di cui si riconosce universalmente l'esistenza e il rilievo all'interno dei sistemi ordinamentali, anche quale strumento per bilanciare valori e tradurre nella concreta applicazione il contenuto delle norme¹⁵⁹; purtuttavia l'impiego del principio di dignità risulta complesso, sfuggendo a qualsiasi definizione, a qualsiasi stabile perimetrazione dei suoi confini e a qualsiasi delimitazione del suo contenuto. E né la giurisprudenza né la dottrina sono riuscite ad arginare tale sfuggevolezza¹⁶⁰.

La pervasività di questo valore si nutre forse, proprio per questo, del paradosso di non possedere specificazioni concrete rispetto la sua attuazione in sede giurisprudenziale e in sede legislativa.

Due sono sostanzialmente le motivazioni che fondano tale criticità: da una parte il fatto che la dignità si modella nel rapporto con il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo, soprattutto in un'epoca come quella attuale, caratterizzata da uno spiccato pluralismo etico e dalla incapacità di adesione ad una morale condivisa¹⁶¹; dall'altra la compresenza di differenti concezioni e ancora il carattere composito del principio di dignità.

Rispetto a quest'ultimo profilo, Violini parla infatti di matrice individuale e di matrice collettiva¹⁶² quali componenti del concetto di

¹⁵⁹ Sulla dignità quale criterio di bilanciamento si veda SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it: «la dignità è assunta, nella giurisprudenza costituzionale, come vero e proprio criterio di bilanciamento. Questa attitudine del principio si ricollegerebbe, secondo una recente lettura, al fatto che “la dignità (...) possiede un plusvalore, in quanto è il cuore del principio personalista, che, assieme a quello egualitario, sorregge il grande edificio del costituzionalismo contemporaneo”; come tale “si innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima”».

¹⁶⁰ In argomento cfr. MCCRUDDEN C., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 655 ss.

¹⁶¹ Cfr. VIOLA F., *Etica dei diritti*, in VIGNA C. (a cura di), *Introduzione all'etica*, Vita e Pensiero, Milano, 2001, p. 319-338: «A causa delle specificità delle problematiche le nuove domande morali tendono a generare universi di valori e di principi tra loro separati e, non di rado, contrapposti».

¹⁶² La matrice ontologica e individuale «ha a riferimento l'uomo in quanto singolo, nel suo processo di costruzione dell'identità personale» mentre la matrice comunitaria e

dignità, la cui interazione varia a seconda degli ordinamenti definendo in un senso o nell'altro la dignità umana. Se in Europa è tradizionalmente prevalsa una visione più oggettiva, sulla scia del retaggio culturale di impianto solidarista che caratterizza gli ordinamenti europei, con una forte attenzione dunque alla componente collettiva, che ha fatto talvolta della dignità una clausola di limitazione dell'autodeterminazione¹⁶³ (si veda la nota sentenza francese sul *Jeux de nains*¹⁶⁴), negli ultimi anni si è

relazionale «mette l'individuo in relazione con la comunità di appartenenza, oggettivizzando la dignità ed ancorandone il riconoscimento a determinati standard di vita e comportamento»; si veda VIOLINI L., GENNUSA M., *Dignità umana e diritto alla vita*, in corso di pubblicazione in GALGANO (a cura di), Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, I diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona, Zanichelli. Cfr. FELDMAN D., *Human dignity as a Legal Value*, in *Public Law*, 1999, p. 682 ss., il quale parla di una componente soggettiva della dignità, il cui contenuto riguarda la possibilità che il singolo dia un suo significato allo stesso concetto dignità, e una componente oggettiva che deriva dall'appartenenza all'umanità e che per questo deve accettare di poter in alcuni casi veder contenute le proprie aspirazioni a favore di quelle dell'umanità stessa.

¹⁶³ Per una lettura della clausola di dignità come tecnica di controllo dell'autonomia privata si veda RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, p. 801 ss.; in senso contrario si veda invece, *ex multis*, GEMMA C., *Intervento*, annuario 2007, in PACE A. (a cura di), *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del 21° Convegno annuale (Napoli, 26-27 ottobre 2007), CEDAM, Padova, p. 493: «mentre a mio parere è scontato che la dignità vada tutelata di fronte ad attacchi esterni al soggetto, non è accettabile che essa sia un fattore che consenta interventi contro il soggetto stesso in nome della sua dignità, perché in tal caso diverrebbe un elemento di limitazione della libertà del soggetto. Non si può, in alcun modo, imporre scelte di vita all'interessato, salvi i casi di una sua incapacità. Altrimenti, per assurdo, si potrebbe impedire a qualcuno di sposare una certa persona in quanto si giudichi che quella persona non sia adatta a lui, perché prepotente e lederà la sua dignità. La dignità è un dato che riguarda la sfera morale, la sfera etica. Io posso anche consigliare ad una persona di comportarsi in un certo modo, per la sua dignità. Ma addivenire, invece, ad una configurazione giuridica, addirittura ad un vincolo costituzionale, questo, a mio parere, sembra un passaggio inaccettabile, perché si arriverebbe in nome di una dignità, come peraltro interpretata da altri, a limitare l'autodeterminazione del soggetto. Quindi, a mio parere, questo uso della dignità contro il soggetto stesso, che ne è titolare, è pericoloso e, così intesa, essa diviene un concetto che porta ad una visione paternalistica ed autoritaria».

¹⁶⁴ Nel 1995, il 27 ottobre, il *Conseil d'Etat* si è espresso sul caso che riguardava la pratica diffusa in alcune discoteche francesi di usare persone affette da nanismo come proiettili umani, lanciandole all'interno dei locali. L'autorità giudiziaria aveva ritenuto tale comportamento lesivo della dignità umana, benché effettuato in conformità con tutte le possibili misure di cautela e sicurezza per l'incolumità fisica del nano e con il suo espresso consenso. Di tale pronuncia molteplici sono state le letture offerte in dottrina in relazione al principio di dignità umana. Alcuni autori (tra i quali si veda Resta G., *La disponibilità dei diritti fondamentali* 840-841) hanno letto in questo caso la dignità umana come riferita «al genere umano complessivamente inteso» per cui dietro a tale richiamo si celerebbe «la diversa preoccupazione di evitare la produzione di effetti esterni sull'intera collettività o su singoli suoi componenti. (...) Il comportamento del nano che acconsente ad essere trattato pubblicamente come oggetto» porterebbe pertanto «a

iniziata a registrare l'influenza della concezione che invece caratterizza il mondo statunitense, nel quale il concetto di dignità viene quasi a coincidere con quello di libertà, con un conseguente ampliamento della prospettiva soggettiva¹⁶⁵.

Il centralismo nel sistema dei diritti fondamentali riconosciuto alla *privacy* sta infatti man mano contaminando le Corti europee¹⁶⁶ e, filtrando

legittimare un ben preciso *Menschenbild*, che come tale finisce per riflettersi negativamente anche sulla posizione degli altri nani». Altra parte di dottrina ha invece intravisto nelle parole dei giudici del *Conseil d'Etat* l'intenzione di rilevare che «il rispetto della dignità "innata" è preconditione per accrescere la propria personalità, per realizzare quel processo di autodeterminazione o di autorealizzazione insito nel concetto di libertà "positiva". In nome della dignità "acquisita" non può essere, insomma, negata la dignità "innata", in quanto quest'ultima è sottratta, in termini giuridici, alla disponibilità del soggetto agente. Dal punto di vista giuridico, il rispetto della dignità "innata" è, in altre parole, condicio sine qua non del processo di formazione della propria identità, non traducendosi l'autodeterminazione in un libero arbitrio che permette la negazione dei suoi stessi presupposti. Ecco perché il consenso non può legittimare una scelta che contraddice la stessa dignità della persona agente, non ritenendosi ammissibile che il nano possa realizzare la sua dignità di persona infelice tramite un gioco oggettivamente degradante la sua personalità». In dottrina si veda ancora CRICENTI G., *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1, 2009, p. 21.

¹⁶⁵ Si veda anche DWORKIN R., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), trad. it. di CORNALBA L., Feltrinelli, Milano, 2007, p. 28: due sono le dimensioni della dignità umana: prima consiste nel valore oggettivo di ogni vita umana, e la seconda postula che ogni uomo sia responsabile delle scelte da lui liberamente fatte circa la propria esistenza. La dottrina è andata con il tempo ad accentuare l'autodeterminazione ossia «il potere di controllare le modalità di costruzione della propria sfera personale» quale caratteristica dei diritti fondamentali di c.d. terza generazione. Vedere anche MARINI G., *Il consenso*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 381.

Sul concetto di dignità umana in Europa e negli Stati Uniti cfr. WHITMAN J., *Human Dignity in Europe and the United States: the Social Foundation*, in *Human Rights Law Journal*, 2004, p. 17 ss.; ID., *The two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 1151 ss.; BOGNETTI G., *The concept of human dignity in european and U.S. constitutionalism*, in *Science and technique of democracy*, Council of Europe Publishing, 2005, n. 37, p. 75 ss.

¹⁶⁶ Si veda in particolare la copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che sempre più spesso riconduce alcuni diritti nell'alveo dell'art. 8 o verosimilmente nell'alveo del *Right to respect for private and family life*. su tutti, in particolare in materia di fine vita si vedano il caso *Pretty v UK* del 2002 (in www.echr.coe.int) in cui si afferma che un trattamento sanitario imposto è contrario alla dignità dell'uomo, dal momento che questo è ricompreso nell'art. 8 (*privacy*); il caso *Haas v Switzerland* del 20 gennaio 2011 (in www.echr.coe.int) e il più recente caso *Ulrich Koch v Germany* del 10 luglio 2012 (in www.echr.coe.int); per una definizione del concetto "*private life*" si veda il caso *Tysia v. Polonia* del 20 marzo 2007 (in www.echr.coe.int) in occasione del quale i giudici di Strasburgo affermano: «*private life is a broad term, encompassing, inter alia, aspects of an individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (...) Furthermore, while the Convention does not guarantee as such a right to any specific level of medical care, the Court has previously held that private life includes*

attraverso i canali del sistema di tutela *multilevel* si sta trasferendo nei singoli ordinamenti, andando ad incidere sulle corti ordinarie che operano una lettura delle disposizioni contenute nelle fonti interne alla luce di interpretazioni costituzionali così orientate.

Il diritto nordamericano e, in particolare la bioetica, si fonda infatti sul principio di autonomia¹⁶⁷ che è andata via via ad inglobare lo stesso principio di dignità così che l'uno e l'altro vanno sempre più a divenire sinonimi, un *unicum* inscindibile¹⁶⁸.

«La privacy avrebbe storicamente ricavato un nuovo spazio per i diritti nel costituzionalismo contemporaneo, spazio occupato poi concettualmente dalla dignità umana, a sua volta monopolizzata dal tema dell'autodeterminazione. Al termine di questo percorso, l'autodeterminazione rappresenterebbe ormai il nucleo essenziale della dignità umana: l'aspetto davvero intoccabile del valore umano consisterebbe nella capacità di decidere le proprie azioni e il proprio destino»¹⁶⁹.

person's physical and psychological integrity and the State is also under a positive obligation to secure to its citizens their right to effective respect for this integrity».

¹⁶⁷ Le prime teorizzazioni del concetto di *privacy* si rinvencono già nella letteratura giuridica statunitense della fine del XIX secolo, benché legate a profili più privatistici quali la riservatezza e l'immagine; si veda in proposito WARREN S.D., BRANDEIS L.D., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, p. 193. In ambito bioetico invece, il primo fondamentale *leading case* in cui la giurisprudenza fa uso del concetto di *privacy* è il noto caso *Grinswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) con cui si dichiara illegittima la normativa in tema di divieto di uso e promozione di contraccettivi, non potendosi lo Stato occupare di aspetti così inerenti alla vita privata dei cittadini. Sul ruolo del principio di autonomia nel dibattito bioetico statunitense cfr. BUSNELLI F.D., PALMENRINI E., voce *Bioetica e Diritto Privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, V agg., Giuffrè, Milano, p. 142: «il motivo cardine della bioetica nordamericana è da rinvenirsi nel principio di autonomia».

¹⁶⁸ «La nozione di dignità non può essere scissa da quella di libertà: il rispetto per la dignità umana è il rispetto per l'autonomia della persona» SAVORANI G., *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *Politica del Diritto*, 4, 2011, p. 670; vedere anche in questo senso PAVONE I.R., *La Convenzione europea sulla biomedicina*, 2009, Giuffrè, Milano, pp. 7-8. Si veda anche EBERLE E.J., *Dignity and Liberty: Constitutional Vision in Germany and United States*, Prager, Wetsport, 2002, p. 125 ss.

¹⁶⁹ Cit. ANTONINI L., *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Quaderni di Iustitia*, Giuffrè, 2009, p. 20.

Tale lettura del principio di dignità ha avuto anche come conseguenza il fenomeno dell'espansione dei diritti in nome dell'autodeterminazione, i c.d. diritti di terza e quarta generazione¹⁷⁰.

«Se nei decenni passati il terreno più fertile per lo sviluppo dei nuovi diritti era di certo quello economico-sociale, oggi i “nuovi diritti fondamentali” sorgono piuttosto sul tronco della privacy. A sua volta, il diritto alla privacy si è trasformato in un pervasivo diritto all'autodeterminazione e alla libertà personale, che poco ha in comune con il suo significato originario: se all'origine tale diritto intendeva individuare uno spazio privato entro il quale non potesse fare irruzione il potere pubblico, oggi invece esso ha un risvolto per così dire “positivo” ed esige perciò che l'autorità assicuri il soddisfacimento di desideri e aspirazioni riguardanti anche la sfera più personale, riservata e intima»¹⁷¹.

Negli Stati Uniti, infatti, è nell'alveo del *constitutional right to privacy*, tradizionalmente concepito come il diritto ad essere lasciati “soli”, che la Corte Suprema del New Jersey, nel caso *In Re Quinlan*, riconduce il diritto di rifiutare le cure, ricomprendendo nel diritto anche le cure idonee a scongiurare un danno irreparabile non solo alla salute ma alla vita stessa del paziente, ribaltando il giudizio della Corte di prime cure la quale aveva invece negato l'esistenza di un *right to die* nella disciplina sia federale che statale¹⁷².

¹⁷⁰ Innestandosi nel tronco del diritto all'autodeterminazione quante volte si è sentito parlare di diritto ad avere un figlio, diritto di non nascere, diritto di morire, etc.?

¹⁷¹ Cit. CARTABIA M., *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti*, in www.atridonline.it.

¹⁷² Per un approfondimento sul caso e su altre pronunce statunitensi in tema si veda SIMONCINI A., CARTER SNEAD O., *I profili costituzionali delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo, con uno sguardo oltreoceano*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 2010; PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, op. cit.; BARON C.H., *The right to die*.

Una libertà quindi sempre con meno limiti e che porta il singolo a isolarsi in se stesso, ad autodeterminarsi quasi in nome del raggiungimento di un ideale *self-made man*. Il termine autodeterminazione sconta una sottesa concezione che lo rende distante dal concetto che domina il termine libertà; l'autodeterminazione sembra presupporre un io isolato dal proprio contesto, un io che invoca il diritto di prendere le proprie scelte volendo prescindere dalla naturale dinamica relazionale in cui è inserito, dal contesto umano e non solo umano che caratterizza la sua esistenza¹⁷³.

La stessa sentenza della Corte costituzionale con cui si sancisce la natura di diritto fondamentale del consenso informato, non pone infatti alcun ordine di limitazione al diritto di autodeterminazione terapeutica, come invece sembrava ancora rinvenirsi, seppur labilmente, nella sentenza n. 471 del 1991 allorquando la Corte menzionava la dignità umana di cui all'art. 32 co. 2 quale limite entro il quale porre in essere un atto di accertamento preventivo nell'ambito di un procedimento giudiziale, benché consensualmente accettato dal soggetto¹⁷⁴:

«La previsione di atti coercitivi di ispezione personale di cui all'art. 13, secondo comma, della Costituzione, eseguibili solo per provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, non esclude a fortiori atti di accertamento

Themes and variations, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1841 ss.

¹⁷³ Sul significato del termine libertà si veda MAGRIS A., *Il significato ontologico della libertà*, in BUBBIO P.D., CODA P., *L'esistenza e il logos, Filosofia, esperienza religiosa, Rivelazione*, Roma, 2007, p. 91, oltre che BARBERA A., *Art. 2, Principi fondamentali*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 106, il quale, riprendendo la critica mossa dai marxiani alle dichiarazioni dei diritti fondamentali individuali afferma: «la "persona" per non scadere ad "individuo", va considerata non solo nella sua "immanenza" ma anche nella sua "apertura sociale", non solo nell'"isolamento dell'uomo dall'uomo" ma anche nel "legame dell'uomo con l'uomo"».

¹⁷⁴ Cfr. in questo senso BALDUZZI R., PARIS D., *Corte costituzionale e consenso informato*, op. cit. In senso critico sul richiamo alla dignità umana operato dalla Corte nella sentenza n. 471 del 1990 si veda ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *Foro italiano*, 1991, I, p. 17.

preventivo, volontariamente richiesti dalla persona sul proprio corpo nell'ambito di un procedimento civile. Tale precetto costituzionale, proprio perché pone limiti all'esecuzione di misure concernenti l'ispezione personale, consente la praticabilità della via giurisdizionale per l'ammissione di atti di istruzione, anche preventiva, aventi ad oggetto la propria persona, beninteso sempre nel rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana, come richiamato in Costituzione all'art. 32, secondo comma».

Da tale lettura del principio di dignità brevissimo è il passo che porta, e che ha già portato parte della dottrina nostrana, a riconoscere presente nell'ordinamento italiano, sulla base della tutela della dignità umana quale diritto di autodeterminazione del singolo, anche un vero e proprio diritto a morire; una concreta esemplificazione della c.d. teoria dello *slippery slope* che ha portato talvolta anche diversi Stati a denominare le normative in materia di fine vita “Legge sulla morte degna”¹⁷⁵.

«La dignità umana, quale autodeterminazione dell'individuo, ha come esplicito corollario il diritto ad avere una morte umanamente degna, alla quale attribuire un senso in modo autodeterminato. L'inviolabile dignità della persona umana presidia la qualità della vita e il diritto a non essere oggetto di accanimento terapeutico: il diritto a morire si pone, di conseguenza, come l'estrema espressione della dignità umana e come determinazione suprema di una scelta di libertà, poiché c'è un legame

¹⁷⁵ Su tutte si vedano il *Death with Dignity Act* dell'Oregon e, rimanendo in Europa, la *Ley muerte digna* approvata in Andalusia e Aragona.

inscindibile tra il modo in cui si è vissuto e il modo in cui si intende morire»¹⁷⁶.

Quanto fin qui evidenziato solleva però alcuni interrogativi: come l'affermazione del riconoscimento di un *right to die* si potrebbe armonizzare con il principio personalista ma altresì con il principio solidarista che, non dimentichiamolo, domina anch'esso il nostro ordinamento? Parlare di principio personalista significa parlare di principio di autodeterminazione o racchiude in sé una concezione più ampia? Non forse una concezione che si fonda sull'idea della connessione tra *humanitas* e *dignitas*?

E ancora, se si riconoscesse una coincidenza tra dignità e autodeterminazione, quale sarebbe il valore e la tutela per coloro che non sono mai stati capaci di intendere e di volere? Se la dignità è qualcosa di inerente all'essere umano, che però si sostanzia nell'esercizio di un diritto di autodeterminarsi, quale il valore di coloro che non sono in grado di esprimere, o meglio, di formare la prima volontà rispetto a determinate contingenze?

¹⁷⁶ Nel senso della scelta su come morire quale estrema decisione sul come vivere si veda VICECONTE N., *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul caso Welby*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 2369; SAVORANI G., *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, op. cit.; VILLONE M., *Il diritto di morire*, Scriptaweb, Napoli, 2011. Cfr. JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997; ID., *Il diritto di morire*, 1985, traduz. it. a cura di PORTINATO P.P., Genova, 199, il quale fa discendere un diritto a morire dal riconoscimento di un opposto diritto alla vita. Sulla differenza tra la locuzione diritto a morire e diritto di morire si veda PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, op. cit., p. 403, nota 6: «è (...) abbastanza evidente che la prima formula – diritto a morire – richiama una pretesa del soggetto a che gli sia, in qualche modo, data la morte, ovverosia, che siano messe in atto delle pratiche, di regola mediante la somministrazione di farmaci letali, che procurano il decesso, eventualmente accelerando un processo del morire già in corso ed è dunque assimilabile all'eutanasia così detta “attiva”, ovvero all'uccidere; mentre la seconda, diversa, formula – “diritto di morire” – richiama una pretesa dell'individuo, che si estrinseca attraverso il dissenso all'intrapresa, o alla prosecuzione di un trattamento sanitario, il cui rifiuto comporta la morte, che sia lasciato libero corso al naturale processo del morire». Nel senso di una sostanziale identità tra diritto a morire e diritto a lasciarsi morire si esprime il filosofo RACHELS J., *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Torino, 1989, p. 121 ss. In senso contrario alla sussistenza nell'ordinamento di un diritto a morire si veda RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, in *Rivista Aic*, 1, 2011.

In questa prospettiva sarebbe forse opportuno cominciare a riflettere sul fatto che:

«la libertà è un valore irrinunciabile ma quando viene ridotta a un'idea di autodeterminazione che fa degradare il corpo a cosa disponibile, un punto di vista si fa tiranno e la cosiddetta autodeterminazione fagocita ogni altro valore, come la dignità della persona e la solidarietà»¹⁷⁷.

6. Incapaci: quali soluzioni?

Il diritto di disporre del proprio corpo giunge fino a coprire la controversa questione del consenso informato, senza distinguere – ed è questo l'aspetto problematico – tra soggetti capaci e soggetti incapaci di intendere e di volere¹⁷⁸. Rafforzato il legame tra la dimensione passiva

¹⁷⁷ NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, op. cit., p. 53. Si veda altresì CHERUBINI M.C., *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, op. cit., p. 82, il quale vede la salute come bene disponibile, disponibilità che incontra però un limite allorquando dall'esercizio del diritto di autodeterminazione derivi l'eliminazione di se stessi o della propria personalità.

¹⁷⁸ Preliminare alla soluzione dell'interrogativo in ordine alla tutela dell'autodeterminazione del soggetto incapace è, anch'essa operazione di particolare delicatezza, l'individuazione del soggetto incapace di intendere e di volere e del grado di incapacità. Cfr. ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, op. cit., p. 10; analogamente RESCIGNO G.U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, op. cit.: «se la rinuncia al trattamento sanitario genera morte o sofferenze gravi, infatti, tale disciplina dovrebbe prevedere dei criteri affinché vi sia un accertamento preventivo affidabile intorno alla capacità di intendere e di volere dell'interessato, e questo accertamento non venga affidato a chi materialmente compie l'azione di interruzione (resta pur sempre il controllo successivo da parte del giudice, ma è ovvio che il controllo successivo non può sostituire con efficacia il controllo preventivo ipotizzato)». Ulteriore distinzione che occorrerebbe analizzare è quella tra soggetti incapaci e tra soggetti capaci di intendere e di volere che però necessitano dell'intervento di un terzo per il compimento dell'azione fisicamente utile all'esercizio del diritto di interruzione delle cure (si veda il Caso Welby). Il medico che aveva interrotto il trattamento di ventilazione meccanica era stato protagonista di un procedimento penale per omicidio del consenziente ex art. 579 c.p. Il procedimento si era però concluso con l'assoluzione dell'imputato per applicazione della scriminante di cui all'art. 51 c.p. (adempimento di un dovere); tale disposizione infatti, tradizionalmente considerata

della libertà personale e la dimensione attiva, resta però aperta la questione dei limiti concreti di tale diritto, in particolare per tutti quei soggetti che non siano in grado di manifestare viva voce la propria volontà. È infatti pacifico che il venir meno della capacità di agire non priva per ciò stesso il soggetto della possibilità che venga tutelata la sua libertà che rimane tale in quanto ontologicamente collegata all'essere uomo, all'essenza stessa del concetto di persona¹⁷⁹. Quale Stato che riconosce come fondamento di tutta la sua impalcatura giuridica il principio personalista potrebbe giungere a negare a tale categoria di soggetti per la loro condizione di minorità, talvolta anche solo temporanea, dovuta ad un particolare stato patologico, il principale dei diritti di libertà? Ma, d'altra parte, come può una persona incapace accettare o rifiutare un trattamento sanitario? Può la sua autodeterminazione terapeutica sostanzarsi in un vero e proprio consenso/dissenso avente tutti i caratteri necessari al fine della sua validità (informato, libero, personale, attuale)?

norma penale in bianco, veniva colmata di contenuto dall'art. 32 Cost. Si veda *supra* Cap. I, par. 4.1.

¹⁷⁹ A livello europeo ed internazionale molteplici sono le dimostrazioni della positivizzazione di questa linea di pensiero, tra i quali il già richiamato art. 6 della Convenzione di Oviedo: «*Lorsque, selon de la loi, un majeur n'a pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou par un motif similaire, la capacité de consentir à un intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi*». Nel rapporto esplicativo emanato dal Consiglio d'Europa nel gennaio del 1997 si legge inoltre ai punti 41 e segg.: «Alcune persone non possono dare il loro pieno consenso ad un intervento a causa sia della loro età sia di un'incapacità mentale. È necessario dunque precisare le condizioni nelle quali un intervento può essere effettuato su queste persone per assicurare la loro tutela. (...) Quando una persona, che si tratti di un minore o di un maggiorenne, non ha la capacità di dare consenso per l'intervento, questo non può essere effettuato che con il consenso dei genitori che hanno la tutela del minore, del suo rappresentante legale o di ogni altra autorità designata dalla legge». Altro documento che merita menzione è la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità approvata nel dicembre del 2006 dall'Assemblea generale della Nazioni Unite; in particolare all'articolo 3, rubricato Principi generali, si afferma che: «I principi della presente Convenzione sono: (a) Il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale - compresa la libertà di compiere le proprie scelte - e l'indipendenza delle persone». Merita menzione l'art. 37 del Codice di Deontologia Medica del 2006 (Consenso del legale rappresentante): «Il medico, nel caso in cui sia stato nominato dal giudice tutelare un amministratore di sostegno deve debitamente informarlo e tenere nel massimo conto le sue istanze. In caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore (...) di incapaci, il medico è tenuto a informare l'autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute (...) dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili».

Questo sempre più rimarcato legame tra scelte di fine vita, integrità, dignità e identità, come si contempera con la situazione di coloro che siano incapaci di esprimere la propria volontà?

È rispetto infatti a queste caratteristiche sostanziali che i principali profili di problematicità vengono in evidenza in tutti quei casi in cui non sia chiaramente espressa la volontà di cui si esige la tutela. L'autodeterminazione o, in senso ancor più generale, la libertà presuppongono un io cosciente, presuppongono una volontà non meramente potenziale ma *de facto*; ricostruire la volontà di un soggetto in condizione di incapacità è esercizio del suo diritto di autodeterminazione? Si può parlare in questi casi di diritto di autodeterminazione o è, al contrario, un'affermazione che ha del paradossale? E quale il ruolo della rappresentanza nell'ambito di scelte che coinvolgono il diritto alla salute e il diritto alla libertà personale? Ma prima ancora, esiste una norma costituzionale che tuteli la possibilità che sia un terzo a decidere al posto dell'interessato incapace?

6.1. *Il principio di diritto della Corte di Cassazione nel caso Englaro.*

Paradigmatica in questo senso è stata la sentenza della Cassazione civile che ha chiuso la vicenda umana, prima ancora che giuridica, che ha toccato la famiglia Englaro. Il *punctum dolens* dell'intera vicenda risiedeva nella difficoltà di risolvere il rapporto tra rispetto della presunta volontà del paziente incapace di intendere e di volere, rappresentanza e trattamenti sanitari invasivi. Gli stessi temi sono stati affrontati dalla giurisprudenza anche in tutti quei casi che hanno come protagonisti appartenenti al culto dei Testimoni di Geova, terreno d'elezione per il

proliferare delle problematiche qui sollevate¹⁸⁰ e che hanno contribuito a delineare la lettura delle disposizioni costituzionali richiamate.

Nella sentenza n. 4211 del 23 febbraio 2007, la Cassazione infatti affermava:

«È innegabile (...) l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocabilmente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in

¹⁸⁰ È noto infatti che i Testimoni di Geova, sulla scorta di alcune letture esegetiche di brani delle Sacre Scritture, ricavano il precetto – che assurge a vera e propria opzione esistenziale, coesistente alla manifestazione della propria fede – per cui il sangue ha valore sacro e non può quindi essere oggetto di pratiche ancorché a fini terapeutici. In argomento FIECCONI F., SANTOSUOSSO A., *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2005, p. 38; SACCHETTINI E., *Quando interviene uno stato di necessità la scelta della terapia passa al sanitario*, in *Guida al Diritto*, X, 2007, p. 31; FORTE F., *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*, in *Corriere Giuridico*, XII, 2008, p. 1674; GORGONI M., *Libertà di coscienza vs. salute; personalismo individualista vs. paternalismo sanitario*, in *Responsabilità Civile e Previdenziale*, I, 2009, p. 126; SILINGARDI E., SANTUNIONE A., *Il rifiuto anticipato dei trattamenti trasfusionali: la Cassazione civile ancora in bilico tra un passato che non passa e un futuro ipotetico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, I, 2009, p. 213; MAGLIONA B., DEL SANTE M., *Trasfusioni di sangue e Testimoni di Geova: il ruolo del medico tra rispetto della volontà del paziente e stato di necessità*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, I, 2009, p. 71; VALORE P., *Il dissenso al trattamento terapeutico*, in *Giurisprudenza Italiana*, IV, 2009, p. 1397. Sono proprio due sentenze che riguardano pazienti Testimoni di Geova che fanno da cornice al caso Englaro ponendo, in un primo momento (Cass. Civ. Sez. III, sent. 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Danno e Responsabilità*, I, 2008, p. 27), le basi per il principio di diritto emerso con la sentenza della Corte di Cassazione civile n. 21748 del 2008, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, I, 2008, p. 86 e, in secondo luogo (Cass. Civ. Sez. III, sent. 15 settembre 2008, n. 23676, in *Giurisprudenza Italiana*, V, 2009, 1124), specificandone il contenuto: «Il dissenso del medesimo (deve) essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata. Esso deve, cioè, esprimere una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una "precomprensione": in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto *ex post* e non *ex ante*, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute. E ciò perché (n.d.r. in caso contrario) sul medico curante graverebbe in definitiva il compito (invero insostenibile) di ricostruire sul piano della causalità ipotetica la reale volontà del paziente secondo un giudizio prognostico *ex ante*, e di presumere induttivamente la reale "resistenza" delle sue convinzioni (...) a fronte dell'improvviso, repentino, non altrimenti evitabile insorgere di un reale pericolo di vita».

ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante ad acta il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo in parte qua, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari.

Anche se l'arresto di cui sopra si poneva al termine di un *iter* giudiziario riguardante un paziente Testimone di Geova, la Corte stessa prefigurava l'utilizzabilità del principio di diritto enunciato, che conteneva ultimamente due alternative, la stesura delle c.d. dichiarazioni anticipate di trattamento (o testamento biologico) e la nomina di un rappresentante *ad acta*, anche nella generalità dei casi di rifiuto di terapie mediche, ancorché salvifiche.

E tale utilizzabilità è stata concretamente testata, solo l'anno seguente, nella pronuncia che ha definito il caso Englaro, con la quale la Suprema Corte ha colto l'occasione per enunciare un principio di diritto, ormai considerato punto di riferimento per la tutela del diritto di autodeterminazione di coloro che siano però incapaci di intendere e di volere.

Tralasciando la tematica delle dichiarazioni anticipate di trattamento, non presenti nel caso di cui era causa¹⁸¹, i giudici si sono interrogati su quale potesse essere il modo migliore per evitare di rimettere ad un terzo una decisione così delicata e per cercare di valorizzare appieno la personalità del paziente¹⁸², per tutelarne il diritto di determinare il corso

¹⁸¹ Il tema delle direttive anticipate di trattamento verrà approfondito *infra*, in particolare nel Cap. III, Parte III.

¹⁸² Si veda in questo senso SIMONCINI A., CARTER SNEAD O., *I profili costituzionali delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo, con uno sguardo oltreoceano*, op. cit., p. 15: «La Corte è perfettamente consapevole che muovendo nel terreno del diritto costituzionale alla libertà di autodeterminazione della persona ma, al tempo stesso, autorizzando il tutore a decidere sui trattamenti vitali, si finisce per attribuire a questa figura di diritto civile un enorme potere privato sulla persona stessa. È questo uno di quei casi in cui la Costituzione deve difendere la libertà personale non dall'interferenza di un potere pubblico, ma di un potere privato – ancorché autorizzato dal potere giudiziario»; cfr. altresì, menzionato dagli autori, BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953.

della vita senza il sopraggiungere di interventi impositivi *ab externo*, e sono giunti per questa via ad imporre la sussistenza di due requisiti, uno di tipo oggettivo e uno invece di tipo soggettivo che devono, data la loro coesistenzialità, essere provati entrambi davanti all'autorità giudiziaria adita.

«La decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione soltanto (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Allorché l'una o l'altra condizione manchi, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici».

Per poter dunque accertare il rifiuto del paziente di proseguire la terapia viene impostata una sorta di *fictio juris*: il terzo sarà tenuto a portare dimostrazione all'autorità giudiziaria competente che quanto affermato corrisponde a ciò che il paziente stesso in quel medesimo *status*, di fronte a quel preciso quadro clinico, avrebbe in condizioni di capacità di intendere e di volere fatto oggetto della propria manifestazione di volontà (“*what the patient would have done if able to choose for himself*”)¹⁸³.

La Corte, indicando i criteri che dovrebbero guidare il terzo (*the surrogate*) nella ricostruzione della volontà al massimo grado di certezza possibile si rifà ai c.d. *decisionmaking standards for incompetent patients*¹⁸⁴; viene infatti ripreso quanto affermato anni addietro in una sentenza del 31 marzo 1976 dalla Corte Suprema del New Jersey nel noto caso *In Re Quinlan*. Anche in quell'occasione l'attenzione dell'autorità giudicante si era focalizzata sull'esigenza di salvaguardare la libertà di disposizione di sé da parte del paziente e per questo si era deciso di applicare *the doctrine of “substituted judgment”*¹⁸⁵ che richiede, per poter

¹⁸³ Cit. sent. *In Re Conroy*, Corte Suprema del New Jersey, 1985 (485 A.2d 1209).

¹⁸⁴ In argomento, MEISEL A., CERMINARA K.L., *The right to die. The law of end-of-life decisionmaking*, Aspen Publisher, 2008; BARON C.H., *Life and death decision making: Judges vs. Legislators as sources of law in bioethics*, in *Journal of Health and Biomedical Law*, 2004, p. 107; CLARK A.E., *The right to Die: The Broken Road from Quinlan to Schiavo*, in *Loyola University of Chicago Law Journal*, 2006, p. 387; CARTER SNEAD O., *Science, public bioethics and the problem of integration*, in *www.works.bepress.com*, 2009. Critico rispetto all'utilizzo dello strumento comparatistico in tale fattispecie è DE VERGOTTINI G., *Oltra il dialogo tra Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, il quale rinviene nell'uso dell'argomento comparativo un surrettizio tentativo di definire e sostituire una carente espressione legislativa rispetto alla tutela di diritti che vengono così riconosciuto come valide perché condivisi in un contesto internazionale.

¹⁸⁵ La dottrina del *substituted judgment* è emersa, prima ancora del caso Quinlan, con le sentenze *Hart v. Brown*, 29 Conn. Sup. 368, 289 A. 2d 386, 387-88 (Super. Ct. 1972); *Strunk v. Strunk*, 445 S.W. 2d 145, 147-48 (Ky. Ct. App. 1969). È interessante notare che nel nostro ordinamento la decisione di un intervento legislativo è stata presa dopo la risoluzione di un controverso caso giudiziario; lo stesso è accaduto in America, dove, dopo la sentenza Quinlan, è stato promulgato il primo atto normativo con oggetto le dichiarazioni di fine vita (Natural Death Act 1976 - California). La sentenza Quinlan è stata ripresa anni dopo da un'altra pronuncia capitale per lo sviluppo del tema del fine vita oltreoceano: il caso *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, giunto alla Corte Suprema degli Stati Uniti e deciso il 25 giugno 1990 (a seguito del quale è stato emanato il *Patient Self Determination Act*, 1990). Entrambe le corti parlano di standard di prova ma fondano la libertà di disporre di sé su basi giuridiche differenti; da una parte, la Corte statale del New Jersey affronta il problema in termini di right to privacy e quindi del diritto di autodeterminazione come principio di common law (si cfr. anche le sentenze *Citino Eisenstadt v. Baird*, *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade*), mentre dall'altra la

dare concretizzazione alla presunta volontà del paziente, la produzione di *clear and convincing evidence*¹⁸⁶.

Il rappresentante dovrà pertanto comportarsi come una sorta di *proxy/guardian*¹⁸⁷ nel ricostruire a posteriori la volontà del proprio assistito, cercando di dimostrarne l'attualità. Per poter compiere tale operazione egli dovrà infatti, innanzitutto, avere di mira il suo *best interest*¹⁸⁸ e dovrà fare uso di una serie di parametri quali lo stile di vita, le convinzioni filosofiche e ideologiche, l'aderenza ad una particolare confessione religiosa, la visione della stessa dignità umana, attraverso quindi – per dirla con Simoncini e Snead – una vera e propria *probatio*

Corte Suprema si esprime nei termini di *liberty interest* (non quindi di vero e proprio right to die with dignity) basandosi sul XIV emendamento, sulla *due process of law clause*. «*The majority rejected the characterization of this assumed interest as a privacy right akin to that recognized in Roe v. Wade, choosing instead to denominate it a “liberty interest”. Although the majority did not say so explicitly, the jurisprudential import of this choice of terminology was that the interest involved was not a fundamental right and thus could be subjected to significant state regulation*» (cit. MEISEL A., CERMINARA K.L., *The right to die. The law of end-of-life decisionmaking*, op. cit.).

¹⁸⁶ Negli USA il livello di prova delle *clear and convincing evidence* raggiunge degli standard molto elevati che ne dimostrano l'effettività; la Corte Suprema del Missouri infatti nel caso Cruzan aveva respinto la richiesta di interruzione del trattamento. Non si riteneva infatti integrato il livello di prova richiesto dal momento che le prove di cui si disponeva erano conversazioni intrattenute tra la giovane donna e alcuni amici molti anni prima dell'accaduto. La fattispecie ricorda molto la vicenda che ha visto come protagonista la giovane Eluana Englaro, pur rivelando un esito differente; come si diceva, la decisione della Corte di Cassazione sconta nella pratica la concretizzazione del principio astratto. La Corte d'Appello milanese aveva infatti poi surrettiziamente ammesso l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazioni artificiali sulla base di risultati probatori la cui incontrovertibilità non pare pacificamente afferabile.

¹⁸⁷ L'elemento di differenziazione tra *proxy* e *guardian* attiene sostanzialmente alle rispettive modalità di nomina: mentre il primo è infatti designato direttamente dal paziente, il secondo viene nominato dalla Corte; invariate sono invece le funzioni e i relativi compiti.

¹⁸⁸ Il sistema americano in realtà distingue e colloca in una sorta di sistema gerarchico i diversi standard for incompetent patients: «*The New Jersey Supreme Court attempt to synthesize these two standards by creating an hierarchical decision-making continuum. The starting point on the continuum is anchored by a purely subjective analysis (...). The other end of the continuum is anchored by a purely objective analysis*» (cit. *In Re Martin, Supreme Court of Michigan*, 1995 (538 N.W. 2d 399)). La gerarchia è così costituita: al primo livello si colloca il *subjective standard* (con il quale si cerca di ricostruire i *probable wishes* del paziente), in mancanza si farà applicazione del *substituted judgment standard* (che invece mira alla ricostruzione delle volontà attuali) mentre il *best interest standard* (che a sua volta si divide in due sottocategorie: il *limited objective standard* e il *pure objective standard*) si configura quale *extrema ratio*. Per un'analisi approfondita dei differenti criteri si cfr. MEISEL A., CERMINARA K.L., *The right to die. The law of end-of-life decisionmaking*, op. cit.

diabolica, ragionevolmente però coerente con le implicazioni che potrebbero derivare da una simile operazione¹⁸⁹.

Partendo quindi dal presupposto che nel nostro ordinamento non è dato rinvenire una norma costituzionale che facoltizzi un soggetto terzo a sostituire la propria manifestazione di volontà al consenso del legittimo interessato¹⁹⁰, la Corte si pronuncia, utilizzando i parametri summenzionati, con l'intenzione di tutelare al massimo grado possibile la autentica determinazione del paziente incapace di intendere e di volere prima della sopravvenienza di uno stato di incoscienza.

«Nel consentire il trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del "best interest", deve decidere non "al posto" dell'incapace, né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace».

Tale operazione di ricostruzione della volontà presunta ed ipotetica è mutuata, oltre che dalla prassi giurisprudenziale d'oltreoceano, anche da quanto avviene in ambito civilistico dove in taluni casi, in campo patrimoniale, si facilita la ricostruzione della volontà in forza della tutela del legittimo affidamento. In un ambito però dove oggetto di tutela non è il legittimo affidamento nei traffici giuridici o diritti di stampo prettamente patrimoniale, ma dove invece sono sul campo beni quale la salute, la

¹⁸⁹ SIMONCINI A., CARTER SNEAD O., *I profili costituzionali delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo, con uno sguardo oltreoceano*, op. cit., p. 14.

¹⁹⁰ Cfr. RESCIGNO G. U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, op. cit., p. 97-98: «non trovo nel sistema alcuna disposizione esplicita e nessuna norma ricavabile da altre disposizioni o norme o principi che dia il potere a qualcuno di decidere, al posto dell'interessato non in grado di decidere, la esclusione o la interruzione di un determinato trattamento sanitario ritenuto invece dalla scienza medica corrente utile per la guarigione o comunque la sopravvivenza del paziente». Se veda in senso conforme, ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, op. cit., p. 10; NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, op. cit.

libertà e la stessa vita, la trasposizione di tale medesimo metodo risulta efficace?

Il rischio è infatti che la ricostruzione abbia come oggetto non tanto l'effettiva volontà del singolo, quanto la sua personalità; non ha del paradossale utilizzare una simile operazione ricostruttiva fondata più sulla personalità che non sulla reale volontà come strumento di tutela della libertà e della autodeterminazione del singolo? Non si rischia di assottigliare sempre di più, quasi fino a farlo scomparire, quel sano limite tra decisione con o decisione per, al posto dell'incapace? E ancora, quale certezza nella ricostruzione della volontà sulla base di tale metodo; quanto questa *fictio* rimane una *fictio*, non rivelandosi idonea a raggiungere una univoca certezza?

Se si fosse voluto abbracciare appieno il retaggio della giurisprudenza d'oltreoceano, in tutti quei casi in cui tale certezza sembrerebbe vacillare di fronte all'imporsi di ragionevoli dubbi, forse il giudice si sarebbe dovuto ricordare del principio di precauzione e dalla distinzione tra effetti reversibili e irreversibili quali conseguenza di una determinata azione. La mancata negazione del consenso ad un trattamento è infatti un'azione reversibile, mentre le conseguenze dell'interruzione e del mancato inizio di un trattamento, *a fortiori* di un trattamento salvavita, non godono del medesimo carattere della irreversibilità. Nel caso in cui la ricerca della ricostruzione della volontà del beneficiario non dovesse produrre risultati certi o quantomeno il più vicino possibile alla certezza, il principio di precauzione, che non tollera in alcun modo l'esistenza di dubbi di reale consistenza, non potrebbe che spingere il giudice a propendere per l'applicazione del brocardo *in dubio pro vita*:

«a surrogate decision-maker cannot presume that treatment decisions made by a third party on the patient's behalf will further the patient's right to self-determination, since effectuating another person's right to self-

determination presupposes that the substitute decision-maker knows what the person would have wanted. Thus, in the absence of adequate proof of the patient's wishes, it is naive to pretend that the right to self-determination serves as the basis for substituted decision-making. (...) The surrogate decision-maker should exercise extreme caution in determining the patient's intent and in evaluating medical evidence of the patient's pain and possible enjoyment, and should not approve withholding or withdrawing life-sustaining treatment unless he is manifestly satisfied that one of the three tests that we have outlined has been met. When evidence of a person's wishes or physical or mental condition is equivocal, it is best to err, if at all, in favor of preserving life»¹⁹¹.

In quest'ottica, sulla base di quanto finora affermato, particolarmente problematici ma al contempo paradossalmente di semplice risoluzione sono i casi in cui il paziente presenti una congenita infermità mentale. Se la *ratio* di tutta questa costruzione giurisprudenziale consiste nella tutela della libera autodeterminazione, *a priori* si dovrebbe escludere che qualcuno possa pretendere di ricostruire una volontà mancante, inesistente, giungendosi, su un percorso quasi obbligato, alla conclusione del mantenimento in vita del paziente, non potendo terzi giudizi sulla qualità della vita in generale, soprattutto qualora la vita in gioco non sia la propria, determinare scelte di tale radicalità¹⁹².

¹⁹¹ *In Re Conroy*, 486 A.2d 1209, 17 gennaio 1985.

¹⁹² In argomento ANZANI G., *Capacità di agire e interessi della personalità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, X, 2009, p. 509; GENNARI V., *Soggetto di diritto e soggetto umano: la condizione giuridica negli «stati» intermedi*, in *Famiglia e Diritto*, X, 2008, p. 943.

CAPITOLO II

L'ISTITUTO CIVILISTICO DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

SOMMARIO: 1. Genesi e *ratio*: una nuova misura protezionistica, strumento di tutela per gli incapaci. - 2. Uno sguardo comparatistico: la tutela degli incapaci in Francia, Austria e Germania. - 2.1. La Francia: della *tutelle*, della *curatelle* e del *Mandat de protection future*. - 2.2. L'Austria: del *Sachwalterschaft*. - 2.3. La Germania: del *Betreuung*. - 3. I tratti salienti dell'amministrazione di sostegno e il rapporto con interdizione e inabilitazione: una incerta frontiera? - 4. I presupposti soggettivi per l'attuazione. - 4.1. La minore o maggiore incapacità di agire. - 4.2. La maggiore età come presupposto applicativo? - 5. Il procedimento di nomina. - 5.1. Ricorso: quali legittimati e quale forma. - 5.2. Il giudice tutelare e l'audizione del beneficiario: il cuore del procedimento di nomina. - 5.3. Mezzi probatori e principio inquisitorio. - 5.4. I mezzi di gravame. - 6. La necessità della difesa tecnica. - 7. Il ruolo del pubblico ministero: una presenza necessaria? - 8. I poteri dell'amministratore di sostegno. - 8.1. Verso l'attuazione del principio personalista. - 8.2. Atti personalissimi: quale il limite dell'amministrazione di sostegno? - 8.3. Amministrazione di sostegno e consenso informato.

1. Genesi e *ratio*: una nuova misura protezionistica, strumento di tutela per gli incapaci.

Si è già avuto modo di osservare nel corso del primo capitolo come sia inevitabile l'interazione tra il diritto costituzionale, o meglio tra i principi, i valori e i diritti di matrice costituzionalista, e il diritto civile e come l'argomentazione costituzionale venga utilizzata dal giurista nella risoluzione delle controversie, delle concrete fattispecie che vengono sottoposte alla sua attenzione e riflessione.

Il diritto costituzionale quindi penetra e vive nel tessuto civilistico. Ma come avviene questa interazione, come il diritto costituzionale viene utilizzato per forgiare e alimentare gli istituti civilistici, istituti in parte preesistenti alla Carta Costituzionale e in parte successivi?

L'introduzione e l'applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno è un paradigmatico esempio di questa influenza che il diritto costituzionale esercita sul diritto civile e quindi di come il diritto civile possa essere riletto nel prisma dei diritti costituzionalmente tutelati.

La legge n. 6 del 9 gennaio 2004 ha introdotto nell'ordinamento italiano la figura civilistica dell'amministrazione di sostegno, affiancandola agli altri due istituti protezionistici dell'interdizione e dell'inabilitazione, già previsti nel codice civile del 1865 e mantenuti, con alcune modifiche, nel codice del 1942.

Tale innovazione è stata accolta dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla stessa società civile come un'innovazione radicale nel sistema delle tutele per la sua connotazione rivoluzionaria. Essa si inserisce in un contesto culturale sempre più sensibile alle condizioni e alle forme di garanzia stabilite per tutti quei soggetti affetti da disturbi di tipo psicologico. Un contesto culturale in cui si percepiva con sempre più intensità un contrasto tra i principi costituzionali sanciti dagli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, e quindi tra quello spirito solidarista e personalista, anima della nostra Carta costituzionale¹⁹³, e la disciplina in materia di interdizione e inabilitazione¹⁹⁴. Si sentiva sacrificato quel diritto alla libertà personale e quindi alla possibilità di esercizio dello stesso nei limiti della residua autonomia propria in particolare di alcuni soggetti per

¹⁹³ Cfr. TURCO A., *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, ESI, 2010, p.12: «Nel personalismo moderno, la persona e la sua personalità costituiscono dunque un valore, certamente il valore fondante del nostro ordinamento giuridico. E non si tratta di valore presociale, rilevante anche a prescindere dalla relazione con gli altri perché altrimenti si accentuerebbe l'isolamento sociale dell'individuo stesso, dando una visione individualista non conforme al sistema costituzionale. Il singolo si realizza nella comunità e la comunità stessa permette l'esplicazione dei suoi diritti». Cfr. altresì VOCATURO S., *L'amministrazione di sostegno: verso la promozione dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista del Notariato*, 2005, 5, p. 1152 ss. e ID., *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Rivista del Notariato*, 2004, 3, p. 241 ss.

¹⁹⁴ In questo senso cfr. Tribunale di Venezia, sent. 4 dicembre 2006: «La riforma ha adeguato ai principi costituzionali degli artt. 2, 3 e 32 Cost. e, in particolare, a quelli del personalismo e solidarismo, le disposizioni già dettate dal Codice Civile in relazione all'infermità mentale abituale, inserendole in un unitario contesto di possibilità di protezione attiva e passiva a favore di ogni persona per qualsiasi causa non autonoma».

cui interdizione e inabilitazione si rivelavano inappropriati¹⁹⁵, risultando quindi scoperta da idonea disciplina civilistica una fascia di soggetti con limitazioni fisiche e psicologiche, bisognosi di una assistenza o di una rappresentanza non incisiva come quella prevista dalle due figure di tutela vigenti¹⁹⁶. L'amministrazione di sostegno venne quindi salutata come lo strumento idoneo a dare concretezza a quei principi di dignità umana, uguaglianza sostanziale e libertà personale da tempo auspicati a completamento e miglioramento del *parterre* di strumenti a protezione dei soggetti deboli.

Fin dagli anni '60, aveva iniziato a diffondersi in Italia, sulla scia di quanto stava già accadendo nel resto d'Europa e oltreoceano, una concezione della malattia e del malato mentale profondamente differente da quella che aveva fino a quel momento caratterizzato la medicina e che

¹⁹⁵ «Le nuove concezioni sul trattamento dei disabili precludevano difatti ogni qualificazione dei soggetti indicati in termini di individui minorati, impossibilitati a prendere parte, al pari dei soggetti sani, alla vita di relazione. La menomazione psico-fisica non poteva essere più intesa quale causa di una irrimediabile incapacità a partecipare alle attività ed ai rapporti giuridici con il resto della collettività; o, addirittura, come pure affermato in tempi assai risalenti, quale causa di rallentamento della crescita sociale degli individui sani i quali, al fine di prestare la dovuta assistenza agli inetti, avrebbero pregiudicato il proprio naturale sviluppo evolutivo», cit. TURCO A., *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, op. cit.; si veda anche COSENTINI L., *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 2005, p. 409; AUTORINO STANZIONE G., *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Camerino, Napoli, 1990.

¹⁹⁶ Cfr. SIMEOLI D., *Amministrazione di sostegno, Profili sostanziali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani, Volume di Aggiornamento*, Roma, 2008, p. 1: «La critica si appuntava sull'eccesso con cui gli istituti tradizionali governavano il disagio concreto di quanti, pur incapaci di badare a se stessi, non versassero in una condizione di totale infermità mentale. (...) Cosicché le sorti della persona non autosufficiente ondeggiavano tra la totale privazione della capacità di agire e la mancanza di assistenza legale, salvo, quando ne ricorressero i presupposti, l'applicazione delle disposizioni relative ai negozi giuridici compiuti dagli incapaci. Anche l'inabilitazione si rivelava ingiustificatamente punitiva ed inutile nei casi in cui fosse necessario assicurare in favore del soggetto debole il compimento di atti che egli non potesse o volesse compiere. L'incapacità legale, oltre a menomare gravemente la residua autonomia del soggetto, concorreva talvolta essa stessa a deteriorare la sofferenza psichica poiché, collocando il disabile all'interno di un invalicabile recinto, imprimeva pesanti stimate sociali e generava estraniamento». Analogamente cfr. TESCARO M., *Amministratore di sostegno*, in *Digesto delle Discipline privatistiche – sezione civile – aggiornamento*, UTET, Torino, 2007, p. 9 e BIANCA C.M., *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1985, p. 35, i quali criticano i tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione e auspicano, per questo, una profonda e radicale riforma del diritto degli incapaci. Si veda anche NAPOLI E.V., *Una terza forma d'incapacità d'agire? Note a margine di una proposta di legge sull'amministrazione di sostegno*, in *Giustizia Civile*, 2002, p. 379.

aveva costituito i presupposti dell'elaborazione dei contenuti delle allora vigenti normative in materia.

La legge sull'amministrazione si sostegno si inserisce in un percorso che ha visto come protagonisti medici, notai, avvocati e altri soggetti coinvolti operativamente nella materia che aveva come obiettivo quello di rendere la normativa in vigore maggiormente aderente ai principi espressi nella Carta costituzionale e alle nuove teorie non puramente organiciste della malattia mentale che si erano sviluppate in ambito scientifico.

Le teorie organiciste, che avevano costituito il fondamento della legge 36 del 1904 "Disposizioni sui manicomi e gli alienati. Custodia e cura degli alienati"¹⁹⁷, lasciano il passo ad una concezione per cui il c.d. alienato (colui che presenta disturbi sul piano psicologico) non viene più visto come un soggetto irrecuperabile ma, al contrario, rivelandosi il suo *status* anche transitorio, non definitivo e influenzato da fattori esterni presenti nel contesto sociale¹⁹⁸, come un soggetto la cui condizione può essere sostenuta e addirittura curata. Questo è, molto sinteticamente, il

¹⁹⁷ Come altri paesi europei, il legislatore per costruire i contenuti della legge n. 36 del 1904 si era basato sulla normativa francese "*Loi Esquirol*" del 1838, che a sua volta si fondava sulla concezione diffusa nel XIX secolo del malato mentale come soggetto portatore di un elevato grado di pericolosità sociale e della malattia mentale come patologia incurabile, a fronte della quale vani erano eventuali interventi terapeutici. Pertanto l'unica soluzione prospettabile, perlopiù in un'ottica di tutela della società ove era inserito il malato, rimaneva la "reclusione" coatta e *ab eaternum* in strutture manicomiali. Dello stesso tenore erano anche gli altri interventi normativi, tra i quali ricordiamo il Regio Decreto 16 agosto 1909, n. 615; il Decreto Luogotenenziale 25 maggio 1916, n. 704 e il Decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 1961, n. 249.

¹⁹⁸ Questa interazione di fattori esterni è anche alla base del metodo introdotto con la risoluzione 54.21 del 22 maggio 2001 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e attualmente utilizzato per la definizione della disabilità, noto come *International Classification of functionig, disability and health* (ICF) . La portata innovativa di questo strumento risiede nella diversa lettura della disabilità, vista come fenomeno multidimensionale e nell'approccio integrato che permette di tenere conto dell'interazione tra persona e ambiente. «*The ICF puts the notions of "health" and "disability" in a new light. It acknowledges that every human being can experience a decrement in health and thereby experience some degree of disability. Disability is not something that only happens to a minority of humanity. The ICF thus "mainstreams" the experience of disability and recognises it as a universal human experience. By shifting the focus from cause to impact it places all health conditions on an equal footing allowing them to be compared using a common metric – the ruler of health and disability. Furthermore ICF takes into account the social aspects of disability and does not see disability only as a "medical" or "biological" dysfunction. By including Contextual Factors, in which environmental factors are listed ICF allows to records the impact of the environment on the person's functioning*», in www.who.int/icidh.

cuore di quel movimento di contestazione dei metodi della psichiatria tradizionale, e nello specifico della nosografia psichiatrica kraepeliniana, comunemente e forse un po' infelicemente denominato antipsichiatria, che ha tra i suoi padri psichiatri del calibro di Ronald Laing, David Cooper e Ludving Binswanger, sul fronte europeo, e Thomas Szasz, sul fronte statunitense. Questo rivoluzionario movimento ha poi assunto forme peculiari nei diversi paesi, anche grazie all'influenza delle differenti tradizioni psichiatriche e delle condizioni di assistenza predisposte dal singolo ordinamento in quel settore.

Se in alcuni contesti l'antipsichiatria si è declinata a partire da visioni della malattia mentale come mito¹⁹⁹ o ribellione²⁰⁰, in Italia essa ha assunto la sua particolare connotazione grazie all'apporto del dott. Franco Basaglia:

«Non è che noi prescindiamo dalla malattia, ma riteniamo che per avere un rapporto con un individuo sia necessario impostarlo indipendentemente da quella che può essere l'etichetta che lo definisce (...). Ciò che importa è prendere coscienza di ciò che è questo individuo per me, qual è la realtà sociale in cui vive, qual è il suo rapporto con questa realtà»²⁰¹.

¹⁹⁹ Cfr. SZASZ T.S., *The myth of mental illness*, in *American Psychologist*, 15, 1961, p. 113-118: «The term "mental illness" is widely used to describe something which is very different than a disease of the brain. Many people today take it for granted that living is an arduous process. Its hardship for modern man, moreover, derives not so much from a struggle for biological survival as from the stresses and strains inherent in the social intercourse of complex human personalities. In this context, the notion of mental illness is used to identify or describe some feature of an individual's so-called personality. Mental illness - as a deformity of the personality, so to speak - is then regarded as the cause of the human disharmony. It is implicit in this view that social intercourse between people is regarded as something inherently harmonious, its disturbance being due solely to the presence of "mental illness" in many people. This is obviously fallacious reasoning, for it makes the abstraction "mental illness" into a cause, even though this abstraction was created in the first place to serve only as a shorthand expression for certain types of human behavior».

²⁰⁰ LAING, R.D., *The Divided Self: An Existential Study in Sanity and Madness*, Harmondsworth, Penguin, 1960.

²⁰¹ BASAGLIA F., *Introduzione documentaria*, in *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Einaudi, Torino, 1968, p. 31-32.

Proprio a partire da questo presupposto, egli sosteneva la necessità di “mettere tra parentesi” la malattia perché la definizione della sindrome aveva assunto ormai il peso di un giudizio di valore, di un etichettamento, che andava oltre il significato reale della malattia stessa. «Questa “messa tra parentesi” non aveva quel significato di “negazione della malattia mentale” che molti critici le hanno attribuito: accostarsi al paziente, entrare in relazione con lui sulla base della comprensione del suo attuale “essere-nel-mondo”, sono parte di una strategia interpretativa il cui obiettivo è comunque una forma di trattamento»²⁰².

Inizia così, anche a livello legislativo, un percorso di uniformazione a questa concezione maggiormente personalista del malato mentale: dapprima con la legge n. 431 del 1968²⁰³, il D.P.R. n. 128 del 1969²⁰⁴, fino alla legge n. 180 del 13 maggio 1978, “Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”, meglio conosciuta come legge Basaglia e alla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, legge n. 833 del 1978²⁰⁵.

Se però sul versante medico-scientifico si registrava un tentativo di positivizzare e concretizzare in norme quel processo culturale che aveva come fine quello di sostenere un inserimento del disabile psichico all'interno della società, d'altro canto non era stata sollevata l'esigenza di intervenire sulle disposizioni contenute nel codice civile in materia di

²⁰² RECALCATI M., *Introduzione alla psicoanalisi contemporanea. I problemi del dopo Freud*, Bruno Mondadori, 2003, p. 181.

²⁰³ “Provvidenze per l'assistenza psichiatrica”, con cui si introduce il concetto di ricovero volontario, ovvero sia la possibilità per il malato stesso di richiedere volontariamente l'ammissione ad una struttura psichiatrica per intraprendere un percorso di accertamento e di cura e la cancellazione dell'obbligo di registrazione nel casellario giudiziale del provvedimento di ricovero o di dimissione dall'ospedale psichiatrico.

²⁰⁴ “Ordinamento interno dei servizi ospedalieri”.

²⁰⁵ Nell'art. 1 della legge si afferma che: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana». Nel seguente art. 2, inoltre, al comma 1, enunciando le modalità attraverso cui conseguire le finalità della presente legge, si fa riferimento alla «riabilitazione degli stati di invalidità e di inabilità somatica e psichica» e, in secondo luogo, al comma 2 si afferma che «il servizio sanitario nazionale nell'ambito delle sue competenze persegue la tutela della salute mentale privilegiando il momento preventivo e inserendo i servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero ed il reinserimento sociale dei disturbati psichici».

incapacità di agire, non avendo forse cura del fatto che anche persone con disturbi psichici possono, seppur nei limiti delle loro capacità, «operare in un tessuto quotidiano che è intrecciato di rapporti patrimoniali grandi e piccoli, di problemi continui di lavoro, di iniziative economiche da assumere o da fronteggiare, di contatti familiari e associativi, di possibili danni da risarcire»²⁰⁶.

Queste preoccupazioni andavano anche rafforzandosi rispetto a tutti quei soggetti che, a seguito dell'entrata in vigore della legge Basaglia, terminavano la propria "segregazione manicomiale" entrando a far parte integrante della comunità.

È negli anni '80, in particolare nel corso di due Convegni, un primo svoltosi a Perugia nel 1985, dal titolo «La condizione giuridica del cittadino handicappato psichico», e un secondo tenutosi a Trieste l'anno successivo, dal titolo «Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione», che alcuni giuristi si interrogano sull'opportunità e sulla necessità di una revisione del tessuto civilistico e in particolare del sistema di tutela ivi delineato, oramai da tempo profondamente criticato, anche sulla scorta di quanto già accaduto in altri ordinamenti europei²⁰⁷.

Fu a seguito di quest'ultimo convegno che il Prof. Paolo Cendon, da più riconosciuto come il padre putativo dell'amministrazione di sostegno, mise a punto, con la collaborazione di altri esperti, nell'ambito dell'Istituto giuridico della Facoltà di economia e commercio dell'Università di Trieste, un'opera di revisione della disciplina civilistica dell'incapacità naturale e degli istituti di interdizione e inabilitazione, proponendo la creazione di un nuovo istituto: l'amministrazione di sostegno. L'intenzione era quella di rendere gli strumenti protezionistici maggiormente elastici, così da potersi modellare sulle esigenze peculiari dei singoli destinatari senza comprimere in tutti i casi, anche qualora non fosse veramente necessario, la capacità

²⁰⁶ CENDON P., *Infermità di mente e diritto privato*, in *Legislazione sanitaria e status del malato di mente*, XI Congresso internazionale di legge e psichiatria, Firenze, 2005, p. 182-197.

²⁰⁷ Per un confronto con altre normative europee si rinvia infra par. 2.

di agire dei beneficiari, tutelando la loro, seppur residuale, capacità di agire e i loro diritti.

La finalità precipua che connotava questa spinta riformista consisteva pertanto nella necessità di introdurre «nuove linee di equilibrio fra le opposte esigenze di libertà e di protezione della persona disabile: assicurare cioè all'infermo la libertà che è possibile e indispensabile, e – quanto alla protezione – dargli in più tutta quella necessaria e togliergli invece quella che è superflua, dannosa e ingiusta»²⁰⁸, nel tentativo quindi di spezzare quella bipolarità necessitata che caratterizzava l'incapacità naturale e quella legale.

La volontà di far sì che il limite personale non divenisse causa di emarginazione, di non inclusione e di impossibilità di esercizio dei propri diritti fondamentali è ciò che ha ispirato²⁰⁹, qualche tempo dopo, anche i redattori della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità²¹⁰ approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006²¹¹ e ratificata dall'Italia con legge n. 18 del 3 marzo 2009. Nella Convenzione, negli articoli iniziali, si afferma infatti come obiettivi fondamentali del documento siano la promozione, la protezione e l'assicurazione dell'eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, la promozione del rispetto per la loro inerente

²⁰⁸ CENDON P., *Le origini dell'amministrazione di sostegno*, in CENDON P. (a cura di), *Persona e Danno, Trattati*, 2004, Giuffrè, Milano, p. 1391-1445.

²⁰⁹ Cfr. Tribunale di Catanzaro, decreto 9 aprile 2009, in *Notariato*, IV, 2009, p. 363.

²¹⁰ Prima della Convenzione, sempre in ambito internazionale, si vedano la Dichiarazione dei diritti delle persone mentalmente ritardate (Risoluzione 2856 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1971) e la Dichiarazione dei diritti delle persone disabili (Risoluzione 3447 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 9 dicembre 1975).

²¹¹ Cfr. Introduzione di M.R. Saulle alla traduzione del testo della Convenzione, reperibile su www.unric.org/html/italian/pdf/Convenzione-disabili-ONU.pdf: «L'adozione per approvazione, da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, di un testo di convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità, avvenuta il 13 dicembre 2006, rappresenta la conclusione dilungo cammino volto alla riaffermazione, effettuata anche nel corso della Conferenza di Vienna delle Nazioni Unite sui diritti umani del 25 giugno 1993, del principio della «universalità, indivisibilità, interdipendenza e interrelazione di tutti i diritti umani». Questo testo è stato redatto da un Comitato ad hoc istituito appunto per preparare il progetto di una convenzione internazionale onnicomprensiva sulla protezione e promozione dei diritti e della dignità delle persone con disabilità».

dignità, l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte e l'indipendenza, attraverso la piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri²¹².

Pertanto, avendo come stella polare questa complessa ricerca di un equilibrio²¹³ tra, da una parte, l'esigenza di tutela degli spazi residui di autonomia decisionale del singolo - nel tentativo di sostenere il suo diritto alla libertà personale - e, dall'altra, la protezione della stessa persona disabile e della certezza dei traffici giuridici, il sistema cristallizzato nel codice civile prestava il fianco a molteplici critiche, come evidenziato nella Bozza Cendon, prima proposta di riforma contenuta nel ddl n. 246 e comunicata alla Presidenza del Senato il 10 maggio 1986:

«a) l'interdizione costituisce una risposta eccessivamente severa, frutto di concezione ormai superate in sede psichiatrica, funzionale prevalentemente agli interessi dei familiari o dei terzi, e che finisce per comprimere o annullare alcuni tra i diritti fondamentali della persona, risultando sicuramente sproporzionata rispetto alle necessità di salvaguardia della grande maggioranza dei sofferenti psichici;

b) l'inabilitazione rappresenta anch'essa un istituto di stampo punitivo, e appare di scarsa utilità (come dimostra l'insuccesso nella pratica), soprattutto perché il suo intervento non risolve i problemi che si pongono nell'ipotesi in cui sia necessario assicurare in favore del disabile il compimento di atti che quest'ultimo - nello specifico frangente - non possa o non voglia effettuare;

²¹² Cfr. artt. 1 e 3 della Convenzione ONU.

²¹³ Come bene affermato da SAVATIER R., *Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil*, in *Dalloz Sirey*, 1968, p. 116: «entre la protection d'un homme et liberté, il existe un antagonisme inévitable».

c) il rimedio di cui l'art. 428 c.c. ha un'intonazione del tutto passiva, e puramente reattiva, esponendosi anch'esso ad alcune critiche già indicate sub lett. B;

d) nella disciplina di tutte e tre le figure appena considerate, un altro rischio da non sottacere è quello del c.d. "effetto ingessamento": il rischio cioè che l'eccessiva ampiezza con cui è ammessa l'annullabilità degli atti si traduca – in misura maggiore o minore – in una ulteriore fonte di discriminazione sociale per la persona "protetta" (se è vero che non pochi fra i contraenti potenziali dell'infermo psichico rifiuteranno preventivamente di accordarsi con qualcuno che, all'indomani stesso della stipulazione, potrebbe ottenere sic et simpliciter l'invalidazione dell'atto);

e) in definitiva, il "grande vuoto" del sistema italiano è costituito dalla mancanza di un regime di protezione che sia tale da comprimere al minimo i diritti e le possibilità di iniziativa della persona disabile, e che offra però – attraverso una previsione legislativa improntata a una ragionevole elasticità – tutti gli strumenti di assistenza o di sostituzione che possano occorrere volta a volta per colmare i momenti più o meno lunghi di crisi, di inerzia o di inettitudine del disabile stesso;

f) alcune fra le regole codicistiche che tutt'oggi scolpiscono un trattamento di favore per il sofferente psichico, e in particolare le disposizioni sui fatti illeciti, appaiono francamente sempre più in contrasto – oltre che con le ragioni di tutela per la vittima del danno – con l'orientamento e i suggerimenti di tutta la psichiatria moderna, e con le stesse soluzioni normative accolte in non pochi ordinamenti stranieri».

In un simile contesto, l'amministrazione di sostegno, in quanto caratterizzata da duttilità ed elasticità oltre che da snellezza procedurale, pareva strumento adeguato a risolvere ed arginare queste criticità, anche se il suo *iter* legislativo non fu affatto lineare e spedito²¹⁴. Alla prima proposta di legge del 1986 seguirono numerosi altri disegni di legge, l'ultimo dei quali, il n. 375-b²¹⁵, venne approvato dalla Commissione Giustizia quasi un ventennio dopo, forse anche grazie alle indirette sollecitazioni fornite dall'istituzione dell'Anno Europeo per i disabili²¹⁶, il 22 dicembre 2003 e pubblicato in gazzetta Ufficiale come legge n. 6 del 2004²¹⁷, «Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali»²¹⁸.

²¹⁴ Le ragioni di tali lungaggini sono imputate, da alcuni, al disinteresse del legislatore rispetto alle problematiche *de quibus*, da altri, con ipotesi più condivisibili, alla delicatezza di tutti i profili coinvolti in una simile materia e quindi alla volontà di ponderare con attenzione e con prudenza i possibili interventi.

²¹⁵ Presentato al Senato come ddl n. 375 il 3 luglio del 2001 che, nonostante un periodo di stallo di diciotto mesi alla Camera, è stato approvato con dieci emendamenti il 15 ottobre 2003 per poi passare alla votazione in Senato che ha condotto all'approvazione all'unanimità il 22 dicembre 2003.

²¹⁶ Il Consiglio dell'Unione europea con la decisione del 3 dicembre 2001, decisione 2001/903/CE, ha proclamato il 2003 anno europeo delle persone con disabilità, con gli obiettivi di sensibilizzare la cittadinanza sui temi legati alla non discriminazione e all'integrazione, di sostenere azioni concrete volte a favorire le pari opportunità e l'inclusione sociale, di incrementare la cooperazione tra tutti gli attori delle politiche a favore delle persone con disabilità e di diffondere un'immagine positiva delle persone con disabilità. Questa iniziativa ha sicuramente incrementato, anche a livello nazionale, la presa di coscienza su un aspetto così delicato e coinvolgente una eterogeneità di profili e criticità quale quello della disabilità.

²¹⁷ La legge è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 19 gennaio 2004 e, dopo una *vacatio legis* di sessanta giorni, è entrata in vigore il 19 marzo 2004.

²¹⁸ Ddl n. 2571 (Bompiani), "Istituzione dell'amministratore di sostegno in favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi", presentato alla Camera dal Presidente del Consiglio e dal Ministro degli Affari Sociali di concerto con i Ministri di Grazie e di Giustizia e della Sanità il 23 aprile del 1993, ddl n. 448 (Perlingeri), "Istituzione dell'amministratore di sostegno", presentato alla Camera il 21 giugno del 1994; ddl n. 776, (Guidi) presentato alla Camera il 10 ottobre del 1996, che riprendeva il contenuto del ddl Bompiani; ddl n. 960 (Giacco), "Norme per la protezione delle persone fisicamente e psichicamente non autosufficienti e per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno a favore delle persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi", presentato alla Camera il 16 maggio del 1996; ddl n. 4040 (Turco), presentato alla Camera il 24 luglio del 1997; questi ultimi due, uniti in un unico ddl (Maggi),

La riforma ha inciso pertanto sull'architettura del codice civile: il titolo XII, del libro I è stato ridenominato «Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia». Al suo interno esso è ora articolato in due capi: il primo è composto dagli artt. 404-413 c.c.²¹⁹ e rubricato “Dell'amministrazione di sostegno”; il secondo, che comprende gli artt. 414-432 c.c., contiene tutte le disposizioni concernenti le altre figure protezionistiche nonché la disciplina generale dell'incapacità naturale²²⁰. Oltre a questo intervento diretto sull'impianto codicistico, la legge 6/2004 ha anche comportato rilevanti modifiche alle disposizioni attuative e transitorie del codice civile, al codice di procedura civile, ad una serie di disposizioni contenute nel testo unico in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (D.P.R. n. 313 del 14 novembre 2002) nonché, infine, della disciplina relativa all'ordinamento giudiziario (R.D. n. 12 del 30 gennaio 1941).

2. Uno sguardo comparatistico: la tutela degli incapaci in Francia, Austria e Germania.

Sulla scorta del movimento scientifico e culturale che abbiamo avuto modo di conoscere nel primo paragrafo, numerosi Stati europei hanno preceduto il legislatore italiano nell'opera di rimodellamento delle proprie discipline in materia di strumenti di tutela degli incapaci, in un'ottica di valorizzazione dei principi di libertà e dignità e di recupero della dimensione relazionale di soggetti fragili.

Pur nelle peculiarità che caratterizzano ognuna delle figure testé menzionate occorre sottolineare come esse presentino però un duplice

“Disposizioni in materia di funzioni del giudice tutelare e dell'amministrazione di sostegno”, sono stati presentati in commissione giustizia il 7 ottobre 1998.

²¹⁹ Questi articoli si sono resi disponibili ad una nuova ridefinizione contenutistica a seguito della riforma in materia di adozione tramite la legge n. 184 del 1983.

²²⁰ Il capo è infatti rubricato “Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale”.

comun denominatore: da un lato la volontà di caratterizzare queste misure di elasticità e flessibilità, così da poter adeguare le misure protezionistiche alle caratteristiche concrete del singolo beneficiario e dall'altro, la valorizzazione dei margini di autonomia decisionale che permangono in capo al singolo, eliminando l'automatismo della relazione tra misura protezionistica e riconoscimento giurisdizionale di incapacità.

2.1. *La Francia: della sauvegarde de justice, della tutelle, della curatelle e del Mandat de protection future.*

In Francia, con la riforma Carbonnier “*Du droit des incapables majeurs*”, legge 68-5 del 3 gennaio 1968 si introducono i tre istituti della *sauvegarde de justice*, della *tutelle* e della *curatelle*, costruendo quindi un sistema di tutela articolato su più livelli, un sistema tripartito molto simile a quello presente nel nostro ordinamento. Queste tre figure vanno a prendere il posto della singola misura di protezione dell'*interdiction judiciaire* che aveva come effetto quello di privare il tutelato della capacità di intendere e di volere²²¹.

Il Parlamento francese ha però recentemente approvato una normativa – *Loi n. 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs* – che, andando a modificare alcuni articoli del *Code civil*, rimodella il sistema di protezione proponendosi come obiettivo quello di tutelare la persona nelle sua interezza e non soltanto negli aspetti prettamente attinenti alla gestione patrimoniale; esplicativo a tal proposito è l'art. 415 *Code civil*: «*Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation*

²²¹ Cfr. COBELLI E., *La riforma in Francia delle leggi sulle persone e sulla famiglia*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1976, p. 430; STANZIONE A.G., *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1991, p. 523; FOSSIER T., *L'objectif de réforme du droit des incapacités: protéger sans jamais diminuir*, in *Répertoire du Notariat Deffrénois*, 2005; ID., *La réforme de la protection des majeurs*, *Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007*, in *Semaine Juridique Notariat*, 2007.

rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique»²²².

La riforma si fonda ad alcuni fondamentali principi che hanno ispirato una modifica della disciplina delle figure protezionistiche: *in primis*, la garanzia della protezione dell'autonomia del singolo e, in secondo luogo, quali corollari di tale finalità, i principi di necessità, sussidiarietà e proporzionalità.

Tutelle e curatelle vengono infatti ritenute suscettibili di applicazione solo in presenza di malattie medicalmente accertabili e solo qualora si rivelino inopportuni altri istituti quali l'accompagnamento sociale personalizzato e l'accompagnamento giudiziario²²³, strumenti introdotti proprio con la legge n. 2007-308.

Il giudice potrà invece optare per la *sauvegarde de justice* nel caso di persona bisognosa di una protezione giuridica temporanea o di un rappresentante *ad acta*, per il compimento solo di alcuni atti, evitando quindi l'applicazione della *tutelle* e della *curatelle*.

Un'ulteriore innovazione portata dalla novella legislativa è il *Mandat de protection future*, tramite il quale un soggetto può incaricare un terzo quale proprio rappresentante nell'evenienza del sopraggiungere di un episodio incapacitante. Per l'attivazione del mandato non è previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria, bastando a tal fine l'apposizione di un visto da parte del cancelliere del tribunale competente, previa esibizione

²²² Per i testi delle leggi menzionate si rinvia a www.senat.fr (*Lois promulguées*).

²²³ La *mesure d'accompagnement social personnalisée* (MASP) è una misura "amministrativa" destinata a qualsiasi soggetto maggiore d'età che necessiti di prestazioni sociali e la cui salute o sicurezza possa venir compromessa dalla difficoltà che questi dovrà affrontare nella gestione dei propri interessi. Il MASP si differenzia dalla *mesure d'accompagnement judiciaire* (MAJ), sussidiaria al MASP, attivata dall'autorità giudiziaria qualora la *mesure d'accompagnement social personnalisée* si sia rivelata inadatta a fronteggiare le esigenze del beneficiario, dovendosi infatti concentrare questa figura sulla gestione delle prestazioni scelte e indicate dal giudice tutelare.

del mandato del mandato e di una certificazione medica comprovante l'impossibilità del mandante di provvedere personalmente ai propri interessi. Per quanto concerne infine l'oggetto su cui potrà ricadere la nomina del mandatario, questi potrà essere investito anche di compiti riguardanti le decisioni terapeutiche, aprendo quindi la possibilità ad un uso di tale strumento quale forma di eventuali direttive anticipate di trattamento.

2.2. *L'Austria: del Sachwalterschaft.*

Nel 1983 il legislatore austriaco ha approvato la legge n. 136 del 2 febbraio 1983, ovverosia la riforma del regime civilistico di tutela dei soggetti deboli, dando vita all'istituto del *Sachwalterschaft*²²⁴, inserito agli artt. 269 ss. del codice civile (ABGB). Quest'ultimo ha sostituito *in toto* le preesistenti figure protezionistiche, in un'ottica riformista "per sottrazione", così come in Germania, in maniera opposta rispetto a quanto attuato in altri ordinamenti come Francia e Italia.

L'ambito di applicazione soggettiva del *Sachwalterschaft* si determina in base alla sussistenza contemporanea di due presupposti; da una lato esso è diretto a tutti coloro che sono affetti da un disturbo di tipo psichico, escludendo quindi che una qualsiasi disabilità di stampo invece puramente fisico possa essere ritenuta elemento idoneo a fondare l'attivazione dell'istituto *de quo*. Dall'altro, si richiede la difficoltà, o meglio, l'impossibilità da parte dell'eventuale beneficiario di prendersi cura e di gestire i propri affari, il che comporta anche una valutazione da parte del giudice dell'insussistenza di una qualsivoglia alternativa assistenza,

²²⁴ In particolare, in relazione alla figura protezionistica del *Sachwalterschaft* si veda KLEMENT, *Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno, Sachwalterschaft*, in PATTI S. (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del convegno di studi "Capacità ed autonomia delle persone", Roma, 20 giugno 2002, Milano, 2002, p. 79 ss.

rinvenibile sia nell'ambito familiare sia nel fatto che il soggetto è ricoverato in un istituto di cura o in altra apposita struttura.

Il procedimento di nomina, a differenza di quanto avviene nel nostro ordinamento, può essere attivato solamente d'ufficio oppure su iniziativa del beneficiario; tale circoscrizione del raggio della legittimazione attiva è giustificato, a detta della prevalente dottrina, dalla volontà di far prevalere l'interesse e la volontà del soggetto destinatario dell'intervento assistenziale oltre che dal *favor* per altri alternativi strumenti di sostegno quali quelli c.d. "di fatto" di cui si diceva poc'anzi.

Infine, per quanto concerne i compiti di cui viene investito il *Sachwalter*, essi sono stabiliti caso per caso dal giudice adito, conformemente alla condizione psicologica del beneficiario e quindi in virtù delle concrete esigenze, prevedendosi per tutte le azioni che ricevono la copertura assistenziale del *Sachwalter*, una corrispettiva *deminutio* di capacità in capo al beneficiario.

2.3 La Germania: del *Betreuung*.

Il *Betreuung*, inserito nel codice civile tedesco²²⁵ pochi anni più tardi del *Sachwalterschaft* e più precisamente nel 1991, viene considerato il gemello, l'*alter ego* del modello austriaco, a ragione dei molteplici elementi di comunanza che qualificano i due istituti²²⁶. Come per la figura protezionistica austriaca, si prevede la nomina di un "assistente" senza che sia preliminarmente necessario giungere ad una pronuncia di incapacitazione. Egualmente, legittimati attivi sono i potenziali beneficiari, che da soli vanno a costituire tale categoria, affiancati dal giudice

²²⁵ In particolare, la disciplina del *Betreuung* è racchiusa nelle disposizioni §§ 1896 - 1908 k BGB.

²²⁶ VON SACHSEN GESSAPHE, La legge tedesca sull'assistenza giuridica e la programmata riforma italiana in materia di interdizione e di inabilitazione, in PATTI S. (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del convegno di studi "Capacità ed autonomia delle persone", Roma, 20 giugno 2002, Milano, 2002, p. 65 ss.

competente che può *ex officio* dare avvio all'istruzione del procedimento di nomina.

Accanto a questi profili di somiglianza, ve ne sono però altri che contribuiscono a creare delle differenziazioni. *In primis*, per quanto riguarda i presupposti applicativi soggettivi, se in Austria non viene attivata la misura in presenza di mera incapacità fisica, in Germania il legislatore ha optato per un ampliamento dei presupposti applicativi, considerando anche menomazioni prettamente fisiche²²⁷.

Ulteriore elemento di rottura con il corrispettivo modello austriaco risiede nelle condizioni che determinato l'intervento sussidiario del *Betreuung*, per cui si richiede per l'attivazione non solamente l'assenza di un'assistenza di fatto ma anche il mancato utilizzo di strumenti negoziali quali il procuratore o altro rappresentante legale.

In terzo luogo, dato come presupposto applicativo la mera incapacità fisica, il *Betreuung* non dovrebbe prevedere una riduzione della capacità del beneficiario che potrebbe conservare la stessa intatta, non essendo il giudice chiamato ad esprimersi in merito ma, semplicemente e neutralmente, a predisporre una forma di sostegno o accompagnamento nell'espletamento di attività del quotidiano. Nella pratica però la neutralità o meglio l'estraneità del giudice rispetto alla capacità di agire del beneficiario non pare rispondere al vero, avendo la maggior parte come protagonisti soggetti con gravi forme di incapacità.

In relazione ai poteri occorre osservare che la dottrina e la legislazione mitteleuropea (analogamente si veda anche la normativa austriaca) distinguono i poteri in macrocategorie: cura della persona, cura della salute della persona e amministrazione del patrimonio, e consentono all'amministratore di accertare l'attualità dell'eventuale scelta del beneficiario. Nel caso in cui la scelta non sia attuale o si riveli addirittura mancante, si prevede che sia l'amministratore a decidere cercando di ricostruire la volontà ipotetica del beneficiario stesso. Proprio rispetto a

²²⁷ Permane sempre, anche nel BGB, la presenza di una incapacità di provvedere alla gestione dei propri interessi, pur se si tratti di una deficienza fisica.

tale profilo merita menzione la legge “*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*”, approvata il 18 giugno 2009 con la quale, oltre a disciplinare il testamento biologico (*Patientenverfügung*), è stata modificata la disciplina relativa all’amministratore di sostegno (nello specifico, §§ 1901 a, 1901 b, 1904 BGB)²²⁸.

3. I tratti salienti dell’amministrazione di sostegno e il rapporto con interdizione e inabilitazione: una incerta frontiera?

Ai sensi dell’art. 1 della legge 6/2004 si afferma che «La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente».

La volontà di rispondere a questo obiettivo, che si potrebbe forse definire di socializzazione delle categorie più disagiate, emerge in molteplici profili della novella disciplina che fungono da ausilio anche per tracciare la linea di confine con le altre due figure di protezione: la tutela e la curatela.

A differenza di quanto accaduto in altri ordinamenti, infatti, la presenza dell’amministrazione di sostegno non ha comportato l’eliminazione degli istituti tradizionali preposti alla tutela dei soggetti incapaci. Si è optato infatti per una soluzione di tipo additivo anziché per una di tipo sostitutivo²²⁹.

Permangono pertanto sia l’istituto dell’interdizione che della inabilitazione; il primo comporta una totale perdita di capacità di agire,

²²⁸ Per il testo completo della legge si rimanda a *www.bundestag.de*. Per un quadro generale cfr., anche se mancano i più recenti aggiornamenti, CIAN V.G., *L’amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2004, p. 481.

²²⁹ In questo senso cfr. CHIARLONI S., *Prime riflessioni su alcuni aspetti della disciplina processuale dell’amministrazione di sostegno*, in FERRANDO G. (a cura di), *L’amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005, p. 149.

accertata con sentenza, dalla pubblicazione della quale lo stato di incapace viene annotato sull'atto di nascita e sui documenti d'identità e il soggetto, privato della possibilità di compiere qualsiasi atto giuridico di ordinaria e straordinaria amministrazione, viene affiancato da un tutore²³⁰.

L'inabilitazione comporta invece, con effetti meno limitativi, la possibilità per l'incapace di compiere atti di ordinaria amministrazione e alcuni atti civili a contenuto non patrimoniale, e l'impossibilità di compiere atti di straordinaria amministrazione. Con un'inversione di prospettiva, nel caso di amministrazione di sostegno, non si ha invece alcuna sentenza di statuizione di incapacità del soggetto beneficiario che conserva la sua autonomia se non negli spazi ove il giudice tutelare ritenga opportuna la attività di un amministratore di sostegno.

Questa scelta legislativa di mantenere in contemporanea tutti e tre gli istituti ha però suscitato un acceso dibattito nella dottrina civilista che ha cercato di pervenire a sistemi di organizzazione sistematica e di armonizzazione, essendosi registrate fin dalla entrata in vigore della legge, criticità nella costruzione dei rapporti tra le tre figure e quindi anche rispetto al raggio di operatività dell'amministrazione di sostegno.

Prendendo le mosse dal dato letterale, ai sensi dell'art. 404 c.c., che definisce proprio l'ambito di applicazione della misura:

«La persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio».

²³⁰ Si parla infatti di interdizione giudiziale dal momento che l'incapacità dell'interdetto deriva esclusivamente da un accertamento giudiziario, che culmina in una sentenza costitutiva, provvisoriamente esecutiva (ovverosia, la produzione dei suoi effetti si ha dal momento della pubblicazione, senza bisogno di attendere il passaggio in giudicato).

L'amministratore è quindi chiamato ad affiancare un soggetto "disabile" affetto da menomazioni o infermità psichica ma anche un soggetto perfettamente *compus sui*, la cui vita sia resa ardua da limiti che lo rendano inabile allo svolgimento delle attività elementari quotidiane (si pensi al caso del soggetto cieco o del soggetto sordo muto ma anche a tutti gli altri casi di soggetti affetti da handicap motori o, ancora, a persone anziane non più perfettamente autosufficienti a seguito di malattie "invalidanti", e ancora alcoolisti, tossicodipendenti e detenuti), senza bisogno di ricorrere ad una definitiva – almeno fino a sentenza di revoca – dichiarazione di interdizione o di inabilitazione.

Si rinviene pertanto una rilevante distinzione funzionale della nuova figura rispetto alle più rigide opzioni della interdizione e della inabilitazione, non essendo infatti richiesto per l'attivazione della misura dell'amministrazione il presupposto quantitativo della maggiore o minore incapacità del beneficiario.

L'amministratore, come suggerisce la locuzione stessa, nasce con funzione sostanzialmente vicariale, come «modello generale per la soluzione dei problemi civilistico-patrimoniali della grande maggioranza delle persone disabili», un soggetto da affiancare al beneficiario nella gestione dei suoi interessi, senza sostituirsi sempre e necessariamente a lui, come anche affermato nella Relazione introduttiva alla Bozza:

«Sostegno suscita l'impressione che la questione da risolvere sia soltanto quella di un 20 o di un 30 per cento in più da fornire rispetto ad un 70 o 80 per cento che esiste già, insomma l'idea che qualcuno che sarebbe quasi in grado di farcela da solo: poco più del bastone per chi si è procurato una storta a una caviglia, o della maniglia cui ogni passeggero è sollecitato ad attaccarsi negli autobus. (...) Si tratterà verosimilmente di un soggetto fragile: ma un tipo di fragilità comunque leggera, forse provvisoria, non

necessariamente a base psichiatrica, con un forte timbro di carattere volontaristico-amministrativo».

Altro elemento distintivo di tale figura risiede nella forza e nella duttilità unica, idonea a rispondere a quella esigenza di tutela e di valorizzazione del diritto di autodeterminazione dei singoli beneficiari, nonché nella ricercata flessibilità con cui l'ordinamento tenta di rispondere alla domanda di protezione di alcuni particolari soggetti.

Monserrat Pappalettere si esprime efficacemente nel senso di un «dualismo teleologico dell'amministrazione di sostegno, la quale è rivolta a salvaguardare, da un lato, le istanze di libertà e di autodeterminazione dell'individuo e, dall'altro, le esigenze di protezione del medesimo».

L'amministrazione di sostegno viene quindi definita, come sinteticamente ma efficacemente affermato dal giudice tutelare di Pinerolo nel decreto del 4 novembre 2004, «una forma di tutela ampia, propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata, modulabile e non standardizzata, frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli della popolazione veramente conforme ai fini costituzionali di promozione del pieno sviluppo della persona umana»²³¹.

Proprio questa personalizzazione e non standardizzazione, unitamente alla poca chiarezza della formulazione racchiusa nell'art. 404 c.c., hanno però portato la giurisprudenza tutelare e la dottrina²³² ad interrogarsi immediatamente sulla questione dell'incerta frontiera tra amministrazione, interdizione e inabilitazione, e quindi a ricercare il criterio dirimente da declinarsi nella fattispecie concreta per decidere della assegnazione di una o delle altre misure protezionistiche; così da stabilire

²³¹ Tribunale di Pinerolo, decreto 4 novembre 2004, in *www.altalex.com*.

²³² *Ex multis*, cfr. CALÒ E., *Il discrimen fra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Notariato*, V, 2004, p. 527; MALAVASI B., *Ancora sul discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Corriere Giuridico*, VI, 2006, p. 777; BUGETTI M.N., *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 56; SCOTTI R., *La lettura costituzionale dei rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Notariato*, IV, 2006, p. 393; BIANCA C.M., *La protezione giuridica del sofferente psichico*, op. cit.

un criterio ordinatore per la delineazione di un sistema armonico e coerente, scevro da “rischiose” giustapposizioni.

Se da una parte infatti, un orientamento minoritario – nonché più datato – sosteneva che, esprimendosi il legislatore nel senso di un costante contraddittorio tra amministratore e beneficiario, quest’ultimo non potesse essere altri se non un soggetto dotato di una residua capacità e non quindi totalmente incapace di intendere e di volere²³³, utilizzando quindi come *discrimen* un criterio di tipo quantitativo, dall’altra altri giudici tutelari, supportati da una più sostanziosa corrente dottrinale, sostenevano invece la non necessaria presenza di una residuale capacità in capo al beneficiario ai fini della nomina di amministratore di sostegno²³⁴, sostenendo pertanto il necessario riferimento ad un criterio di tipo qualitativo-funzionale.

Nello specifico dei rapporti tra le tre figure di protezione, è intervenuta, solo un anno dopo dalla entrata in vigore della novella legislativa, la stessa Corte costituzionale con sentenza n. 404 del 2005²³⁵, a conclusione di un giudizio di legittimità costituzionale sollevato da due ordinanze del Giudice tutelare presso il Tribunale di Venezia – sezione

²³³ Si veda, in senso conforme, Tribunale di Torino, decreto 22 maggio 2004, in *www.studioaquilani.it*; Tribunale di Nocera Inferiore, decreto 8 luglio 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, V, 2005, p. 1074; Tribunale di Milano, decreto 2 marzo 2005, in *www.leggiditalia.it*; si veda inoltre Corte di Appello di Salerno, decreto 8 marzo 2005, la cui richiesta di riforma ha favorito l’occasione per una nota pronuncia in materia della Corte di Cassazione civile (sent. n. 13584 del 12 giugno 2006, in *Giustizia Civile, Massimario*, 2006).

²³⁴ Cfr. in senso conforme Tribunale di Reggio Emilia, decreto 13 settembre 2006, in *www.leggiditalia.it*; Tribunale di Bologna, Sez. 1, decreto 31 gennaio 2008, in *Guida al Diritto*, I, 2008, p. 23; Tribunale di Pinerolo, decreto 4 novembre 2004, in *www.altalex.com*; Tribunale di Milano, decreto 21 marzo 2005, in *Giurisprudenza di Merito*, I, 2007, p. 35; Tribunale di Roma, decreto 28 gennaio 2005, in *www.personaedanno.it*; Tribunale di Modena, decreto 19 marzo 2008, in *www.personaedanno.it*.

²³⁵ La pronuncia in commento rappresenta il primo provvedimento reso dalla Corte costituzionale in relazione all’amministrazione di sostegno. Successive pronunce sono state la sent. n. 4 del 19 gennaio 2007, la sent. n. 128 del 19 aprile 2007, la sent. n. 292 del 17 luglio 2007, la sent. n. 116 del 24 aprile 2009, la sent. n. 51 del 18 febbraio 2010.

distaccata di Chioggia²³⁶ – che ponevano due questioni di legittimità costituzionale di norme concernenti l'amministrazione di sostegno.

In questa sede interessa in particolare la prima delle due questioni²³⁷, riguardante gli artt. 404, 405, numeri 3 e 4, e 409 del codice civile sospettati di contrasto con gli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione, a garanzia della libertà e dell'autodeterminazione dei singoli, e con gli artt. 41, co. 1, e 42 della Costituzione, che garantiscono il pieno dispiegarsi della personalità del disabile nei rapporti economici e nei traffici giuridici. L'incompatibilità con il dettato costituzionale è rinvenuta nel fatto che le norme civilistiche non indicano chiari criteri selettivi per distinguere l'istituto dell'amministrazione di sostegno dai preesistenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, dando quindi luogo a «tre fattispecie legali irragionevolmente coincidenti, con duplicazione di istituti “parzialmente fungibili”», e lasciando di fatto all'arbitrio del giudice la scelta dello strumento di “tutela” concretamente applicabile.

La Corte costituzionale risponde con una dichiarazione di infondatezza partendo dal riconoscimento della erroneità del presupposto interpretativo da cui le ordinanze muovono; erroneità che consiste nell'affermazione di una coincidenza dell'ambito di operatività dell'amministrazione di sostegno con le altre figure protezionistiche.

²³⁶ Tribunale di Venezia, sez. Chioggia, ord. 24 settembre 2004, in *Notariato*, 2005, p. 249, con nota di CALÒ E., *Il giudice tutelare e la vendetta di Puchta* e Trib. Venezia, sez. Chioggia, 19 novembre 2005, inedita.

²³⁷ La seconda questione, anch'essa ritenuta infondata, riguardava gli artt. 413, ultimo comma, e 418, ultimo comma, c.c., nella parte in cui non prevedono strumenti di composizione delle divergenze insorte tra giudice tutelare (competente in materia di amministrazione di sostegno) e tribunale in composizione collegiale (competente per interdizione e inabilitazione), in violazione degli artt. 2, 3, 4, 41, primo comma, 42 e 101, secondo comma, della Costituzione. Potrebbe infatti accadere che nei loro rispettivi ambiti di competenza le due autorità decidano di non nominare o nominare un amministratore di sostegno e di non dichiarare o dichiarare l'interdizione o l'inabilitazione; le ordinanze sollevavano pertanto dubbi di costituzionalità rispetto all'inesistenza di meccanismi processuali idonei a comporre eventuali conflitti. La Corte costituzionale dichiara infondata anche questo secondo profilo di censura, rimarcando l'esistenza di tali meccanismi, rinvenendoli sia nella possibilità di impugnazione rispettivamente del decreto e della sentenza innanzi alla Corte di Appello, sia nei numerosi meccanismi di raccordo predisposti dalla novella legislativa del 2004 tra i diversi procedimenti.

Riaffermando la *ratio* del nuovo istituto civilistico, facendo proprie le parole del summenzionato art. 1 della legge 6 del 2004, il giudice costituzionale riconosce come la legge affidi al giudice

«il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità; e consente, ove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione, che attribuiscono uno status di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria.

D'altronde, secondo il nuovo testo dell'art. 411, comma 4, cod. civ., il giudice tutelare, nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che «determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno». Ne discende che in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere “integralmente” con quelli del tutore o del curatore, come invece le ordinanze mostrano di ritenere»²³⁸.

²³⁸ Corte cost., sent. n. 440 del 9 dicembre 2005, in *Famiglia*, II, 2006, p. 361; in nota si legga ROMA U., *Sunt certi denique fines (?): la Corte Costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, II, 2006, p. 851. Anche Simeoli, conformandosi all'opinione della Consulta, mette in guardia gli operatori del diritto da un'inutile “duplicazione irrazionale di istituti fungibili” (SIMEOLI D., *Amministrazione di sostegno, Profili sostanziali*, op. cit.

La Corte costituzionale sembra pertanto abbracciare un principio di gradualità delle misure, leggendo la normativa codicistica e l'interazione tra i diversi istituti approntati dall'ordinamento alla luce degli obiettivi sanciti nell'*incipit* della legge 6 del 2004; lasciando permanere spazi di operatività per i preesistenti rimedi, qualora l'amministrazione di sostegno si riveli strumento non idoneo a perseguire le esigenze di tutela e di garanzia dei margini di autonomia del soggetto debole. Spazi per l'interdizione saranno quindi ipotizzabili qualora, all'esito della doppia valutazione prognostica lasciata alla discrezionalità del giudice tutelare, questi rinvenga da una parte la non idoneità dell'amministrazione di sostegno e, dall'altra, la necessità di una misura più omnicomprensiva quale quella dell'interdizione.

Nonostante però la pronuncia della Corte costituzionale, e forse anche sulla base di quanto emerso da tale sentenza, in particolare dall'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alla giurisprudenza tutelare, il dibattito sui confini dell'amministrazione di sostegno non si è però placato e ha continuato a coinvolgere, e coinvolge tuttora, la dottrina e soprattutto la giurisprudenza, chiamata nel concreto a farsi carico della "perimetrazione" dell'istituto dell'amministrazione di sostegno (utilizzando le parole della Corte di Cassazione civile²³⁹). Questo emerge dalla copiosa giurisprudenza della Suprema Corte che è stata chiamata, dopo la sentenza del giudice costituzionale, ad esprimersi in merito con cadenza quasi annuale: il riferimento è alle sentenze n. 13584 del 12 giugno 2006²⁴⁰, n. 25366 del 2006, nn. 9628 e 17421 del 2009, n. 4866 del 2010 e, in ultimo, n. 22332 del 2011.

Tutte le pronunce non si discostano ma anzi si inseriscono nella scia di quanto affermato dalla Consulta, rimarcando la necessaria scelta di un criterio di tipo funzionale anziché di uno meramente quantitativo, in linea con la *ratio* e con gli obiettivi racchiusi ed espressi nella legge n. 4

²³⁹ Cass. Civ., Sent. 12 giugno 2006, n. 13584, in *Giustizia Civile, Massimario*, 2006.

²⁴⁰ Si veda, in commento alla sentenza, PATTI S., *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, X, 2006, p. 811.

del 2006²⁴¹. Nella mancanza di uno schema aprioristico che permetta di rintracciare le fattispecie cui sarebbe rapportabile l'istituto dell'amministrazione di sostegno, in linea con la flessibilità e duttilità della figura protezionistica *de qua*, rimane compito del giudice valutare una molteplicità ed eterogeneità di variabili che permettano di valutare nel concreto la rispondenza di tale strumento alle esigenze specifiche del potenziale beneficiario:

²⁴¹ In dottrina, in argomento, si veda CARBONE E., *Stigma psichiatrico e diritto civile. Itinerari privatistici per la realizzazione personale e il coping*, in *www.personaedanno.it*, 2006. Tescaro parla di principio di gradualità delle misure, «in virtù del quale il giudice, verificate quali specifiche esigenze di protezione sussistano nel caso concreto, deve si cercare di soddisfarle adottando lo strumento che reputa più adatto a tale scopo, ma, nel fare ciò, deve altresì applicare lo strumento di protezione prescelto nella misura che comprime il meno possibile la capacità del soggetto interessato» (cit. TESCARO M., *Amministratore di sostegno*, op. cit.). Analogamente PATTI S., *Amministrazione di sostegno: una corretta applicazione della nuova disciplina*, nota a Trib. Palmi, uff. Giudice Tutelare, ordinanza 24 maggio 2004, in *Famiglia, Persone e Successioni*, II, 2005, p. 132: «L'amministrazione di sostegno rappresenta il rimedio a carattere generale (...) mentre l'applicazione dei vecchi istituti (...) può giustificarsi soltanto eccezionalmente, e cioè quando le circostanze del caso concreto non lasciano altre possibilità per tutelare la persona». Così anche decr. Trib. Trani, 28 ottobre 2009 n. 953, *www.personaedanno.it*, con nota di ROSSI R., *Interdizione. Il sonno della ragione genera mostri*, 2009, che, dopo aver ripreso i frammenti delle sentenze Corte Cost. n. 440 del 9 dicembre 2005 (in *www.giurcost.org*) e Cass. civ. sez. I, 22 aprile 2009, n. 9628 (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2009, p. 963), puntualizza: «In realtà, se il *discrimen* tra le due misure protettive non va individuato, come dice la Corte di Cassazione, nel diverso grado d'infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi da parte del beneficiario, non va però trascurata la finalità del nuovo istituto di "mantenere" al soggetto privo di autonomia un minimo spazio di "capacità di agire", proprio in tal senso essendo prevista la modulazione dei compiti dell'amministratore in funzione dell'articolazione concreta della tutela del soggetto. In altri termini anche il soggetto totalmente incapace di intendere e di volere può essere in condizioni di interrelazionarsi con il mondo esterno ed esprimere, sia pure su minimi aspetti e in specifici settori della convivenza sociale, alcune scelte autonome negli atti ordinari di vita quotidiana, sicché appare in linea con la riforma consentire a tali soggetti un inserimento e coinvolgimento nel progetto di sostegno che - anche avvalendosi dell'ausilio di forze familiari e sociali disponibili - renda per lui possibile in definitiva la realizzazione in concreto delle migliori condizioni esistenziali». Come affermato da BIANCA C.M., *La protezione giuridica del sofferente psichico*, op. cit.: «La persona ha diritto di partecipare alla vita di relazione nella misura in cui essa è idonea a farlo». Cfr., in relazione all'ambito soggettivo di applicazione della misura dell'amministratore di sostegno, BONILINI G., CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, CEDAM, Padova, 2004; BIANCA C.M., *Premessa*, in PATTI S. (a cura di) *L'amministratore di sostegno*, Milano, 2005; BUGETTI M.N., *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*, op. cit.; FERRANDO G., *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione per soggetti deboli*, Milano, 2005; CALÒ E., *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, Milano, 2004.

«il criterio quantitativo non sembra, di per sé solo, offrire un utile strumento di distinzione tra i presupposti per l'amministrazione di sostegno e quelli per la interdizione. (...) Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario, e considerate anche la gravità la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie».

Occorre notare però come la Corte, con questa giurisprudenza, vada sempre più accentuando il carattere della residualità delle misure dell'interdizione e dell'inabilitazione, facendo leva proprio sulla duttilità dell'amministrazione di sostegno e sulla sua "adeguatezza protettiva", quasi quindi a erodere il raggio di azione delle preesistenti misure protezionistiche a favore di un ampliamento esponenziale della casistica sussumibile nella fattispecie dell'amministrazione di sostegno, forte anche della disposizione di cui all'art. 411 co. IV per cui:

«Il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o

decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni».

Il legislatore stesso contribuisce quindi, tramite il riconoscimento di questa possibile disposizione di limitazioni ed effetti propri di interdizione e inabilitazione, ad alimentare una sovrapposizione tra le diverse figure protezionistiche, con un evidente propensione nei confronti di un sempre maggiore utilizzo dell'amministrazione di sostegno.

Questo spazio sempre più residuale lasciato a tutela e curatela, anche grazie agli interventi della Suprema Corte, è stato proprio alla base delle proposte di abolizione di queste figure, in un'ottica di monopolio dell'amministrazione nell'ambito degli istituti protezionistici²⁴², mutuando quando accaduto sul versante mitteleuropeo con la sostituzione della *Sachwalterschaft* austriaca e della *Betreuung* alle figure preesistenti, anche, non dimentichiamolo, del notevole riscontro applicativo che tale figura ha avuto, soprattutto presso alcuni Tribunale che hanno sempre più proceduto con nomine di amministratori di sostegno, anche in casi

²⁴² *Ex multis* si veda CENDON P., ROSSI R., *Amministratore di sostegno. Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inabilitazione*, op. cit., i quali affermano: «È stata elaborata, così – da parte del gruppo di lavoro di “Persona e Danno” – una proposta di riforma, il cui nucleo centrale è costituito dalla soppressione delle due anacronistiche misure di protezione, e dal rafforzamento dell'amministrazione di sostegno. Alla scelta abolizionista si associa, nel progetto de iure condendo, un sistema di ulteriore definizione del “diritto dei soggetti deboli”, dato che ancora oggi – pur dopo l'avvento dell'Ads (che di tale settore del diritto privato costituisce la pietra angolare) – residuano vari spazi non coperti, alla cui disciplina occorre porre mano, onde introdurre margini di congrua protezione degli “svantaggiati”». Così anche, dei medesimi autori, CENDON P., ROSSI R., *L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata*, in *Politica del Diritto*, III, 503, 2007. Cfr. in senso contrario MARTINELLI P., *Interdizione e amministrazione di sostegno*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione di soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005.

dove invece altrove o nel sistema preesistente si sarebbe fatta applicazione dell'interdizione²⁴³.

L'amministrazione di sostegno e le altre due figure apparterrebbero, secondo parte della dottrina, a due mondi incompatibili tra di loro, due mondi che viaggiano su rette parallele destinate a non incontrarsi mai, fondandosi su concezioni della persona e della fragilità umana totalmente divergenti²⁴⁴.

In questa corrente si inserisce lo stesso Prof. Cendon che nel 2007 ha infatti formulato una seconda Bozza di legge, inequivocabilmente denominata «Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e inabilitazione». La finalità della revisione

²⁴³ Si veda in giurisprudenza, come esempio di nomina di amministratore di sostegno per persona totalmente incapace, Tribunale di Reggio Emilia, decreto 4 novembre 2005, in *www.personaedanno.it*, nel quale il giudice tutelare aveva nominato un amministratore di sostegno, a tempo indeterminato, a favore di un soggetto in coma vegetativo a seguito di uno stato di encefalopatia post anossica, dovuto ad un episodio di arresto cardiocircolatorio. Per altri esempi si veda l'interessante rassegna proposta da TAGLIAFERRI C., *C'era una volta... una terra di nessuno. L'amministrazione di sostegno, una favola a lieto fine*, in *www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*: «Casi di rigetto della domanda di interdizione a vantaggio dell'amministrazione di sostegno: schizofrenia di tipo catatonico, deficit delle funzioni intellettive (Trib. Messina 14 settembre 2004); persona affetta da disturbi del sonno, crisi d'angoscia e prodigalità (Trib. Bologna 20 settembre 2005); soggetto con grave ritardo mentale [morbo di Down] (Trib. Bologna 21 settembre 2005); tetraparesi spastica con ritardo mentale medio (Trib. minorenni Milano 29 maggio 2006); prodigalità senza conseguenze sulle capacità cognitive ma incidente negativamente sulla gestione della vita quotidiana (Trib. Napoli 3 luglio 2006); schizofrenia paranoidea (Trib. Milano 4 febbraio 2008); soggetto affetto da gravissima, progressiva, irreversibile demenza senile aggravata (Trib. Bari 9 febbraio 2008); soggetto affetto da severo deficit cognitivo e non in grado di compiere alcuna azione in modo autonomo né di determinarsi autonomamente dal punto di vista sia personale che patrimoniale (Trib. Milano 16 marzo 2009). Casi di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione a vantaggio dell'amministrazione di sostegno: progetto di sostegno con la cooperazione del medico e dell'assistente sociale e con il coinvolgimento dei fratelli (Trib. Venezia 10 gennaio 2006); progressivo aggravamento delle condizioni di salute e sostanziale perdita delle capacità di autonomia e di gestione (Trib. Modena 27 marzo 2008); persona affetta da morbo di Down (Trib. Bologna 8 aprile 2008); persona con sostanziale incapacità di rapportarsi criticamente al mondo esterno (Trib. Modena 17 luglio 2008); disturbo delirante cronico (Trib. Bologna 22 maggio 2009)».

²⁴⁴ Cfr. *ex multis* MASONI R., *Amministrazione di sostegno ed onere del patrimonio: primi contrasti tra le corti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, p. 1614: «La distanza che separa l'istituto dell'amministrazione di sostegno da quello dell'interdizione appare siderale ed è incolmabile. Si tratta di discipline giuridiche appartenenti a mondi lontanissimi, frutto di concezioni filosofiche dei valori umani molto distanti tra loro, espressione di fasi di sviluppo della coscienza collettiva diversi; l'una rappresenta ormai il passato, l'altra, il presente ed il futuro, oltre che la sensibilità dell'uomo moderno. I due mondi sono inconciliabili, nonostante gli aggiustamenti compiuti dal legislatore del 2004 per addolcire gli aspetti più arcigni ed anacronistici dell'interdizione».

auspicata è quella di addivenire all'«abrogazione definitiva delle anacronistiche misure dell'interdizione e dell' inabilitazione», partendo dal presupposto che la «sopravvivenza (positiva) dei due istituti codicistici, ormai agonizzanti, non possa - in realtà - trovare serie giustificazioni neppure entro il ristretto e residuale spazio di operatività che la Cassazione sembra loro riconoscere; e ciò in quanto la neo-figura dell'amministrazione di sostegno si atteggia (...) quale misura di in grado di far fronte adeguatamente, nelle mani del giudice, pure alle situazioni che appaiono richiamate dalla Suprema Corte»²⁴⁵.

4. I presupposti soggettivi per l'attuazione.

Dopo questo inquadramento generale dell'istituto *de qua*, occorre procedere ad una disamina degli elementi fondamentali, procedurali e sostanziali, che vanno a caratterizzare la figura dell'amministrazione di sostegno.

4.1. La minore o maggiore incapacità di agire.

Nel paragrafo precedente è stata affrontata la problematica di una eventuale sovrapposizione tra i tre istituti protezionistici; tale sovrapposizione dipende, come si osservava, anche dal dettato normativo e quindi a quelle norme che stabiliscono i presupposti che danno adito alla attuazione dell'amministrazione di sostegno.

Se infatti l'articolo 414 c.c. nel definire i presupposti dell'interdizione parla di abituale infermità di mente che comporta l'incapacità di

²⁴⁵CENDON P., ROSSI R., *Amministratore di sostegno. Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inabilitazione*, op. cit.

provvedere ai propri interessi²⁴⁶, ai sensi dell'art. 404 c.c., in maniera che può risultare pressoché analoga si afferma che:

«La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio».

La norma menziona esplicitamente, come presupposto soggettivo di applicazione della misura, la sussistenza di una infermità o di una menomazione, parziale e temporanea, sia di tipo psichico che di tipo fisico.

Oltre quindi alle ipotesi intermedie di infermità, dove permangono spazi di autonomia del singolo beneficiario, l'amministrazione sembra coprire anche aree poste agli estremi, da un lato, fattispecie che fino alla legge 6 del 2004 non venivano ricomprese nell'ambito applicativo delle norme in materia di interdizione e inabilitazione e, dall'altro fattispecie che invece rispecchiavano il campo di elezione di questi istituti, ovverosia ipotesi di totale incapacità del beneficiario.

Per quanto riguarda il primo fronte, l'amministratore è infatti chiamato ad affiancare un soggetto "disabile" affetto da menomazioni o infermità psichica²⁴⁷ ma anche un soggetto perfettamente *compus sui*, la cui vita sia resa ardua da limiti che lo rendano inabile allo svolgimento delle attività elementari quotidiane (si pensi al caso del soggetto cieco o del

²⁴⁶ L'articolo 415 sull'inabilitazione prevede invece l'applicazione di tale misura per coloro il cui «stato non è talmente grave da far luogo all'interdizione (...). Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'articolo 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi».

²⁴⁷ Per quanto riguarda l'infermità psichica, nel novero dei potenziali beneficiari si ricomprendono ormai pacificamente non solo coloro che presentano una malattia mentale ma anche soggetti affetti dalle più svariate forme di disabilità intellettiva, tra cui autismo, sindrome di Down, insufficienza mentale, etc.

soggetto sordo muto ma anche a tutti gli altri casi di soggetti affetti da handicap motori o, ancora, a persone anziane non più perfettamente autosufficienti a seguito di malattie “invalidanti”²⁴⁸, e ancora alcoolisti, tossicodipendenti e detenuti²⁴⁹), senza bisogno di ricorrere ad una definitiva – almeno fino a sentenza di revoca – dichiarazione di interdizione o di inabilitazione²⁵⁰.

Coloro che sono infatti affetti da mera menomazione fisica costituiscono sempre di più una categoria in espansione anche grazie ai progressi registrati in ambito scientifico che permettono un miglioramento delle prospettive di vita rispetto a quello che si registrava anno orsono; tra questi soggetti rientrerebbe quindi potenzialmente anche una gran parte della popolazione anziana che incontra disagi e difficoltà nell’espletamento di attività tipiche della vita quotidiana²⁵¹. A questi soggetti pertanto, con l’avvento dell’amministrazione di sostegno, si riconosce la possibilità di fruire di uno strumento di tutela idoneo ad accompagnare il singolo nello svolgimento di atti giuridici la cui realizzazione potrebbe essere compromessa dall’evento fisicamente invalidante.

²⁴⁸ Sul rapporto tra amministrazione di sostegno e anzianità si veda BUFFONE G., *La protezione giuridica dell’adulto incapace: l’anziano e l’amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di merito*, 12, 2011, p. 2907.

²⁴⁹ Una fetta sempre maggiore di destinatari dell’amministrazione di sostegno riguarda infatti anche soggetti affetti da diverse forme di dipendenza: alcoolisti, tossicodipendenti, etc. si veda in particolare, su tutti, il recentissimo decreto del Tribunale di Varese del 3 ottobre 2012, con il quale il giudice Dott. Buffone, nominava un amministratore di sostegno a beneficio di una donna affetta da sindrome da acquisto compulsivo c.d. onimania, che l’aveva portata ad «un effettivo stato di dissesto finanziario». Già in altri casi precedenti era stato ritenuto maggiormente conforme alle esigenze del beneficiario, affetto da una forma di prodigalità, la nomina di un amministratore di sostegno, in luogo dell’inabilitazione: «allorché si accerti che le patologie di cui l’inabilitando è affetto non ne inficiano le capacità cognitive, ma incidono negativamente sulla gestione della vita quotidiana da parte dell’inabilitando medesimo» (Tribunale di Napoli, ord. 3 luglio 2006, in *Corriere del Merito*, 8-9, 2006, p. 985).

²⁵⁰ Si veda recentemente la sentenza della Cassazione civile sez. I, 2 agosto 2012, n. 13917, in *www.personaedanno.it*, in cui la Corte afferma che l’apertura di un’amministrazione di sostegno «non presuppone necessariamente l’accertamento di una condizione di infermità di mente, ma contempla anche l’ipotesi che sia riscontrata una menomazione fisica o psichica della persona sottoposta ad esame, che determini pur se in ipotesi temporaneamente o parzialmente, una incapacità nella cura dei propri interessi». In nota alla sentenza si veda VIGNUDELLI L., *Amministrazione di sostegno e incapacità fra autonomia e nesso imprescindibile*, in *Famiglia e Diritto*, p. 993 ss.

²⁵¹ DELLE MONACHE S., *Prime note sull’amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2004, p. 39; MALAVASI B., *L’amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, III, 2004, p. 320.

Le più acute divergenze in dottrina come, *a fortiori*, in giurisprudenza, si registrano però rispetto alla tracciabilità del contenuto della locuzione «infermità di mente e di menomazione psichica»²⁵² quale presupposto per l'attivazione della misura protezionistica, trattandosi di nozione idonea a ricomprendere nel suo alveo una quantità indefinibile di situazioni invalidanti che potrebbero ricevere una più completa tutela, in alcuni casi tramite l'amministrazione di sostegno e, in altri, tramite interdizione o inabilitazione. L'estensione dell'ambito di applicazione dell'amministratore di sostegno a soggetti affetti da infermità fisica totale e permanente, quindi a soggetti completamente incapaci²⁵³, è infatti stato, e sembra esserlo ancora, uno degli aspetti di maggiore criticità della novellata disciplina che attanaglia la giurisprudenza tutelare, con tutto il conseguente corredo di rischi che talvolta può accompagnare il compito valutativo del giudice²⁵⁴.

Si tenga infatti presente che il giudice tutelare adito è sempre tenuto a ponderare, nello statuire dell'applicazione della misura protezionistica, l'utilità obiettiva della misura stessa: «Il giudice tutelare, accertato lo stato

²⁵² Per PAZÈ P., *L'amministrazione di sostegno*, in *www.minoriefamiglia.it*: «L'infermità consiste in una compromissione del normale stato funzionale dell'organismo avente la più varia natura (vi rientrano i disturbi della personalità e i disturbi psicotici) e dovuta ai più diversi fattori causali (origine genetica, congenita, da agenti esterni, da malnutrizione o mancanza di cure, psicogena o legata alla senescenza, ecc.) mentre la menomazione comprende mutilazioni, lesioni, condizioni di handicap fisico o psichico».

²⁵³ Cfr. in dottrina Panico, per il quale senza dubbio l'amministrazione di sostegno deve essere considerata «aperta anche per soggetti completamente incapaci di provvedere ai propri interessi, ogni qual volta le circostanze del caso conducano a ritenerla misura adeguata e sufficiente di protezione»; «se l'interdizione presuppone l'accertamento della totale incapacità di agire 414, anche l'amministrazione, ai sensi dell'ampia nozione di cui all'art. 404 c.c., può applicarsi a soggetti permanentemente e totalmente inautonomi nella cura dei propri interessi» (PANICO G., *voce Amministrazione di sostegno*, in PATTI S. (diretta da), *Enciclopedia Giuridica*, Milano, 2008). Analogamente BIANCA C.M., *Premessa*, op. cit.: «Va ribadito con fermezza che la figura dell'amministratore di sostegno si presta a soccorrere in via permanente anche la persona che sia "in tutto" priva di autonomia decisionale per effetto di una infermità o menomazione psichica. Dunque, la presenza dei presupposti dell'interdizione o dell'inabilitazione non deve assolutamente precludere la nomina dell'amministratore di sostegno. La nomina dell'amministratore di sostegno deve anzi essere preferita in ragione della flessibilità dell'aiuto dato al sofferente psichico, e della possibilità di graduare la misura della sua incapacità tenendo conto, tra l'altro dell'esigenza di assicurare comunque alla persona un minimo di autonomia affettiva ed esistenziale».

²⁵⁴ AMATO E., *Interdizione, inabilitazione amministrazione di sostegno. Incertezze legislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1993, p. 101 ss.

d'infermità o di menomazione, deve valutare se, ed in quale modo, esso si rifletta sull'attitudine dell'interessato ad avere cura dei propri interessi, non potendosi far luogo alla nomina d'un amministratore di sostegno, che nella sola ipotesi in cui detta attitudine, a ragione dell'infermità o menomazione, risulti, in tutto o in parte, compromessa»²⁵⁵.

Sulla base di questa idoneità della misura dell'amministrazione di sostegno e sulla base di alcuni dati normativi, una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza, all'interrogativo sull'opportunità della nomina di un amministratore di sostegno anche nei casi di incapacità totale, benché temporanea, ha fornito risposta negativa. Le disposizioni a tal fine utilizzate sono gli articoli 407 e 410 che presuppongono una relazione tra giudice, amministratore e beneficiario; innanzitutto, il giudice ha il dovere, nel corso del procedimento di nomina, di «sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce». Mentre l'amministratore, nello svolgimento dei suoi compiti, è tenuto a dare tempestivamente informazioni al beneficiario «circa gli atti da compiere nonché (a)l giudice tutelare nel caso di dissenso con il beneficiario stesso». Infine, l'art. 409 c.c. riserva al beneficiario la facoltà di «compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana», facoltà che risulterebbe priva di qualsiasi fondamento nel caso di beneficiario totalmente inabile.

Ma se costui versa in condizioni che rendono impossibile l'adempimento di tali incumbenti e di tali obblighi, con quale grado di autonomia e discrezionalità deciderà il giudice in merito ai compiti da affidare all'amministratore di sostegno, una discrezionalità responsabile di fronte al diritto di autodeterminazione del singolo?

Utili rispetto a tali criticità potrebbero tornare alcune pronunce della giurisprudenza tutelare e una pronuncia della Corte di Cassazione in cui si fa riferimento ai criteri che il giudice deve tenere in considerazione per

²⁵⁵ BONILINI G., *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in BONILINI G., TOMMASEO F. (a cura di), *Dell'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 61.

definire l'applicabilità dell'amministrazione di sostegno o di una delle altre due misure.

Innanzitutto si menzioni il Decreto del Tribunale di Trani, 28 ottobre 2009, n. 953:

«La differenza tra l'interdizione e l'amministrazione di sostegno consiste nel fatto che questo istituto ha la finalità di mantenere al soggetto, pur totalmente privo della capacità di intendere e di volere e quindi di autonomia, un minimo spazio di "capacità di agire", mentre l'interdizione, in presenza del presupposto di incapacità totale per infermità di mente, deve adottarsi nei casi in cui per le condizioni psichiche, fisiche e di vita di relazione del soggetto totalmente incapace non si ravvisino nemmeno "spazi minimi" di autodeterminazione e si imponga una permanente e completa sostituzione dell'amministratore anche nell'assolvimento dei più banali atti di vita quotidiana, non essendo realizzabile in tali condizioni una possibilità di qualsiasi diversificata autonomia del soggetto e un qualsiasi suo coinvolgimento nel progetto di sostegno teso a garantirgli condizioni esistenziali meno gravose».

Ancora, Tribunale di Varese, decreto del 17 novembre 2009:

«L'amministrazione di sostegno può, in concreto, essere esclusa:

a) in ragione della complessità dell'incarico: ove, cioè, si tratti di gestire un'attività di una certa complessità, da svolgere in una molteplicità di direzioni;

b) in ragione della potenzialità (auto o etero) lesiva dell'incapace: nei casi, quindi, in cui appaia necessario impedire al soggetto da tutelare di compiere atti

pregiudizievoli per sé, eventualmente anche in considerazione della permanenza di un minimum di vita di relazione che porti detto soggetto ad avere contatti con l'esterno;

c) per la inadeguatezza in concreto dell'amministrazione di sostegno: quale clausola generale residuale aperta, in ogni altra ipotesi in cui il giudice di merito ritenga lo strumento di tutela apprestato dalla interdizione l'unico idoneo ad assicurare quella adeguata protezione degli interessi della persona che la legge richiede».

Per quanto riguarda la Suprema Corte si veda invece la sentenza n. 22332 del 26 ottobre 2011, sez. I:

«In materia di distinzione tra amministrazione di sostegno e interdizione, il criterio fondamentale che deve guidare la scelta del giudice va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Nell'applicazione di tale criterio deve tenersi conto in via prioritaria del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario, nel senso che “ad un'attività minima, estremamente semplice, e tale da non rischiare di pregiudicare gli interessi del soggetto – vuoi per la scarsa consistenza del patrimonio disponibile, vuoi per la semplicità delle operazioni da svolgere (attinenti, ad esempio, alla gestione ordinaria del reddito da pensione), e

per l'attitudine del soggetto protetto a non porre in discussione i risultati dell'attività di sostegno nei suoi confronti (...) corrisponderà l'amministrazione di sostegno mentre si potrà ricorrere all'interdizione quando si tratta "di gestire un'attività di una certa complessità, da svolgere in una molteplicità di direzioni, ovvero nei casi in cui appaia necessario impedire al soggetto da tutelare di compiere atti pregiudizievoli per sé, eventualmente anche in considerazione della permanenza di un minimum di vita di relazione che porti detto soggetto ad avere contatti con l'esterno". Come ulteriore criterio che può aggiungersi ma non sostituire il criterio principale il giudice può considerare "anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie"».

Concludendo, nonostante tutte le critiche e nonostante tutti i tentativi di sistematizzazione armonica delle tre figure protezionistiche, resta il dato inconfutabile che la giurisprudenza ha man mano fornito una lettura sempre più vasta dei presupposti applicativi, includendo di conseguenza nell'amministrazione di sostegno una platea amplissima di possibili beneficiari che va da soggetti con gravissime forme di incapacità psichica a soggetti con patologie di stampo meramente fisico, facendo quindi dell'amministrazione di sostegno, per dirla con Pescara, un "istituto di massa"²⁵⁶.

²⁵⁶ PESCARA R., *Amministrazione di sostegno e minore di età*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2004, II, p. 137 ss. Basta osservare la rassegna di alcuni casi coperti da amministrazione di sostegno per rendersi conto della corrispondenza di tale appellativo, cfr. TAGLIAFERRI C., *C'era una volta... una terra di nessuno*, op. cit. «Persona analfabeta (Trib. Pinerolo 9 novembre 2004); amnesia e momenti di confusione (Trib. Genova 3 marzo 2005); persona centoduenne, in isolamento assoluto, senza contatti con terzi (Trib. Roma 7 giugno 2005); coma vegetativo da encefalopatia post anossica (Trib. Reggio Emilia 4 novembre 2005); overdose di stupefacenti (Trib. Perugia sez. Foligno 10 novembre 2005); grave stato di ansia (Trib. Savona 2 maggio 2006); soggetto da tempo dedito all'uso di stupefacenti, ricoverato d'urgenza in reparto psichiatrico (App. Torino 19 maggio 2006); personalità emotivamente instabile (Trib. Reggio Emilia 24 maggio 2006);

disturbo dell'umore, con difficoltà emotive e relazionali (Trib. Genova 10 maggio 2006); ipertensione arteriosa, sindrome ansioso-depressiva con discontinuità del tono dell'umore (Trib. Genova 23 ottobre 2006); soggetto affetto da morbo di Parkinson e propenso a dilapidare il modesto patrimonio di famiglia (Trib. Trieste 19 gennaio 2007); persona invalida civile, non vedente (Trib. Trieste 31 gennaio 2007); disabile fisica con tendenza all'isolamento (Trib. Trieste 12 febbraio 2007); persona disorientata nel tempo o parzialmente nello spazio, affetta da estesa patologia tumorale richiedente urgenti interventi terapeutici e inconsapevole del proprio stato di malattia (Trib. Milano 5 aprile 2007); soggetto affetto da una forma di gioco d'azzardo patologico (Trib. Piacenza 29 maggio 2007); persona da lungo tempo in stato vegetativo, assistita e curata dalla sorella (Trib. Genova 30 giugno 2007); grave forma di Alzheimer (Trib. Bari 5 luglio 2007 e 5 settembre 2008; App. Bari 14 novembre 2008); sindrome laterale amiotrofica (Trib. Sassari 14 luglio 2007); grave deterioramento cognitivo da demenza degenerativa di tipo misto a rapido peggioramento (Trib. Trani Sez. di Ruvo di Puglia 17 luglio 2007); dipendenza da stupefacenti e disturbo 'borderline' di personalità (Trib. Milano 13 dicembre 2007); grave ritardo mentale e sindrome di Down (Trib. Catania 29 gennaio 2008); personalità affetta da prodigalità in persona psichicamente menomata, perché di notevole suggestionabilità, incapacità di resistenza a taluni stimoli esterni, fragile e dipendente dall'altrui (e più forte) volontà (Trib. Modena 20 febbraio 2008); soggetto affetto da prodigalità e dedizione al gioco (Trib. Modena 20 marzo 2008); alcolismo cronico (Trib. Trieste 10 maggio 2008); sclerosi laterale amiotrofica con grave insufficienza respiratoria in ventilazione meccanica non invasiva (Trib. Modena 13 maggio 2008); persona che, precocemente istituzionalizzata, non ha mai avuto una vita di relazione autonoma, dipendendo sempre dal circuito assistenziale in quanto affetta da schizofrenia e paranoie con tratti autistici, necessitando di intervento ad alta intensità sulle 24 ore in contesti protetti (Trib. Trieste 23 maggio 2008); encefalopatia vascolare e osteoporosi, condizione di dipendenza dagli altri che può esporre la persona a rischi manipolativi (Trib. Trieste 31 maggio 2008); assenza di una specifica diagnosi che espliciti il tipo di patologia da cui è affetto un soggetto, la cui menomazione fisica e psichica è tuttavia resa evidente dalla complessiva situazione personale e gestionale del beneficiario, consolidatasi nel tempo e non modificabile (Trib. Piacenza 5 giugno 2008); persona in coma vigile da anossia cerebrale (Trib. Trieste 2 luglio 2008); persona con modesta minorazione psichica e con crisi epilettiche generalizzate dal 2005 (Trib. Modena 22 luglio 2008); persona affetta da idrocefalo congenito, ritardo mentale, ma con quasi completa autonomia gestionale (Trib. Modena 22 luglio 2008); persona affetta da grave disagio psichico, con disturbo di personalità, con tendenza compulsiva a spendere il denaro, dedita al gioco d'azzardo ed all'abuso di alcool (Trib. Roma 30 luglio 2008); per il compimento di un solo atto e per una durata predeterminata anche breve, quale impedire che al beneficiario, che sta per operarsi, vengano praticate trasfusioni ematiche da lui in ogni caso rifiutate, anche se dovessero apparire necessarie per mantenerlo in vita (Trib. Modena, 16.9.2008; Trib. Bologna, 4.6.2008); in assenza dell'audizione del beneficiario, incapace di rapportarsi con terzi dal punto di vista comunicativo (Trib. Piacenza 16 settembre 2008); psicosi cronica con episodi di schizofrenia (Trib. Genova 29 settembre 2008); persona affetta da patologia neurologica grave [sindrome psico-organica in cerebropatia cerebro-vascolare ischemica cronica] (Trib. Roma 30 settembre 2008); sindrome autistica (Trib. Roma 15 ottobre 2008; Trib. Milano 3 dicembre 2008); disturbo bipolare, epilessia e deficit cognitivi (Trib. Trieste 20 novembre 2008); disturbo disintegrativo dello sviluppo, evolutosi in una grave forma di psicosi (Trib. Roma 21 novembre 2008); persona in coma farmacologico (Trib. Modena 1 dicembre 2008); giovane schizofrenico (Trib. Roma 17 dicembre 2008); persona affetta da encefalopatia multilacunare, parkinsonismo e sindrome depressiva (Trib. Modena 19 dicembre 2008); forma ingravescente di sclerosi multipla e disturbi comportamentali degeneranti in incontrollate manifestazioni maniacali (Trib. Modena 26 gennaio 2009); persona perfettamente cosciente e presente a se stessa, che si alimenta solo con modeste quantità di liquidi e rifiuta il ricovero ospedaliero nonché ogni terapia, in vista, tra le altre, di operazioni di negazione di consenso a qualsivoglia terapia di sopravvivenza artificiale e di

richiesta ai sanitari di apprestare cure palliative (Trib. Modena 27 febbraio 2009); persona in possesso di capacità piena di intendere e volere, in vista di atti di negazione del consenso rispetto alle terapie di 'rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata o artificiale' e di richiesta ai medici di apprestare le cure palliative più efficaci, da compiere qualora un possibile evento futuro la privi della capacità di esprimere la propria volontà (Trib. Prato 8 aprile 2009; Trib. Modena 13 maggio 2008, 5 novembre 2008; 14 maggio 2009); persona affetta da documentate turbe del comportamento enfatizzate da abusi alcolici (Trib. Modena 22 aprile 2009); condizione di incapacità non attuale, ma che ha interessato la persona con una significativa frequenza in passato, tanto da far ritenere probabile, e non solo astrattamente possibile, la condizione di rinnovata incapacità di poter esprimere il proprio consenso/dissenso alle cure e a qualsivoglia trattamento terapeutico (Trib. Trieste 3 luglio 2009); extracomunitaria quarantenne sofferente di grave forma di schizofrenia paranoide ed avente necessità di impugnare due decreti di espulsione prefettizi (Trib. Modena 20 luglio 2009); trentatreenne affetto da disturbo della personalità con aspetti di natura psicotica, pur sufficientemente orientato nel tempo e nello spazio (Trib. Modena 22 luglio 2009); ottantaseienne con deficit cognitivo rilevante per vasculopatia cronica, con note di atrofia e sindrome parkinsoniana (Trib. Modena 29 luglio 2009)".

Lo stesso autore propone anche un'ulteriore rassegna, riguardante alcuni casi in cui non è stata invece accolta la domanda di amministrazione di sostegno, anche a dimostrazione dell'amplissimo margine di discrezionalità lasciato al giudice nella decisione in merito alla possibile assegnazione dell'amministratore: assenza, accertata da perizia, di alcuna compromissione della capacità di intendere e di volere (Trib. Modena 21 dicembre 2005); modesto declino cognitivo (Trib. Modena 4 maggio 2006); coniugi ben lucidi, orientati, consapevoli, perfettamente in grado di esprimere la loro volontà (Trib. Cesena 29 maggio 2006); decisione circa l'interruzione della gravidanza, su cui si era già espressa liberamente e lucidamente l'interessata prima del sopravvenire improvviso dell'infermità (Trib. Como 12 novembre 2007); prestazione del consenso all'amputazione di una gamba con presente un quadro di cancrena secca, atteso l'esplicito rifiuto dell'interessato a tale intervento chirurgico (Trib. Modena 27 dicembre 2007); caso di opposizione dell'interessato, affetto da disabilità di natura fisica (tetraplegia), ma che ha evidenziato piena lucidità psichica e risulti assistito da un supporto spontaneo ed efficace da parte dei familiari (App. Bologna 7 aprile 2008); persona che, pur mostrando segni evidenti di ritardo mentale, vive in famiglia sostenuto dall'aiuto di parenti in piena efficienza (Trib. Modena 21 aprile 2008); assenza di gravi alterazioni delle funzioni cognitive e capacità di organizzare la propria quotidianità conferendo in piena autonomia a persone di fiducia la gestione dei propri interessi (Trib. Roma 26 maggio 2008); insufficienza mentale media e sindrome depressiva ansioso reattiva, coesistente con una dimostrata capacità di capire il significato delle proprie piccole e grandi scelte e di orientarle in maniera coerente con i propri interessi e con il proprio benessere materiale e morale, oltre che con un'attuale collocazione in un contesto familiare protettivo e tranquillizzante (Trib. Lodi 30 luglio 2008); prestazione del consenso informato ad un intervento chirurgico lieve (PEG) ma indispensabile per la sopravvivenza, stante la prevalenza dell'urgente stato di necessità sul consenso stesso [Trib. Trieste 17 dicembre 2008; id. per prestazione del consenso informato ad emotrasfusioni, atteso lo stato di necessità configurato dal potenziale pregiudizio grave alla salute (Trib. Modena 29 giugno 2009)]; prestazione del consenso informato alla terapia emotrasfusionale nonché del consenso/accettazione di alternative terapeutiche alle emotrasfusioni, stante l'attuale piena capacità di intendere e di volere e di manifestare il proprio consenso/dissenso informato ai medici (Trib. Genova 6 marzo 2009); persona perfettamente e pienamente capace di intendere e di volere e non attualmente affetta da alcuna incapacità fisica o psichica, in previsione di una eventuale e futura incapacità (Trib. Firenze 8 aprile 2009); coniugi affetti l'uno da disturbo bipolare con comportamenti maniacali, l'altro da disturbi della personalità, ma senza concrete esigenze di sostegno sul piano economico-patrimoniale (vivendo della sola pensione del

4.2. *La maggiore età come presupposto applicativo?*

Il presupposto della maggiore età come elemento determinate rispetto all'ambito applicativo della misura dell'amministrazione di sostegno non viene espressamente richiamato nell'art. 404 c.c. e nemmeno nelle altri disposizioni che vanno a comporre la disciplina dell'istituto *de quo*.

Tale requisito può essere infatti implicitamente derivato dall'art. 405 co. 2 c.c. ove si afferma che:

«Il decreto che riguarda un minore non emancipato può essere emesso solo nell'ultimo anno della sua minore età e diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta».

La presunzione di incapacità dei minori è infatti nel nostro ordinamento già tutelata grazie ad altri istituti quali la potestà genitoriale e, nei casi di assenza di soggetto titolare della stessa, tramite la tutela²⁵⁷, o ancora, nel caso di minore emancipato attraverso l'interdizione²⁵⁸.

Pertanto, proprio a partire da tale dato, oltre che dal tenore letterale delle disposizioni civilistiche di cui al Capo I (del Libro I, Titolo XII), il minore non potrà ricadere nell'ambito di applicazione soggettivo dell'amministrazione di sostegno²⁵⁹.

marito) e sul piano della cura della salute (in quanto seguiti dai servizi sociali e da quello della salute mentale (Trib. Modena 20 luglio 2009)).

²⁵⁷ Si veda art. 343 c.c.: «Se entrambi i genitori sono morti o per altre cause non possono esercitare la potestà dei genitori, si apre la tutela presso [il tribunale del circondario] dove è la sede principale degli affari e interessi del minore . Se il tutore è domiciliato o trasferisce il domicilio in altro [circondario], la tutela può essere ivi trasferita con decreto del tribunale».

²⁵⁸ si veda art. 414 c.c.: «Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione».

²⁵⁹ CAMPESE G., *L'istituzione dell'amministratore di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2004, p. 127.

Parte della dottrina sostiene invece la necessità e ancor prima la legittimità, sulla base della normativa vigente, della possibilità di riconoscere beneficiario della misura anche un soggetto minorene. Si afferma infatti che al minore non è più ormai automaticamente legata una presunzione di assoluta incapacità, essendogli riconosciuta, qualora questi abbia una idonea capacità di discernimento, la facoltà di compiere alcuni atti giuridici²⁶⁰. È proprio rispetto a questi spazi di autonomia che il minore potrebbe necessitare di una forma di sostegno che troverebbe terreno d'elezione proprio nell'amministrazione di sostegno.

L'art. 405 c.c. parla infatti unicamente di minori non emancipati, lasciando spazi di manovra all'interprete che potrebbe giungere a considerare svincolato dalle limitazioni di cui alla disposizione summenzionata il minore emancipato, non ritenendo quindi ostativa alla nomina di un amministratore di sostegno la minore età del beneficiario.

«Allorché il minore necessita di una protezione maggiore di quella che è propria dell'emancipazione e comunque non così intensa da giustificare un provvedimento di interdizione»²⁶¹ e qualora pertanto si riscontri una incapacità del minore emancipato di provvedere ai propri interessi, vi sia quindi rispondenza con il criterio generale di cui all'art. 404 c.c., parte della dottrina ritiene legittima la nomina in suo favore di amministratore di sostegno²⁶².

²⁶⁰ Tra gli atti che il minore può compiere vi è la richiesta al giudice tutelare per l'autorizzazione all'interruzione della gravidanza, quando non sia possibile chiedere o ottenere l'assenso di chi esercita la potestà o la tutela (art. 12 della legge n. 194 del 1978). A sedici anni sono altresì riconosciute le seguenti legittimazioni: il minore deve essere ascoltato se il genitore intende legittimare un figlio naturale (art. 284 c.c.); può egli stesso procedere al riconoscimento di un figlio naturale (art. 250 c.c.); è richiesto il suo assenso affinché sia riconosciuto come figlio naturale (art. 250 c.c.); può chiedere al giudice la nomina di un curatore speciale per intraprendere l'azione di disconoscimento della paternità (art. 244 c.c.) o per l'impugnazione del riconoscimento (art. 264 c.c.); può essere ascoltato in caso di disaccordo dei genitori sull'indirizzo della vita familiare (art. 145 c.c.); può essere autorizzato a contrarre matrimonio (art. 84 c.c.); deve essere ascoltato ove si proceda alla dichiarazione di adottabilità dello stesso (art. 21 della legge 28 marzo 2001, n. 149.)

²⁶¹ TAGLIAFERRI C., *L'amministrazione di sostegno*, La Tribuna, Piacenza, 2011.

²⁶² Cfr. in senso conforme CAMPESE G., *L'istituzione dell'amministratore di sostegno*, op. cit., p. 127.

5. Il procedimento di nomina.

Il procedimento per addivenire alla nomina di un amministratore di sostegno si caratterizza, in termini succinti e riassuntivi, per la peculiare speditezza, celerità²⁶³ e “deformalizzazione” dovuta all’insussistenza di articolati grovigli processuali, in quanto «posto al servizio di esigenze pubblicistiche ravvisabili nell’esclusiva soddisfazione della necessità di protezione del disabile»²⁶⁴.

La disciplina non appare però agilmente rintracciabile essendo contenuta una minima parte nelle norme civilistiche, lasciando poi altra parte della disciplina ad alcune disposizioni che regolano il procedimento di interdizione e inabilitazione, oltre che ad altre disposizioni contenute nel codice di rito. Tanto si è cercato di rendere meno impervio il procedimento, quanto però ne è derivato un groviglio di fonti districandosi nel quale l’interprete è chiamato a cercare di ricostruire il procedimento.

Inizialmente, nella primissima bozza, scarsissima attenzione era stata dedicata agli aspetti processualistici, attenzione che si era invece andata maggiormente concentrando su aspetti sostanziali quali lo scopo e gli obiettivi dell’amministrazione oltre che l’inquadramento dei poteri e doveri dell’amministratore nominato.

Grazie poi alla lunga discussione parlamentare alcuni aspetti hanno ricevuto una più ampia considerazione, senza però che si possa arrivare

²⁶³ Una volta presentato il ricorso, il codice civile prescrive un termine entro cui il giudice, dalla data di presentazione della domanda, deve emettere il decreto di nomina, termine fissato in 60 giorni; ricordiamo però che, come per la maggior parte dei termini posti dal codice di rito per l’ottemperanza di attività compiute dall’autorità giudiziaria, esso è un termine di natura ordinatoria e non perentoria, e quindi prorogabile. Le tempistiche infatti con cui i giudici tutelari emettono i decreti di nomina variano da tribunale a tribunale, in città dove questi vengono emessi nel rispetto dei termini di rito e, in altre, dove i tempi di attesa si dilazionano anche più del doppio.

²⁶⁴ Si veda MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, in *www.personaedanno.it*. In merito all’effettiva rispondenza di tale procedimento rispetto alle esigenze di tutela del beneficiario, alla luce di alcuni diritti fondamentali di cui alla Carta costituzionale, quale il diritto all’autodeterminazione, si avrà modo di analizzare nel prosieguo, in particolare rispetto ai rapporti tra amministrazione di sostegno ed *end-life decisions*.

ad affermare una piena chiarezza, esaustività e coerenza della disciplina processualistica²⁶⁵.

Nonostante questi interventi permane infatti, in colui che si impatta con la disciplina, un'impressione di disarticolazione sistematica e una scarsa sensibilità da parte del legislatore rispetto alla sua collocazione²⁶⁶.

Le principali norme di riferimento sono l'articolo 411 c.c. e l'articolo 720 bis c.p.c. L'art. 411, rubricato «Norme applicabili all'amministrazione di sostegno» recita infatti che:

«Si applicano all'amministratore di sostegno, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 349 a 353 e da 374 a 388. I provvedimenti di cui agli articoli 375 e 376 sono emessi dal giudice tutelare.

All'amministratore di sostegno si applicano altresì, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 596, 599 e 779».

Nell'art. 720 bis c.p.c. co. 1, rubricata specularmente come l'art. precedente, viene ritenuta norma generale di rinvio per il profilo processualistico, a motivo del suo contenuto²⁶⁷:

²⁶⁵ Lo stesso Prof. Cendon, nella bozza di proposta di abolizione di tutela e curatela, al fine di mantenere un'unica forma protezionistica, l'amministrazione di sostegno, riconosce la necessità di un ripensamento di alcuni elementi che vanno a costituire l'iter procedimentale di nomina e di conferimento dei poteri, oltre che quello inerente ai successivi controlli e alle eventuali revoche della misura attuata. Cfr. CENDON P., ROSSI R., *Amministratore di sostegno. Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inabilitazione*, op. cit.

²⁶⁶ Molti autori in dottrina hanno mosso più o meno direttamente tali critiche; *ex multis* si vedano DANOVÌ F., *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, p. 779: «Il legislatore non si è distinto per *esprit de clarté*, avendo operato una scissione della disciplina processuale che rischia di essere foriera di incomprensioni e dubbi, posto che diverse tra le disposizioni degli art. 712 ss. c.p.c. richiamate dal nuovo art. 720 bis c.p.c. sono in realtà assorbite o sostituite dalla nuova legge, che stabilisce in *eadem re* una apposita disciplina»; CHIZZINI A., *I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno*, in BONILINI G., CHIZZINI A. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, CEDAM, Padova, 2007, in particolare alla p. 372 ss. dove l'autore parla di «disposizioni un poco scomposte». Altresì si cfr. TOMMASEO F., *Il Procedimento*, in BONILINI G., TOMMASEO F., *Dell'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 183 ss. «L'accesso dell'inabile all'amministrazione di sostegno è regolato da una disciplina di non felice fattura».

«Ai procedimenti in materia di amministrazione di sostegno si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 712, 713, 716, 719 e 720».

Quest'ultima regola generale deve la sua introduzione al Sen. Zancan, che se ne fece promotore in Commissione Giustizia del Senato, nella seduta del dicembre 2001, nel corso dei lavori preparatori.

Sia da quest'ultima norma che dal summenzionato art. 411 c.c. emerge un atteggiamento prudentiale del legislatore nell'accostamento delle discipline processualistiche dei tre istituti, e questo lo si evince a partire dal puro dato letterale, ove si ravvisa, in chiusura delle disposizioni, la presenza di una clausola di compatibilità.

Anche questo profilo ha contribuito a destare opinioni contrapposte in dottrina, sempre nella scia del dibattito sugli elementi di differenza e di affinità tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione. Se infatti parte della dottrina ha rinvenuto la *ratio* di tale richiamo nella «affinità funzionale e strutturale tra i diversi istituti di protezione delle persone prive di autonomia», dove però rispetto a questi spazi di affinità si rinvergono anche gli elementi di differenziazione e quindi i limiti oggettivi dell'applicabilità della normativa, altra parte della dottrina sostiene l'impossibilità di una «assimilazione tra procedimento di nomina dell'amministrazione e quello di interdizione inabilitazione. In realtà, appare maggiormente adeguata alla finalità della riforma un'interpretazione che tenda ad accentuare i profili di autonomia e specificità del nuovo procedimento per l'amministrazione di sostegno,

²⁶⁷ Come si avrà modo di affrontare maggiormente nel prosieguo della trattazione, l'art. 720 *bis* c.p.c., oltre a contenere una clausola di rinvio, disciplina anche le eventuali possibili forme di gravame avverso il decreto del giudice tutelare e i decreti pronunciati dalla Corte di Appello in sede di reclamo.

evitando al massimo di ricalcare gli stereotipi, un poco obsoleti, del processo di interdizione»²⁶⁸.

Proprio per questo, poche sarebbero le norme richiamate a superare il vaglio di compatibilità con le caratteristiche proprie dell'amministrazione di sostegno e quindi utilizzabili nella pratica della definizione degli aspetti procedurali.

Come però si osserva da parte di alcuni autori, su tutti, Tommaseo, «l'estensione della disciplina processuale dell'interdizione, voluta dall'art. 720 *bis* c.p.c., non riguarda affatto (...) tutti indistintamente i procedimenti in materia di amministrazione di sostegno, bensì soltanto quelli che hanno natura cognitiva e, in specie, di accertamento costitutivo».

Il procedimento di sostegno si apre infatti proprio con una fase di ricognizione da parte del giudice tutelare della corrispondenza della situazione concreta sottoposta alla sua attenzione rispetto ai presupposti di ordine sostanziale relativi alla costituzione della misura protettiva, così come è tenuto a verificare il giudice in apertura del procedimento di interdizione o inabilitazione²⁶⁹. Diversa natura avrebbero invece i

²⁶⁸ Così MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, in *La valutazione delle capacità di agire*, BIANCHI A., MACRÌ P.G. (a cura di), CEDAM, Padova, 2011; altresì CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno. Questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, Halley ed., 2006. Cfr. in senso contrario, TOMMASEO F., *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, in *Studium Iuris*, 2004, p. 1061; ID., *Sui profili processuali dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988; ID., *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in PATTI S. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005. In giurisprudenza, cfr. Cass. Civ., sent. 29 novembre 2009, n. 25366, in *Giurisprudenza Civile*, 2006, p. 2685: «La l. n. 6 del 2004 ha introdotto un istituto la cui disciplina presenta caratteristiche che lo distinguono, e lo contrappongono, nella sua stessa essenza ontologica, alle altre figure di "protezione degli impediti ad agire" ed ai corrispondenti modelli procedurali già presenti nel nostro ordinamento positivo e rimasti peraltro in vigore».

²⁶⁹ Tommaseo parla in proposito di processo a contenuto oggettivo, ovvero sia «un processo di cognizione in cui l'oggetto dell'accertamento giudiziale non è il diritto soggettivo della parte, bensì il dovere del giudice di provvedere ogni volta che si trova in presenza di situazioni specialmente contemplate dalla legge» (cit. TOMMASEO F., *Introduzione al commento agli art. 404-413 c.c.*, in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di) *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2004 p. 119; inoltre cfr. ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, 1957, oltre che nuovamente TOMMASEO F., *I processi a contenuto oggettivo*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1988, p. 495. Passando ai riferimenti normativi, si ricordi infatti quanto

procedimenti deputati alla verifica e al controllo della regolarità gestione rispetto ai poteri conferiti nel decreto di nomina oltre che gli eventuali procedimenti per adeguamenti della articolazione della singola amministrazione di sostegno nei confronti delle esigenze specifiche e mutevoli del beneficiario.

Tutto ciò posto, elemento che rimane sicuramente applicabile della disciplina prevista per interdizione e inabilitazione, in quanto non espressamente prevista dalle norme speciali sull'amministrazione di sostegno, riguarda le modalità con cui viene instaurato il contraddittorio, ovvero la presentazione del ricorso a cui segue la sua notifica e la fissazione con decreto del giudice di una udienza.

Date queste dissenzienti opinioni dottrinali, quali sono i tratti salienti della procedura di nomina di amministratore di sostegno? Sinteticamente, così da poterli poi nel prosieguo analizzare più analiticamente, il riferimento va sicuramente alla forma della domanda e ai soggetti che possono proporre l'apertura del procedimento, la veste formale del provvedimento conclusivo e la sua modificabilità e revocabilità, l'audizione del beneficiario, i possibili mezzi istruttori, il regime dei gravami, oltre che, particolarmente complesse e dibattute, la necessità o meno della difesa tecnica e il ruolo del Pubblico Ministero.

La presenza di questi elementi ha posto alcuni interrogativi sulla natura di tale procedimento e quindi sul suo inquadramento entro un

previsto dall'art. 714 in materia di interdizione e inabilitazione: «All'udienza, il giudice istruttore, con l'intervento del pubblico ministero, procede all'esame dell'interdicendo o inabilitando, sente il parere delle altre persone citate, interrogandole sulle circostanze che ritiene rilevanti ai fini della decisione e può disporre anche d'ufficio l'assunzione di ulteriori informazioni, esercitando tutti i poteri istruttori previsti nell'art. 419 c.c.». Ancora, art. 419 c.c.: «Non si può pronunciare l'interdizione o l'inabilitazione senza che si sia proceduto all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando. Il giudice può in questo esame farsi assistere da un consulente tecnico. Può anche d'ufficio disporre i mezzi istruttori utili ai fini del giudizio, interrogare i parenti prossimi dell'interdicendo o inabilitando e assumere le necessarie informazioni». Parimenti l'art. 407 co. 2 e 3, in materia di amministrazione di sostegno afferma: «Il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce (...). Il giudice tutelare provvede, assunte le necessarie informazioni e sentiti i soggetti di cui all'articolo 406; in caso di mancata comparizione provvede comunque sul ricorso. Dispone altresì, anche d'ufficio, gli accertamenti di natura medica e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione».

determinato tipo processuale, nell'incertezza dell'alternativa tra la riconduzione dello stesso ai procedimenti di volontaria giurisdizione o a quelli di giurisdizione ordinaria²⁷⁰.

Si potrebbe procedere ad una collocazione a cavallo tra le tipologie procedurali summenzionate, un "procedimento cameral-contenzioso"²⁷¹, anche se si rivelano essere ad ogni qual modo prevalenti le influenze sostanziali del processo in volontaria giurisdizione, che nasce per la tutela di interessi e non propriamente per la tutela di diritti soggettivi²⁷²; non a caso infatti tale tipologia di processo viene ricondotta all'ambito del procedimento amministrativo piuttosto che a quello dell'ordinario processo civile²⁷³.

Sia, da un punto di vista squisitamente processuale, la forma decretale della statuizione dell'autorità giudiziaria e la sua revocabilità e modificabilità, ma anche, da un punto di vista più sostanziale, la non finalizzazione dell'istituto all'accertamento di alcuno *status* portano alla qualificazione di tale attività giurisdizionale come attività di tipo amministrativo, il cui frutto sarebbe inidoneo alla formazione del

²⁷⁰ Questo interrogativo sulla natura del procedimento aveva già interessato la dottrina nello specifico della definizione del procedimento di interdizione e inabilitazione. Vaccarella, citato da RAMPAZZI GONNET G., *Procedimento di interdizione e inabilitazione*, in *Digesto di Diritto Civile*, Torino, XIV, 1996, p. 583 ss. il quale si riferiva a tale questione come al «tradizionale rompicapo per il processualista».

²⁷¹ Sulla peculiarità di tale procedimento si veda VULLO V., *Alcuni problemi della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 4, p. 431.

²⁷² MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2006, per il quale l'amministrazione di sostegno rientra nella volontaria giurisdizione dal momento che «non tende ad attuare diritti, ma situazioni meno definite, riconducibili alla figura degli interessi legittimi o degli interessi semplici»; una più agile riconduzione della procedura di nomina di amministratore di sostegno all'alveo dei procedimenti di volontaria giurisdizione è altresì sostenuta da DANOVÌ F., *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno*, op. cit.; VULLO E., *Ancora sull'onere del patrocinio nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 432 ss.; in giurisprudenza cfr. Tribunale di Roma, decreto 19 febbraio 2005, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, p. 2077; Corte di Appello di Venezia, decreto 16 gennaio 2006, in *Notariato*, 2006, p. 249.

²⁷³ «La qualificazione sistematica della giurisdizione volontaria è molto controversa, ma sembra nel vero chi la considera nella sostanza un'attività amministrativa, anche se affidata ai giudici e svolta con forme giudiziali. Si tratta infatti per lo più di provvedere alla cura e protezione di determinati interessi privati, che stanno a cuore anche allo Stato: si affida perciò ad un organo pubblico il compito di cooperare con i privati nella gestione di tali interessi, controllandone l'operato. (...) Pertinente sembra perciò la definizione della giustizia volontaria come amministrazione pubblica del diritto privato» (cit. LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 32).

giudicato²⁷⁴. Altri elementi che fanno propendere per una tale qualificazione sono: la semplicità del procedimento, deformalizzato in diversi momenti per consentire la massima velocità possibile, venendo l'amministrazione in utilità in casi che molte volte necessitano di un intervento urgente; la rudimentalità del contraddittorio rinvenibile ad esempio nella non espressa necessità della difesa tecnica; la discrezionalità dell'autorità giudiziaria nella modalità di svolgimento²⁷⁵.

L'elemento che permette invece di ricollegare l'attività processuale in discussione all'alveo dei procedimenti a cognizione piena è la ricorribilità in Cassazione del decreto che esula dai canoni tradizionali della disciplina processualistica camerale *ex art. 739 comma 3 c.p.c.* Tale deroga pare abbia però la sua ragion d'essere più in una tendenza di esaltazione del ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione che sull'esigenza di garantire una piena tutela nel caso in cui la decisione del giudice tutelare possa avere come oggetto veri e propri diritti e non solamente la mera gestione di interessi²⁷⁶.

5.1. *Ricorso: quali legittimati e quale forma.*

La fase introduttiva del procedimento di nomina dell'amministrazione di sostegno è caratterizzata dal principio della

²⁷⁴ Altro rilievo che viene quindi in considerazione riguarda la non diretta finalizzazione dell'amministrazione di sostegno alla creazione di uno *status*, o meglio all'incidenza su alcuno *status*: «con questo procedimento il legislatore non vuole accertare uno *status* dimidiato, nemmeno accertare fatti, ma solo intervenire nella gestione di interessi di natura strettamente privata, ma che assumono, nel presente contesto, una rilevanza pubblica e pertanto giustificano, in considerazione dell'interesse generale, una restrizione significativa dell'autonomia negoziale del soggetto» (CHIZZINI A., *I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno*, op. cit., p. 394). Si veda inoltre MONTSERRAT PAPPALETTERE E., *Amministrazione di sostegno: la giurisdizione al servizio dei soggetti svantaggiati*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, p. 719, per il quale infatti «non esiste lo status dell'amministrato di sostegno».

²⁷⁵ Come si vedrà *infra*, par. 5.1, il procedimento prende avvio su impulso di parte, attraverso un apposito ricorso, ma il ruolo del giudice è fondamentale per la prosecuzione dello stesso; non a caso infatti alcuni autori parlano del giudice come dominus dell'intera procedura di nomina dell'amministratore.

²⁷⁶ BONILINI G., CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, op. cit.

domanda e quindi dall'impulso di parte, che è principio invero tipico del procedimento ordinario di cognizione, ai sensi del brocardo latino *nemo iudex sine actor*. Ne discende pertanto che il giudice dovrà essere adito da un soggetto direttamente o indirettamente interessato, ai fini dell'avvio del procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno anche se poi, nel *continuum* del procedimento, a differenza di quanto avviene nel processo ordinario, l'impulso di parte subisce una brusca frenata, essendo la prosecuzione del procedimento sottratta alla disponibilità delle parti, lasciando quindi che il giudice tutelare diventi il vero *dominus* del procedimento²⁷⁷.

Lo stesso legislatore ha infatti precisato, all'art. 407 co. 3 c.c., che in ogni caso, anche qualora le parti non dovessero poi comparire in udienza, il giudice tutelare ha la facoltà di pronunciarsi sul merito della domanda, emettendo quindi il relativo decreto.

La veste formale dell'atto di introduzione del procedimento è quella del ricorso²⁷⁸ che deve essere presentato al tribunale in funzione di giudice tutelare²⁷⁹, ai sensi dell'art. 43 dell'Ordinamento giudiziario giudice

²⁷⁷ Cfr. TOMMASEO F., *Il Procedimento*, op. cit. Si ricordi inoltre come la volontà di rendere protagonista del procedimento il giudice tutelare fosse presente già dalla Prima Bozza Cendon, rimanendo quindi immune rispetto ai molteplici interventi emendativi intercorso durante l'iter parlamentare della legge 6/2004.

²⁷⁸ Questo può essere presentato per iscritto, come avviene nella maggior parte dei casi tramite appositi formulari disponibili sui siti dei Tribunali. Dubbi sorgono rispetto alla possibilità di presentazione orale del ricorso; «Una tale possibilità è prevista, per i procedimenti di competenza del giudice tutelare, nei casi urgenti, dall'art. 43 disp. att. c.c., ai sensi del quale "I provvedimenti del giudice tutelare sono emessi con decreto. Nei casi urgenti la richiesta di un provvedimento può essere fatta al giudice anche verbalmente". Tuttavia, si ritiene che tale regola possa trovare applicazione esclusivamente con riguardo alle domande che non esigono la difesa tecnica e quindi nella gestione dell'amministrazione di sostegno, ma non per la domanda di apertura dell'amministrazione di sostegno», CASSANO G., *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno e disciplina processuale*, in *www.altalex.com*, 2006.

²⁷⁹ Il permanente svolgersi della procedura innanzi al giudice tutelare rappresenta un ulteriore segno distintivo di tale misura rispetto ad interdizione e inabilitazioni che solo nella fase gestionale si svolge innanzi al giudice tutelare mentre vede come protagonista il tribunale ordinario o il tribunale per i minorenni nella fase di procedura che giunge dalla presentazione del ricorso fino alla sentenza di interdizione o inabilitazione. Ai sensi dell'art. 344 c.c. infatti: «Presso ogni [tribunale] il giudice tutelare soprintende alle tutele e alle curatele ed esercita le altre funzioni affidategli dalla legge». Si veda sul ruolo del giudice tutelare e in merito alla scelta di affidare a tale soggetto la procedura *de qua*, FAILLA M.C., *I poteri del giudice tutelare. Le nuove regole al vaglio della prassi*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.

tutelare competente in base a criterio della residenza o del domicilio del beneficiario, fori quindi alternativi, a prescindere dal contenuto sostanziale, o meglio, dall'oggetto su cui si incentra la domanda di provvedimento. Questi due fori alternativi (Cass., ord. 14.1.2008, n. 588) ed esclusivi, concretano dunque un'ipotesi di competenza per territorio inderogabile *ex art. 28 c.p.c.*, sia per la partecipazione necessaria del p.m., sia per la struttura camerale del procedimento.

Qualora invece il ricorso dovesse riguardare una persona sottoposta ad interdizione o inabilitazione, per cui si desideri un mutamento della misura protezionistica, esso dovrà essere presentato innanzi al giudice competente a giudicare dell'istanza di revoca di inabilitazione o interdizione, congiuntamente all'istanza di revoca stessa²⁸⁰.

Ciò detto, il procedimento, completamente gratuito²⁸¹, può essere attivato da numerosi soggetti espressamente indicati all'art. 406 c.c. Il comma 1 dell'articolo recita infatti:

«Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'art. 417».

Due sono i profili che vengono in luce dal dato letterale della disposizione citata: la possibilità che sia il beneficiario stesso a richiedere l'attivazione della misura protezionistica, anche qualora esso sia minore, interdetto o inabilitato²⁸², e il rimando alla disciplina prevista per l'istanza di interdizione e inabilitazione.

²⁸⁰ Si veda art. 406 co. 2 c.c.

²⁸¹ La gratuità, disposta in quanto procedimento diretto all'attuazione della finalità "pubblicistica" di cui è responsabile lo Stato stesso della protezione dei soggetti incapaci, deriva dalla esenzione del pagamento del contributo unificato e della tassa di registrazione, rimanendo a carico di colui che inoltra il ricorso il mero pagamento delle spese per il rilascio delle copie degli atti, le spese derivanti dalla eventuali notifiche e la marca da bollo al momento del deposito del ricorso nella Cancelleria del Giudice Tutelare.

²⁸² Invero tale previsione è stata inserita dalla legge 6/2004, tramite una modifica apportata all'articolo 417 c.c., anche per interdizione e inabilitazione, per le quali attualmente si prevede che l'istanza per la promozione del giudizio possa essere

Per quanto attiene al primo profilo, tale scelta legislativa si inserisce sicuramente nella *ratio* che fonda la nascita della figura civilistica di tutelare, se non incrementare, le residue capacità e quindi la sfera di autonomia del beneficiario, rendendolo protagonista non solo in quanto destinatario della misura ma come soggetto attivo all'interno del rapporto protezionistico, anche rispetto al procedimento stesso.

Per quanto riguarda invece il rimando alla disciplina sul punto in materia di interdizione e inabilitazione, l'articolo 417 c.c. prevede che legittimati a promuovere il giudizio siano il coniuge, la persona stabilmente convivente, i parenti entro il quarto grado, gli affini entro il secondo grado, il curatore, il tutore o il pubblico ministero e infine il genitore che abbia la potestà genitoriale.

Il comma 3 dell'art. 406 c.c. prevede inoltre altri soggetti abilitati all'attivazione della misura *de qua*:

«i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre il ricorso (...) o a fornire comunque notizia al pubblico ministero».

Dal tenore letterale della disposizione citata appare quindi che se per tutti gli altri soggetti summenzionati la presentazione del ricorso per la nomina di amministratore di sostegno è riconducibile ad una mera facoltà, per i responsabili dei servizi sanitari e sociali che hanno un rapporto di cura o un rapporto assistenziale con il soggetto fragile, tale presentazione concretizzi un vero e proprio obbligo, che se irrealizzabile attraverso la presentazione formale del ricorso, deve perlomeno in questi casi sembra sorgere un vero e proprio obbligo, se non di presentazione del ricorso, deve

presentata anche da colui che può essere interdetto o inabilitato (richiamo agli artt. 414 e 415 c.c.).

per lo meno essere assolto tramite una comunicazione al pubblico ministero il quale sarà poi a sua volta tenuto a procedere²⁸³.

Tale obbligo sorge però, occorre sottolineare, viste anche le difficoltà registrare nella pratica²⁸⁴, solo quando i servizi abbiano una effettiva conoscenza, non una mera conoscibilità, della situazione di bisogno del proprio assistito; effettiva conoscenza derivante dalla presa in carico del soggetto. Esso inoltre non comporta, ovviamente, una *deminutio* delle responsabilità valutative da parte del giudice tutelare, che sarà sempre chiamato ad operare quel giudizio prognostico relativo all'idoneità della nomina e alla corrispondenza nella fattispecie concreta dei presupposti legali per l'attivazione della misura protezionistica.

Per quanto concerne il contenuto del ricorso, questo deve indicare²⁸⁵, oltre all'indicazione dell'ufficio giudiziario competente²⁸⁶, le generalità del ricorrente e quelle del potenziale beneficiario, la dimora di quest'ultimo, il nominativo e il domicilio, qualora conosciuti, del coniuge, dei discendenti e ascendenti, dei fratelli e dei conviventi del beneficiario; se questi ultimi elementi menzionati (ovverosia nominativo e domicilio del

²⁸³ «Si ritiene che la legge abbia attribuito la legittimazione agli organi che hanno la rappresentanza esterna del servizio sociale e non ai singoli operatori, sui quali graverebbe, invece, il dovere di informare il pubblico ministero dei fatti che rendono opportuna l'apertura del procedimento», CASSANO G., *Norme applicabili*, op. cit.

²⁸⁴ Tali difficoltà si sono registrate anche a fronte della possibile responsabilità in cui incorrerebbero gli uffici rimasti inerti di fronte ad una situazione di disagio e di bisogno del soggetto debole a loro affidato. Cfr. CENDON P., ROSSI R., *Amministratore di sostegno*, op. cit., p. 514.

²⁸⁵ Ci si domanda se la mancata corrispondenza e quindi la difformità del ricorso rispetto al paradigma, allo schema legale tipico potrebbe costituire ipotesi di nullità del ricorso. La risposta a tale interrogativo si differenzia a seconda dell'accoglimento delle diverse teorie relative alla natura del procedimento di nomina; coloro che considerano tale procedimento ascrivibile ai procedimenti di natura contenziosa reputano la mancanza dell'indicazione relativa alle generalità del beneficiario e ai motivi del ricorso, causa di nullità del ricorso stesso, in conformità al contenuto dell'art. 156 c.p.c. relativo alla validità degli atti processuali. Coloro i quali ricollegano invece il procedimento de quo a quelli di volontaria giurisdizione, reputano la mancanza di tali elementi inidonea a fondare una forma di invalidità, ben potendo la mancanza essere sopperita da un intervento integrativo del giudice tutelare.

²⁸⁶ Funzionale rispetto alla chiarezza del contenuto del ricorso è il riferimento agli artt. 125 e 712 c.p.c. dove si menzionano l'indicazione del ricorrente e l'indicazione del tribunale innanzi al quale si propone la domanda, senza necessità in quest'ultimo caso di indicare il giudice tutelare, benché nella pratica avvenga che il ricorrente inserisca già nel ricorso l'indicazione del giudice tutelare competente. Cfr. CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, op. cit., p. 424.

coniuge, dei discendenti e ascendenti, dei fratelli e dei conviventi) può anche risultare mancante, in quanto elemento facoltativo ai fini della validità del ricorso, elemento fondamentale che compone il ricorso è l'indicazione delle motivazioni su cui si fonda la richiesta di nomina, grazie alle quali il giudice tutelare potrà avere già contezza dei bisogni del destinatario della misura e quindi degli eventuali compiti assistenziali o rappresentativi che dovranno essere attribuiti all'amministratore. Pertanto, tra le motivazioni della richiesta il ricorrente potrà indicare la condizione familiare e patrimoniale del soggetto e, soprattutto, la condizione patologica o incapacitante, corredata, come richiesto da numerosi tribunali, da certificazione medica, così da dimostrare il presupposto dell'impossibilità del beneficiario di assolvere alla cura e alla tutela di alcuni suoi interessi.

Opportuna, ancorché non obbligatoria, ai fini della validità del ricorso, è infine l'indicazione di colui che potrebbe ricoprire l'incarico di amministratore²⁸⁷.

Una volta indicati i tratti salienti della domanda e quindi dell'atto introduttivo del procedimento, lo sviluppo dello stesso non viene puntualmente disciplinato dalle disposizioni civilistiche. Dalla scarsa disciplina si desume che, una volta ricevuto il ricorso, il giudice tutelare dovrà ordinare la comunicazione del procedimento al pubblico ministero (per metterlo quindi nelle condizioni di intervenire), fissare l'udienza di comparizione e assegnare al ricorrente un termine per eventuali notifiche del ricorso e del decreto con cui viene fissata l'udienza al potenziale beneficiario e agli altri soggetti indicati nella domanda²⁸⁸. Tra questi incombenti quello che assume una carica valoriale maggiore è sicuramente la convocazione dell'udienza, sede prescelta per il momento centrale del procedimento di nomina, ovvero sia l'audizione del beneficiario.

²⁸⁷ In merito alla scelta di colui che ricoprirà l'incarico, si veda *amplius* infra Cap. III.

²⁸⁸ A questi soggetti il ricorso viene notificato se sono in grado di fornire utili informazioni al giudice tutelare per definire la situazione del beneficiario.

5.2. *Il giudice tutelare e l'audizione del beneficiario: il cuore del procedimento di nomina.*

Il momento più rilevante, il cuore del procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno si concreta nell'audizione del potenziale beneficiario, in un'ottica di valorizzazione della di lui personalità e della sua residuale autonomia, oltre che con lo scopo di giungere ad un grado di conoscenza tale che il giudice tutelare adito possa cucire l'amministrazione di sostegno come un abito su misura, adattandolo alle "forme" e alle "misure" del soggetto fragile. Il giudice in questo modo, che dovrà condurre personalmente l'audizione, sarà messo in condizione di poter predisporre un piano realmente personalizzato di sostegno al beneficiario.

L'organo giudiziario *de quo* si connota quindi per una funzione differente rispetto a quella tradizionalmente riconducibile in capo all'organo giudicante, ovvero quella di sussumere entro una determinata fattispecie giuridica astratta una vicenda concreta che gli viene sottoposta dalle parti.

«La legge introduttiva dell'amministrazione di sostegno disegna un intervento "orizzontale del giudice, chiamato a muoversi dalla fattispecie concreta esistente alla fattispecie concreta auspicata, dall'essere presente all'essere futuro e delinea nel contempo un giudice capace di interagire con l'interlocutore, capace di modulare il linguaggio a seconda delle facoltà cognitive e del livello culturale del beneficiario, capace di ascoltare, percepire e intuire i significati profondi delle parole e dei silenzi di chi gli sta chiedendo aiuto: in una parola, un giudice empatico,

non (equi)distante, ma – al contrario – prossimo al soggetto debole: in altri termini, un giudice sensibile»²⁸⁹.

Rispetto all'incombente processuale dell'audizione e quindi del colloquio tra giudice tutelare e potenziale beneficiario della misura protezionistica, l'articolo 407 co. 2 afferma che:

«il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce, recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa».

Secondo alcuni autori questa finalità sottesa all'audizione rappresenta uno degli elementi di differenziazione principale con la altre figure di interdizione e inabilitazione dove si prevede un esame dell'interdicendo e inabilitando. Ponendo attenzione anche all'uso della terminologia, che molte volte è foriera di significati di ordine sostanziale, l'“esame” previsto dagli artt. 419 e 714 sarebbe una osservazione diretta a testare la capacità o incapacità del soggetto passivo, differenziandosi quindi dall'intenzionalità dialogica sottesa all'audizione di cui all'art. 407 c.c. questa avrebbe infatti come scopo, non solamente quello di cercare di comprendere il livello di deficit e quello residuo di autonomia del destinatario della misura, ma anche quello di comprendere i desideri, le aspirazioni e le effettive esigenze della singola persona.

Mantenendo la metafora cara alla dottrina dell'amministrazione di sostegno come vestito su misura, come potrebbe il sarto cucire un vestito che si adatti perfettamente alla morfologia del suo cliente, senza aver visto il cliente stesso, senza averne prese le misure e averne capito i gusti?

²⁸⁹ MONTERRAT PAPPALETTERE E., *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno come espressione della “giurisdizione sensibile”: il problema della difesa tecnica*, in www.personaedanno.it.

Come potrebbe quindi il giudice tutelare adempiere al suo compito di adattare i poteri dell'amministratore di sostegno, e quindi un progetto che si autenticamente personalizzato, alle concrete e reali esigenze del beneficiario senza aver avuto la possibilità di istruire un rapporto dialogico con lo stesso?

Mosso da questa convinzione, sia lecito ritenere, il legislatore nazionale ha deciso di inserire l'obbligo dell'audizione della persona fragile nel corso della procedura di nomina, utilizzando non a caso proprio l'espressione "deve sentire personalmente"; un obbligo indelegabile quindi da parte del giudice, presupposto per la prosecuzione del procedimento stesso.

Se si torna però con la mente alla variegata platea di possibili destinatari dell'istituto, così come delineata grazie anche alla ricca giurisprudenza, imprescindibile e inevitabile diviene chiedersi come sia realisticamente possibile procedere all'adempimento di tale incombenza in tutti quei casi in cui il soggetto non abbia il benché minimo barlume di capacità di interazione. Cosa accade quindi qualora sia impossibile procedere o qualora il beneficiario stesso, decida di non voler incontrare il giudice tutelare?

In conformità a tale riscontro, parte della dottrina, aveva infatti svolto argomentazioni nel senso di contenere l'ambito di applicazione soggettivo dell'amministrazione di sostegno; la dottrina e la giurisprudenza prevalente, nonché più attuale, ha però rilevato come in tali ipotesi, al di là di una circoscrizione dei presupposti per l'operatività dell'istituto, vada fatta applicazione dell'art. 407 ove si prevede che:

«Il giudice tutelare provvede, assunte le necessarie informazioni e sentiti i soggetti di cui all'articolo 406; in caso di mancata comparizione provvede comunque sul ricorso».

«Di qui l'opportunità (per il legislatore) di escludere - in maniera esplicita - che il mancato interscambio *vis-à-vis* diventi ostativo, per se stesso, alla prosecuzione del procedimento»²⁹⁰, potendosi sopperire alle relative esigenze istruttorie tramite la documentazione fornita in sede di proposizione della domanda o ancora tramite l'audizione di soggetti legati all'incapace²⁹¹.

Dando invece per possibile l'espletamento di tale incombenza, questo dovrà essere condotto dal giudice tutelare in forma dialogica, colloquiale, cercando uno scambio partecipe con il soggetto destinatario dell'amministrazione, cercando con sensibilità di coglierne le mancanze che necessitano di un sostegno vicariale²⁹².

5.3. *Mezzi probatori e principio inquisitorio.*

Oltre all'audizione personale, le disposizioni contenute nel codice civile e nel relativo codice di procedura non specificano dettagliatamente quali altri strumenti rientrerebbero nella disponibilità del giudice tutelare

²⁹⁰ Tribunale di Modena, decreto 21 marzo 2005, in *Corriere del Merito*, 2005, p. 753. In giurisprudenza si veda altresì Tribunale di Piacenza, decreto 16 settembre 2008, in *www.personaedanno.it*. In dottrina, *ex multis*, CENDON P., ROSSI R., *L'amministrazione di sostegno*, op. cit.: «La lettura congiunta delle preposizioni codicistiche ha conferito all'audizione personale un connotato flessibile seppur in limitatissimi casi, a condizione che la rinuncia al momento relazionale tra due (...) dei protagonisti principali del neosistema di salvaguardia venga mantenuto entro limiti molto stretti; ammesso cioè solo nelle ipotesi in cui manchi la benché minima stilla (non tanto di capacità, quanto piuttosto) di vitalità espressiva. E senza dimenticare - al tempo stesso - che un minimo di attitudine a trasmettere sensazioni e sentimenti è quasi sempre ravvisabile nell'essere umano».

²⁹¹ La mancanza dell'audizione dovrà essere però punto del decreto espressamente motivato. In questo senso cfr. TOMMASEO F., *Il Procedimento*, op. cit., p. 210.

²⁹² L'audizione potrà svolgersi sia in udienza, qualora il soggetto abbia la possibilità di recarsi in Tribunale, sia, in caso contrario, nel luogo ove egli si trovi, dovendosi allora il giudice recare presso l'abitazione, l'ospedale, la casa di cura, etc. nel caso in cui tale luogo sia al di fuori della circoscrizione ove opera il giudice tutelare, si ammette la c.d. prova delegata, ovverosia si riconosce la legittimità dello svolgimento dell'audizione ad opera del giudice del luogo ove l'incapace abbia dimora, purché il contenuto del colloquio sia poi trasporto nel relativo verbale d'udienza. In senso conforme, cfr. TOMMASEO F., *Il Procedimento*, op. cit.; in senso contrario si veda CAMPESE G., *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2008; per una soluzione di mezzo cfr. CHIZZINI A., *I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno*, op. cit., p. 444, il quale propone una decisione in tal senso previa verifica caso per caso.

per addivenire ad un più chiaro inquadramento della situazione di fatto. In virtù dell'officiosità che caratterizza lo svolgimento del procedimento di cui trattasi, con l'eccezione rilevata dell'impulso di parte nella fase introduttiva, la decisione del mezzo o dei mezzi istruttori fruibili ai fini della decisione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Sarà pertanto il giudice che, svolta l'audizione del beneficiario, se possibile, e svolti gli eventuali colloqui con i soggetti vicini al beneficiario, ritenendo necessario addivenire ad una più profonda conoscenza della fattispecie, deciderà come e con quali mezzi integrare la fase istruttoria.

Egli potrà avvalersi di uno o più mezzi istruttori previsti e disciplinati dal codice di rito, esclusi interrogatorio formale e giuramento decisorio²⁹³: potrà ammettere una prova testimoniale, potrà richiedere documenti, potrà richiedere l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, potrà richiedere a organi della pubblica amministrazione, quali servizi sociali o uffici comunali, relazioni in merito alle condizioni di vita e alla situazione familiare dell'incapace, potrà infine anche interpellare l'autorità di pubblica sicurezza per richiedere riscontri sui soggetti coinvolti nel procedimento.

5.4. I mezzi di gravame.

Molto stringatamente l'art. 720 *bis* c.p.c. ai commi 2 e 3 prevede i mezzi di gravame esperibili contro il decreto del giudice tutelare, facendo rinvio alla disciplina contenuta nell'art. 739 c.p.c.:

*«Contro il decreto del giudice tutelare è ammesso
reclamo alla corte d'appello a norma dell'articolo 739.*

²⁹³ Esclusi dalla dottrina, così come anche per interdizione e inabilitazione, in quanto mezzi di prova che presuppongono un diritto disponibile.

Contro il decreto della corte d'appello pronunciato ai sensi del secondo comma può essere proposto ricorso per cassazione».

Contro il decreto del giudice tutelare è pertanto esperibile reclamo alla Corte d'Appello e non anche altri mezzi di gravame, i cui motivi potranno essere presupposto di revoca o modifica del provvedimento emesso.

La Corte d'Appello si pronuncia in questi casi in camera di consiglio su impugnazione di coloro che sono stati parte della procedura di nomina dell'amministrazione di sostegno, oltre che dal Pubblico Ministero, entro il termine perentorio di dieci giorni decorrente dalla comunicazione del decreto, qualora questi sia reso nei confronti di una sola parte, in assenza quindi di contraddittorio, o, negli altri casi, nei dieci giorni decorrenti dalla notificazione del decreto stesso.

In punto di legittimazione attiva sorgono anche qui contrasti dottrinali; da una parte alcuni autori ritengono applicabile l'articolo 718 c.p.c. che estende la legittimazione anche a tutti coloro che, pur non essendo stati parti del procedimento avrebbero potuto proporre il ricorso, in virtù del richiamo operato dall'art. 719 c.p.c. a sua volta ricompreso nella norma di rinvio di cui all'art. 720 *bis* c.p.c. A sostegno di tale tesi si fa altresì riferimento all'art. 720 c.p.c. il quale prevede che:

«Per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione si osservano le norme stabilite per la pronuncia di esse.

Coloro che avevano diritto di promuovere l'interdizione e l'inabilitazione possono intervenire nel giudizio di revoca per opporsi alla domanda, e possono altresì impugnare la sentenza pronunciata nel giudizio di revoca, anche se non parteciparono al giudizio».

Il rinvio a tale disposizione permettere dunque di riconosce legittimazione ad impugnare la sentenza di revoca della misura dell'amministrazione anche a coloro che aveva diritto di promuovere il procedimento; attraverso un'argomentazione di stampo analogico, tali autori si domandano per quale motivo il legislatore avrebbe dovuto non voler estendere la legittimazione anche all'impugnazione del decreto di nomina, nonostante il non espresso rinvio²⁹⁴, *a fortiori* avendo a mente la possibile finalità di una simile estensione, ovvero sia quella di favorire un più ampio controllo da parte del giudice del gravame.

Altra parte della dottrina ritiene invece non estendibile tale legittimazione in virtù del mancato riferimento esplicito all'art. 718 c.p.c. *ex art. 720 bis* e della restrittiva giurisprudenza della Suprema Corte in tema di legittimazione all'impugnazione in relazione ai reclami camerali²⁹⁵.

Il mezzo di gravame *de quo* può essere qualificato come mezzo a critica libera, svincolato pertanto da predefinite ragioni di diritto o di fatto a fondamento dell'impugnativa, e di natura sostitutiva, potendosi sostituire il provvedimento reclamato a quello emesso dal giudice di secondo grado²⁹⁶. Il provvedimento conclusivo riveste la forma del decreto motivato immediatamente esecutivo, tramite il quale il giudice d'appello può spingersi a decidere la controversia nel merito.

Quest'ultimo provvedimento, prescrive l'art. 739 c.p.c., è suscettibile a sua volta di impugnazione innanzi alla Corte di Cassazione, per tal via fornendo elemento di differenziazione rispetto ai tradizionali canoni del

²⁹⁴ Cfr. in senso conforme CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno*, op. cit., p. 256.

²⁹⁵ In dottrina si veda MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, in MASONI R. (a cura di) *L'amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni*, Maggioli Ed., 484, 2009, mentre in giurisprudenza cfr. Cass. Civ., sent. 24 maggio 1991, n. 5877: «anche nel procedimento camerale, (...) così come nel giudizio contenzioso ordinario, la qualità di parte e quindi di soggetto legittimato al reclamo *ex art. 739 c.p.c.*, si determina, nei gradi del procedimento successivi al primo, esclusivamente *per relationem*, rispetto alla qualità di parte formalmente assunta in primo grado, mentre coloro che sono rimasti indebitamente estranei al procedimento possono denunciare in sede contenziosa ordinaria, la nullità del provvedimento camerale emesso *inter alios*».

²⁹⁶ In particolare CHIZZINI A., *I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno*, op. cit., p. 459 lo definisce sinteticamente ma efficacemente come mezzo di impugnazione «agile e semplificata, di natura sostitutiva a critica libera ed efficacia devolutiva».

procedimento camerale, in deroga alla previsione di cui all'art. 739 co. 3 c.p.c., essendo invece il ricorso per Cassazione strumento di tutela tipico dei provvedimenti suscettibili di giudicato. Una simile deroga si giustifica a fronte di quei provvedimenti che hanno la capacità di incidere su diritti soggettivi. Ma tale opzione legislativa è sostenuta, a detta della prevalente opinione dottrinale, come si è già avuto modo di osservare, più che dalla sentita necessità di una garanzia e di una tutela degli eventuali diritti soggettivi coinvolti dalla decisione del giudice tutelare, dall'interesse generale ad una controllata applicazione all'interno dell'ordinamento delle norme che regolano la materia, esaltando quindi la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione²⁹⁷. Una recente sentenza della Suprema Corte ha in particolare circoscritto le ipotesi di impugnazione dinanzi alla Corte dei provvedimenti emessi dal giudice tutelare relativi all'amministrazione di sostegno, statuendo l'inammissibilità del ricorso

«avverso i provvedimenti emessi in sede di reclamo in tema di rimozione e sostituzione ad opera del giudice tutelare di un amministratore di sostegno, avendo tali provvedimenti carattere meramente ordinatorio ed amministrativo e dovendo riferirsi tale norma soltanto ai decreti, quali quelli che dispongono l'apertura o la chiusura dell'amministrazione, di contenuto corrispondente alle sentenze pronunciate in materia di interdizione ed inabilitazione, a norma dei precedenti art. 712 ss., espressamente richiamati dal (co. 1) dell'art. 720 bis c.p.c.»²⁹⁸.

Aldilà dei mezzi di gravame fin qui analizzati, il legislatore, avendo previsto per il provvedimento finale la forma decretale, un provvedimento

²⁹⁷ Cfr. MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, op. cit.; CHIZZINI A., *I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno*, op. cit., p. 461.

²⁹⁸ Cass. Civ. sent. 10 maggio 2011, n. 10187, in *Giustizia Civile*, 2011, p. 1998.

quindi che esplica effetti *rebus sic stantibus*, ha riconosciuto la facoltà del giudice tutelare di revocare e modificare in ogni tempo le decisioni contenute nel decreto di apertura²⁹⁹, garantendo per tal via la possibilità di un perpetuo controllo dei presupposti applicativi della misura, dell'opportunità del mantenimento della stessa ed anche dell'opportunità del mantenimento dell'assetto dei poteri dell'amministratore come delineati nel decreto di nomina.

6. La necessità della difesa tecnica.

La *vexata quaestio*, che ha investito fin dagli albori dell'emanazione della legge 6/2004 una sostanziale porzione nel dibattito interpretativo dottrinale e, a maggior ragione, giurisprudenziale, data l'incidenza che una presa di posizione in merito potrebbe determinare nelle pieghe applicative del procedimento di cui trattasi, attiene al dilemma relativo alla necessità o meno della difesa tecnica durante l'*iter* procedimentale *ex art.* 82 c.p.c.³⁰⁰

Oggetto di discussione, derivante dalla circostanza che sul punto il legislatore è rimasto silente³⁰¹, è infatti l'obbligatorietà o la non

²⁹⁹ Il decreto di apertura è quello con cui il giudice tutelare procede alla nomina dell'amministratore di sostegno; con decreto di chiusura si intende invece il provvedimento emanato qualora si verifichi la carenza dei presupposti applicativi della misura protezionistica.

³⁰⁰ *Amplius* sul tema della necessità o meno della difesa tecnica, MONTESERRAT PAPPALLETTERE E., *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno come espressione della «giurisdizione sensibile»: il problema della difesa tecnica*, op. cit.; CHIZZINI A., *I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno*, op. cit.; CALÒ E., *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, op. cit.; CENDON P., *Un nuovo diritto per i malati di mente (e non solo)*, in *Panorama della Sanità*, III, 2004, p. 36. *Contra cfr.* CAMPESE G., *L'istituzione dell'amministratore di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2004, p. 122; TOMMASEO F., *Introduzione al commento agli art. 404-413 c.c.*, op. cit.

³⁰¹ Il dibattito era già stato sollevato in sede di lavori preparatori; si veda CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno: primi «disorientamenti» applicativi*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, I, 2005, p. 27: «Non solo nei resoconti parlamentari si manifesta ripetutamente l'idea di prospettare un procedimento semplificato, strutturato sul diretto rapporto tra parte e giudice, ma vi è di più. Venne proposto al riguardo uno specifico emendamento all'art. 407 comma 2 c.c., con il quale si prevedeva che "in ogni fase del procedimento l'interessato è assistito da un difensore" (emendamento 3.14, come si può vedere nell'allegato 2 al verbale della seduta del 17 settembre 2002): ma questo

obbligatorietà della presenza del procuratore ai fini della costituzione delle parti nei procedimenti diretti alla nomina di un amministratore di sostegno innanzi al giudice tutelare³⁰². La risoluzione di tale questione, che ha un rilevante impatto pratico – basti pensare che qualora si giungesse al riconoscimento dell'obbligatorietà della difesa tecnica, la sua mancanza costituirebbe motivo di nullità del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno – è ancora una volta ontologicamente connessa alla presa di posizione sulla natura del procedimento di nomina, ovvero alla riconduzione di quest'ultimo alla volontaria giurisdizione o a quella contenziosa.

La presenza necessaria di un difensore viene infatti richiesta espressamente per quei procedimenti caratterizzati dal contenzioso dove per garantire un rapporto paritetico tra le parti, a tutela del giusto processo ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost., emerge con forza il ruolo dell'assistenza tecnica, e, in via derogatoria, anche per quei procedimenti camerati che vertono su diritti fondamentali e su *status*, a ragione dell'ampia discrezionalità e dalla vasta gamma di poteri conferiti al giudice.

Come osservato in precedenza, esiste però una zona d'ombra nella quale convergono procedimenti ove non si fondono tutti i caratteri tipizzanti l'uno o altro tipo processuale; zona d'ombra dove trova posto anche il procedimento *de quo* che, pur essendo presentando elementi di affinità sotto il profilo funzionale, formale e strutturale con i procedimenti di volontaria giurisdizione, presenta anche caratteri propri di quello contenzioso.

Seppur larga parte della dottrina sia concorde nel ritenere superfluo e ostativo all'esigenza di snellezza propria di tale procedimento impone

emendamento presentato dal relatore Erminia Mazzoni è stato poi dalla stessa ritirato alla luce delle contestazioni sollevate dai vari membri della commissione».

³⁰² Più nello specifico la *questio* si porrebbe per il ricorso introduttivo del procedimento, per l'istanza di revoca *ex art.* 413 e per l'eventuale reclamo alla Corte d'Appello (non invece per il ricorso in Cassazione e per i procedimenti autorizzativi nonché per quelli attinenti alla gestione di un'amministrazione già esistente o ancora per le richieste di autorizzazione rivolte al giudice dall'amministratore di sostegno operante, rispetto al quale non sussistono dubbi sulla necessità o meno dell'onere del patrocinio).

legislativamente la presenza di un avvocato difensore nel momento di presentazione del ricorso, a parere di chi scrive di pregio appare la conclusione a cui è giunta la Corte di Cassazione, interpellata in merito nel 2006; soluzione che si connota per l'attenzione all'evoluzione subita dalla misura protezionistica contemplata e quindi anche ai diritti dei futuri beneficiari coinvolti, ancorché non completamente appagante e risolutoria per la dottrina maggioritaria.

La Suprema Corte³⁰³, riprendendo quanto già affermato anni orsono nella sentenza n. 6900 del 30 luglio 1996³⁰⁴, così statuisce:

«Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno, il quale si distingue, per natura, struttura e funzione, dalle procedure di interdizione e di inabilitazione, non richiede il ministero del pubblico difensore nelle ipotesi, da ritenere corrispondenti al modello legale tipico, in cui l'emanando provvedimento debba limitarsi ad individuare specificamente i singoli atti, o categorie di atti, in relazione ai quali si richiede l'intervento dell'amministratore; necessitando, per contro, della difesa tecnica ogni qualvolta il decreto che il giudice ritenga di emettere, sia o non corrispondente alla richiesta dell'interessato, incida sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze, analoghi rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto e l'inabilitato, per ciò stesso incontrando il limite del rispetto dei principi

³⁰³ Cass. Civ. Sez. I, sent. 29 novembre 2006, n. 25366. Il testo della sentenza, corredato di nota di TOMMASEO F., *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in un'ambigua sentenza della Corte di Cassazione*, è rinvenibile in *Famiglia e Diritto*, VI, 2004, p. 609.

³⁰⁴ Qualora «il procedimento camerale tipico, disciplinato dagli artt. 737 e ss. c.p.c., sia previsto per la tutela di situazioni sostanziali di diritto o di status, esso deve essere espletato con le forme adeguate all'oggetto, tra le quali rientra il patrocinio di un procuratore legalmente esercente» (testo reperibile in *www.dejure.it*).

costituzionali in materia di diritto di difesa e del contraddittorio».

La Corte opta pertanto per un criterio adeguato all'elasticità dell'oggetto cui si riferisce; essendo l'amministrazione di sostegno una sorta di contenitore vuoto che il giudice tutelare deve riempire in conformità alle esigenze derivanti dalla fattispecie concreta, qualora il provvedimento finale possa in potenza andare ad incidere su diritti fondamentali del destinatario, ecco che allora diviene rilevante la garanzia di un diritto alla difesa.

Benché scopo dell'amministrazione non sia quello di incidere sullo *status* del beneficiario, pur vero rimane che la capacità di quest'ultimo possa subire delle limitazioni e che, inoltre, la duttilità dello strumento civilistico non elimini la possibilità di un intervento del giudice tutelare più ampiamente limitativo che non in altri casi.

La stessa Corte costituzionale è intervenuta sul contrasto in relazione ad una questione di legittimità costituzionale degli artt. 407 e 408 c.c. e dell'art. 716 c.p.c. in riferimento agli artt. 2, 3 e 24 Cost., sollevata con ordinanza del Tribunale di Venezia, sezione distaccata di Chioggia³⁰⁵. La Corte ha però dichiarato la questione inammissibile³⁰⁶, avendo il giudice *a quo* omesso di verificare la possibilità di giungere, attraverso un'attività ermeneutica, ad una soluzione conforme a Costituzione, avendo quindi omesso di procedere ad un tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni censurate, come aveva invece operato la Corte di Cassazione addivenendo al principio di diritto summenzionato. Indirettamente pertanto la Corte costituzionale sembra abbracciare la soluzione proposta dalla Suprema Corte, conforme ai principi costituzionali oltre che alle peculiarità e ai caratteri propri dell'istituto civilistico.

³⁰⁵ Ordinanza del 6 febbraio 2006.

³⁰⁶ Ordinanza n. 128 del 19 aprile 2007.

Sia concesso in ultimo sottolineare che, qualora dovesse realizzarsi quanto da più parti auspicato ovvero sia il mantenimento di tale misura di protezione come unica figura protezionistica dei soggetti deboli ed incapaci, inglobando così l'amministrazione di sostegno interdizione e inabilitazione, *a fortiori* l'esigenza di sancire l'obbligo di una difesa tecnica in taluni casi sarebbe quantomeno auspicabile se non assolutamente necessaria per evitare un conflitto di costituzionalità con le disposizioni che tutelano il diritto ad una piena difesa (art. 24 Cost.) e il diritto ad essere sottoposti a giusto processo (art. 111 Cost.)³⁰⁷. A fronte invece di richieste di nomina di amministratore con compiti di mera assistenza nell'espletamento di attività di tipo gestorio, la mancata previsione del patrocinio non sembrerebbe disattendere in maniera così compromettente le disposizioni costituzionali testé menzionate. Tale mancanza potrebbe essere ben ragionevolmente bilanciata con le esigenze di snellezza e di semplificazione delle condizioni di accesso alla tutela che in caso contrario verrebbero sacrificate da un appesantimento non conforme alla *ratio* dell'istituto stesso³⁰⁸.

³⁰⁷ Lo stesso Cendon (CENDON P., ROSSI R., *Amministratore di sostegno. Cenni sulla bozza di progetto di legge*, op. cit.) afferma che, nel caso di un'eventuale riforma della disciplina dell'amministrazione di sostegno, uno dei punti che dovranno essere discussi e inseriti è proprio quella della normativizzazione del principio di diritto espresso nella sentenza Cass. Civ. sez. I, sent. 29 novembre 2006, n. 25366.

³⁰⁸ Si pongono in ogni caso una serie di interrogativi in merito alla affermazione della necessaria presenza del patrocinio legale che esigono di essere puntualmente vagliati (ma che non ostano a priori alla validità dell'affermazione di principio scaturita dalla sentenza della Suprema Corte) e che sono stati efficacemente sintetizzati dalla Dott.ssa SERRAO E., in occasione di un incontro di studio dal titolo "Interdizione, inabilitazione ed amministrazione di sostegno", riservato ai magistrati nominati con D.M. 6.12.2007 destinati a svolgere funzioni civili ed organizzato dal CSM nel giugno 2009, in *www.personaedanno.it*: «1) la costituzione a mezzo del difensore va imposta al solo beneficiario della misura o anche alle altre parti?; 2) se il ricorso viene proposto, a norma dell'art. 406, III co., c.c., dai Servizi socio-sanitari, tale parte dovrà costituirsi a mezzo del difensore?; 3) In quale fase del procedimento si deve invitare il beneficiario a nominare un difensore se, ad esempio, l'esigenza di limitare la libertà di contrarre matrimonio sorge successivamente al decreto di nomina, come consente espressamente l'art. 411, IV co., c.c.?; 4) quali sono le conseguenze nei casi in cui il giudice tutelare, non ritenendo che siano in gioco diritti fondamentali della persona, ometta di invitare la parte a nominare un difensore?; 5) e come si procede se il beneficiario non può o non vuole nominare un difensore?». Simili problematiche vengono sollevate anche da SOCCI A.M., *L'amministrazione di sostegno, tra esigenze di modernità e snellezza e di tutela dei diritti coinvolti*, in *Giurisprudenza Italiana*, X, 2007, p. 2264.

7. Il ruolo del pubblico ministero: una presenza necessaria?

Il pubblico ministero, come già accennato, è parte del procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno.

L'articolo 407 c.c. si chiude infatti, al suo ultimo comma, con la previsione per cui:

«In ogni caso, nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno interviene il pubblico ministero».

Egli, pertanto, oltre ad avere legittimazione attiva, rispetto all'avvio del procedimento, depositario anche delle eventuali segnalazioni dei responsabili dei servizi sanitari e assistenziali, è chiamato ad intervenire nel procedimento. Anche se non promotore, il PM prende parte all'*iter* procedimentale, tanto che - una volta avvisato dal giudice tutelare della pendenza del ricorso - egli dispone dei medesimi poteri riconosciuti alle parti, potendo³⁰⁹ quindi avanzare istanze istruttorie e partecipare all'udienza di audizione del beneficiario³¹⁰.

La norma non precisa però le modalità dell'intervento del PM, destando quindi dubbi sulla obbligatorietà del suo intervento e sulla necessità della presentazione di conclusioni da coinvolgere nel decreto del giudice tutelare.

Si va sempre più affermando la non obbligatorietà della sua presenza, supportata dalle esigenze di celerità che connotano la procedura dell'amministrazione di sostegno; la sua assenza o l'inadempimento alla

³⁰⁹ La sua presenza in udienza non viene infatti considerata obbligatoria, mandando nella norma di rinvio *ex art. 720 bis c.p.c.*, il richiamo agli artt. 714 e 715 che per interdizione/inabilitazione prevedono l'obbligatorietà della presenza del PM nel corso dell'esame dell'interdicendo o inabilitando a pena di nullità del provvedimento finale. Cfr. PACILEO V., *Pubblico Ministero. Ruolo e funzioni nel processo penale e civile*, Utet, 2011, p. 274.

³¹⁰ Come si è avuto modo di vedere *supra* par. 5.4, il Pm è altresì riservato un ruolo anche in sede di impugnativa.

redazione di conclusioni non deve diventare, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, motivo ostativo alla rapida conclusione della procedura di nomina³¹¹. L'adeguamento a tale impostazione si riscontra scorrendo i provvedimenti emessi dai giudici tutelari in materia di amministrazione di sostegno, dove la presenza del PM è sempre più difficilmente riscontrabile.

Anche se diffuso nella pratica, l'astensionismo di tale figura nel corso del procedimento di sostegno e la sua giustificazione legittimante, sembrano dimenticare l'importanza del ruolo e dei compiti che sono invece affidati al Pubblico Ministero in ambiti quale quello in esame.

«Nella procedura per amministrazione di sostegno, all'operato del giudice deve fare da contrappunto il costante controllo del pubblico ministero, che, non a caso, è previsto quale interventore necessario. Paradossalmente, in questo procedimento, il pubblico ministero, che non è tenuto a sentire personalmente il beneficiario, è più "imparziale" e "terzo" del giudice (sicuramente è meno empatico). Il pubblico ministero deve innanzitutto garantire l'adeguatezza dell'amministrazione di sostegno alle esigenze di protezione dell'interessato e comunque, quale organo con funzione pubblica, deve garantire il rispetto, nel procedimento, di ogni diritto costituzionalmente previsto, compreso il diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione (del quale i principii del giusto processo e del contraddittorio sono espressione). Il controllo del pubblico ministero – esercitato attraverso l'impugnazione avanti alla corte d'appello o attraverso apposite richieste al medesimo giudice tutelare procedente – si estenderà, per esempio,

³¹¹ Cfr. CENDON P., ROSSI R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, op. cit.; JANNUZZI A., LOREFICE P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2004.

alla correttezza del rapporto processuale tra giudice e beneficiario, onde impedire che il primo emetta un decreto di conferimento di poteri all'amministratore con contenuti paternalistici, arbitrari o inopinati, limitando la capacità legale di agire del beneficiario con modalità neppure prospettate nel corso del procedimento»³¹².

Se la finalità dell'amministrazione di sostegno è quella di rispondere ad una esigenza di tutela dei diritti di coloro che si trovano in una situazione di difficoltà, in un bilanciamento tra esigenze di celerità del procedimento, da una parte, e necessità della presenza di un soggetto istituzionalmente deputato a garantire l'adeguatezza della misura protezionistica rispetto alle specificità del singolo, dall'altra, non sarebbe forse maggiormente coerente con le premesse svolte uno sbilanciamento dell'ago della bilancia (mi si scusi il gioco di parole) verso quest'ultimo aspetto? Questa domanda si pone in particolare a fronte di quelle situazioni al confine tra l'amministrazione di sostegno e l'interdizione, quando arduo è il confronto con il beneficiario e amplissima è la gamma dei poteri che risulta necessario conferire all'amministratore, poteri tali anche avere incidenza su diritti fondamentali e personalissimi.

8. I poteri dell'amministratore di sostegno.

Fin dagli albori dell'entrata in vigore della legge 6 del 2004, nelle sue prime applicazioni, i tribunali si sono interrogati sul profilo concernente i poteri da attribuire all'amministratore di sostegno.

³¹² MONTERRAT PAPPALETTERE E., *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno come espressione della "giurisdizione sensibile": il problema della difesa tecnica*, op. cit.

8.1. Verso l'attuazione del principio personalista.

L'istituto *de quo* è infatti strumento diretto non all'attribuzione al singolo soggetto interessato di uno *status* permanente, con dirette conseguenze assolutizzanti rispetto alle attività che permangono nella disponibilità del beneficiario; *a contrario*, tale istituto si caratterizza proprio per la sua elasticità e per il fatto che dal riconoscimento di un deficit in capo al soggetto debole non discenda automaticamente l'attribuzione di una serie positivizzata di poteri in capo al rappresentante. L'amministrazione di sostegno non ha come presupposto la privazione della capacità di agire del soggetto, il quale conserva la propria capacità per gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno, così come articolata e definita nel decreto di nomina; così recita infatti l'art. 409 c.c.:

«Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana»

Una delle peculiarità e delle innovazioni tipiche di tale figura protezionista risiede infatti nella indefinibilità a priori dei poteri dell'amministratore, che vengono stabiliti dal giudice tutelare chiamato ad impattarsi con le specificità del caso concreto³¹³, esulando quindi dai rischi connessi a asettiche standardizzazioni o tipizzazioni.

È inoltre solamente rispetto ai poteri previsti nel decreto di nomina che sorge l'obbligo di conformazione da parte dell'amministratore il quale è

³¹³ LISELLA G., *I poteri dell'amministratore di sostegno, atti del Convegno "L'amministratore di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli"*, Genova, 2004, in www.iusseek.it.

quindi chiamato ad attenersi ai compiti espressamente attribuitigli dal giudice tutelare, giudice che da parte sua «non potrà immotivatamente largheggiare, essendo tenuto invece a compiere una rigorosa valutazione relativa alle restrizioni che in concreto appaiono indispensabili ad assicurare la protezione del soggetto cui il procedimento si riferisce»³¹⁴.

Il giudice tutelare adito ha infatti il dovere, caso per caso, innanzitutto di decidere se ammettere la richiesta di sostegno ed eventualmente, in secondo luogo, il *quantum* dei poteri dell'amministratore, elencando nel decreto di nomina i singoli specifici compiti di quest'ultimo modellandoli sulle necessità del beneficiario. Tali poteri potranno essere sia di mera assistenza sia di caratteri semi-sostitutivo che infine di rappresentanza, senonché di sostituzione, qualora la capacità del beneficiario sia particolarmente ridotta; in queste ultime ipotesi, però, i poteri restano circoscritti a quelli espressamente elencati nel decreto di nomina. È infatti posto divieto all'amministratore di prendere iniziativa al di fuori dei confini tracciati dal giudice tutelare.

Tutto ciò, oltre a costituire uno degli aspetti più innovativi delle novellata disciplina, incarna anche uno degli aspetti più problematici e

³¹⁴ DELLE MONACHE S., *Prime note sull'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, op. cit., p. 31. Rispetto alle concrete modalità operative nella fase di nomina dell'amministratore, si cfr. Tribunale di Varese, dott. Buffone, decreto 6 ottobre 2009, in www.personaedanno.com: «Reputa questo Giudice, condividendo le opinioni già da altri espresse, che debba farsi riferimento alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (...). Il trattato in esame riconosce espressamente (lett. n del preambolo) "l'importanza per le persone con disabilità della loro autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte" (collocati nel novero dei "principi generali", v. art. 3 della convenzione). La Convenzione, all'art. 12 ("uguale riconoscimento dinanzi alla legge), comma IV, chiaramente statuisce, poi: "Gli Stati devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario". Ed, allora, tutte le norme a tutela dell'incapace, da intendere come persona diversamente abile, (art. 1, comma II, Conv. New York: coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali) devono essere improntate ai seguenti principi: a) la misura deve essere proporzionata ed adatta alle condizioni della persona; b) la misura deve essere applicata per il più breve tempo possibile».

critici dell'applicazione dell'istituto³¹⁵ rispetto anche a quella che ne è la *ratio*. Sarebbe infatti forse operazione non puramente tecnica ma carica di risvolti sostanziali, quella di provare a verificare come effettivamente, nella pratica dei tribunali, si svolge questo momento di personalizzazione della misura protezionistica, potendosi finanche celare il rischio dell'attribuzione all'amministratore di poteri che arrivano ad una sostituzione della volontà dell'amministratore a quella del beneficiario.

Ma quale l'orizzonte entro cui può muoversi l'amministratore di sostegno, o forse più correttamente, quali sono gli ambiti entro cui il giudice tutelare può delineare le attività conferibili all'amministratore, gli ambiti che potranno essere investiti del suo intervento?

Nel circoscrivere l'oggetto dell'incarico occorre prendere le mosse dalla *ratio* dell'istituto *de quo*, dal quale deriverà di conseguenza l'ampiezza dei poteri dell'amministratore stesso.

L'amministrazione di sostegno viene vista come modello volto al soddisfacimento dell'eterogeneità dei bisogni del destinatario. Il legislatore aveva pensato ad un'inversione di tendenza nell'operazione di novella della disciplina a favore dei oggetti fragili, cercando di addivenire ad una disciplina dove al centro potesse venire ricondotta la persona. Si attribuisce pertanto a questa misura protezionistica una vocazione più ampia di quella propria di interdizione e inabilitazione, sorretta da una volontà di superamento della logica prettamente patrimonialista che cede il passo ad una logica personalista che tenga conto quindi di tutte le esigenze afferenti alla sfera umana, ricomprendendo non solamente gli aspetti patrimoniali, economici, ma più in generale la cura della persona³¹⁶.

³¹⁵ CALÒ E., *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in *Rivista del Notariato*, 2004.

³¹⁶ Si esprimono nel senso di un persin maggior peso della *cura personae* rispetto alla *cura patrimonii* nell'istituto *de quo*, CENDON P., ROSSI R., *I compiti dell'amministratore di sostegno*, in *www.altalex.it*, 2008: «Il rilievo generale da cui muovere è che i profili della cura della persona – nella logica che regge il neo sistema di salvaguardia – sono destinati ad assumere preminenza, di regola, rispetto a quelli dell'attenzione per il patrimonio. Di qui la necessità che sia conseguibile, nella misura del possibile, ogni vantaggio o risultato di natura personale di cui il beneficiario abbisogna (e che lo stesso non sarebbe in grado

«Il valore di questa disciplina, (...), non risiede tanto nei suoi profili, (...), di incidenza su meccanismi e questioni legate al mondo dell'economia, così care alle contingenze odierne, quanto piuttosto sugli indubbi riflessi positivi che può arrecare o suscitare da un punto di vista sociale»³¹⁷.

Analogamente Simeoli:

«L'impianto di custodia improntato alla ablazione preventiva e totale della capacità di agire è stato superato dalle nuove acquisizioni della cultura giuridica e della scienza psichiatrica. Al suo posto si afferma l'idea di un progetto di tutela personalizzato e flessibile, rispettoso della dignità della persona non autosufficiente e proteso alla cura oltre che alla salvaguardia della consistenza patrimoniale».

Tale vocazione non è però stata fin da subito chiara ed incontrovertibile, avendo parte della dottrina, seppur minoritaria, messo in discussione questa omnicomprensiva finalità, attribuendo all'amministrazione funzioni pressoché coincidenti con quelle delle figure protezionistiche preesistenti o, per lo meno, che avevano interpretato la cura della persona in un'ottica più squisitamente di stampo amministrativo-gestorio, riguardante quindi il compimento di attività elementari collegate allo svolgimento dei normali compiti della vita quotidiana (mantenimento del decoro dell'abitazione, ritiro della pensione, pagamento delle bollette, etc.). Le norme da cui è stato fatto derivare

di raggiungere da solo); basta pensare agli atti che toccano la dimensione più intima della persona, come le scelte relative ai rapporti di famiglia, e alla disposizione dei propri beni». ³¹⁷ AVAGLIANO M., *La riforma dell'incapacità del maggiorenne*, FederNotizie, 2004, p. 81. Si veda anche VOCATURO S., *L'amministrazione di sostegno: verso la promozione dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista del Notariato*, 2005, p. 1152 ss.; MORETTI M., *Scelta dell'amministratore di sostegno*, in DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C. (a cura di), *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, IPSOA, 2004.

l'ampio potere dell'amministratore di sostegno sono in primo luogo l'art. 404 c.c. che, parlando di interessi, ha però diviso la dottrina e la giurisprudenza che, se da una parte interpretano il sostantivo come espressione di una volontà ampliativa nel novero delle competenze dell'amministratore, data la genericità e ampiezza della locuzione, dall'altra sottolineano la riconduzione del modello alla mera risoluzione di problemi privatistici-patrimoniali, posto anche il mancato richiamo all'art. 375 c.c.³¹⁸. Vengono inoltre utilizzate come parametro di riferimento l'art. 405 c.c. (ove si afferma che il giudice tutelare può prendere tutti i provvedimenti caratterizzati da urgenza che ineriscono alla *cura personae*), l'art. 408 c.c. (dove si definisce che criterio guida dell'azione dell'amministratore debba essere la cura e gli interessi della persona del beneficiario) e infine l'art. 410 c.c. (nel quale si impone all'amministratore di tener conto nella sua attività di gestione delle aspirazioni e dei bisogni del beneficiario); oltre a questi va menzionato altresì l'art. 44 disp. att. «novellato ad opera dell'art. 12 l. n. 6/2004, che attribuisce al Giudice Tutelare il potere di dare all'amministratore di sostegno "istruzioni inerenti agli interessi morali" del beneficiario»³¹⁹.

Attraverso l'interpretazione di tali norme si è giunti ad includere, nella gamma dei poteri dell'amministratore, anche tutti gli atti riguardanti

³¹⁸ Art. 365 c.c.: «Il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni». Si veda PAGLIANI G., *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di Merito*, VII-VIII, 2009, p. 1776 che afferma: «Si desume che il mancato motivo del richiamo espresso di detta norma (art. 357 c.c.) risiede nel fatto che la cura della persona fa parte della sostanza stessa dell'incarico dell'amministratore di sostegno, come compito essenziale ed immanente, al centro dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, e non è più soltanto oggetto di autonoma specificazione quale compito dell'incaricato, come previsto per il tutore»; CENDON P., ROSSI R., *Amministrazione di sostegno*, op. cit.; COSENTINI L., *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura e autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza di Merito*, XI, 2009, p. 2692; RUSCELLO F., *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2005, p. 85; SACCA B., *Down, ads, diritto di sposarsi, autodeterminazione terapeutica*, in *www.personaedanno.it*; cfr. in senso contrario, DELLE MONACHE S., *Prime note sull'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, op. cit. In giurisprudenza cfr. Tribunale di Torino, decreto 22 maggio 2004, ripreso anche nel successivo decreto del medesimo Tribunale, 26 febbraio 2007, in *Famiglia e Diritto*, VII, 2007, p. 725.

³¹⁹ Cit. LANDINI A., *Amministrazione di sostegno e autodeterminazione terapeutica*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, XI, 2008, p. 910.

«ogni attività di vita civile giuridicamente significativa», giungendo fino a riconoscere la facoltà per l'amministratore di interferire con veri e propri diritti fondamentali e personali del beneficiario, nel rispetto però del costante divieto di compiere atti personalissimi in nome e per conto di terzi.

8.2. *Atti personalissimi: quale il limite dell'amministrazione di sostegno?*

Quando si parla di atti personalissimi si parla di tutti quegli atti che non possono essere compiuti da altri soggetti al di fuori del diretto interessato, in virtù del bene giuridico coinvolto nella fattispecie concreta, strumentale alla realizzazione della personalità umana e quindi oggetto di un diritto il cui esercizio non tollera sostituzioni se non nei limitati casi espressamente previsti *ex lege*³²⁰.

Molteplici sono le disposizioni civilistiche che prevedono, rispetto al compimento di alcuni atti, la sostituzione da parte di un terzo, sia essi un soggetto prossimo al titolare del diritto, sia esso la stessa autorità giudiziaria³²¹; tra questi si ricordano in particolare alcuni atti collegati al diritto di famiglia, quali la prestazione del consenso matrimoniale (art. 85

³²⁰ In ordine all'impossibilità che gli atti personalissimi vengano rimessi all'autonomia decisionale e all'autonomia privata di terzi si veda SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1986; sul rapporto tra atti personalissimi e amministrazione di sostegno cfr. PAGLIANI G., *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in MASONI R. (a cura di) *Amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni*, Maggioli Ed., 2009. Si veda anche Cass. Civ. sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748: «Ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza». In argomento NARDELLI M., *Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie*, in *Giurisprudenza di Merito*, IX, 2009, p. 2103; SACCA B., *Down, ads, diritto di sposarsi, autodeterminazione terapeutica*, op. cit.

³²¹ Anche nei casi in cui, rispetto a diritti personalissimi, si ammette l'intervento del giudice, questi non avrà una funzione surrogatoria ma una mera funzione valutativa della capacità di colui che dovrebbe porre in essere l'atto e quindi della consapevolezza della eventuale scelta. Si veda ad esempio quanto disposto *ex art.* 84 c.c. in relazione al matrimonio di minore emancipato.

c.c.)³²², il riconoscimento del figlio naturale (art. 266 c.c.), la redazione delle disposizioni testamentarie (art. 591 c.c.), la donazione (art. 774 c.c.), la confessione (art. 2731 c.c.) e il giuramento (art. 2737 c.c.).

Recentemente, però, taluni giudici tutelari hanno ammesso un affiancamento al beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno, nel compimento di alcuni atti del diritto di famiglia, qualora questi non sia ovviamente privo del minimo barlume di coscienza, residuando pertanto un *minimum* di capacità di intendere e di volere. In questa funzione di affiancamento, l'amministratore sarà inoltre tenuto ad avvisare il giudice tutelare competente qualora riscontri l'eventuale insorgere di una totale incapacità, tale da comportare quindi la necessità di una più ampia limitazione ai sensi dell'art. 411 c.c.

Esempi possono rinvenirsi nel decreto del Tribunale di Varese, 6 ottobre 2009³²³, in occasione del quale il giudice ha riconosciuto all'amministratore di sostegno la facoltà di svolgere un ruolo di intermediazione per gli atti giuridici riguardanti il matrimonio del beneficiario e nel decreto del Tribunale di Roma, 10 marzo 2009³²⁴, ove si afferma che l'amministratore di sostegno può ricevere dal giudice tutelare autorizzazione ad instaurare il giudizio divorzile in nome e per conto del beneficiario incapace di esprimersi, a condizione del raggiungimento della prova presuntiva dell'attuale volontà di quest'ultimo di concludere la vicenda matrimoniale³²⁵.

In altri casi ancora l'amministratore di sostegno è stato autorizzato a proporre, in nome e per conto del beneficiario, domanda di separazione giudiziale, solo però una volta ricostruita e accertata la volontà in tal senso del beneficiario medesimo, dopo quindi aver dimostrato che il

³²² Si veda in giurisprudenza Tribunale di Varese, decreto 6 ottobre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 287 che ha escluso la possibilità di attribuire all'amministratore di sostegno la facoltà di prestare il consenso matrimoniale.

³²³ Tribunale di Varese, decreto 6 ottobre 2009, in *Famiglia e Diritto*, III, 2010, p. 287.

³²⁴ Tribunale di Roma, decreto 10 marzo 2009, in *Famiglia, Persone e Successioni*, IV, 2009, p. 368.

³²⁵ Analogamente Tribunale di Modena sez. II, decreto 26 ottobre 2007, in *Famiglia e Diritto*, III, 2008, p. 277 e Tribunale di Cagliari, decreto 15 giugno 2010, in *www.altalex.it*.

beneficiario avrebbe così agito. In questo senso si è espresso con decreto del giugno 2010 il Tribunale di Cagliari con il quale si è affermato che l'amministratore possa farsi rappresentante del proprio beneficiario nella presentazione del ricorso per separazione giudiziale subordinatamente 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 condizioni di piena capacità, consenta per tale via un accertamento della (presumibile e 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)»³²⁶.

Ipotesi derogatorie alla regola generale su espressa sono invece l'azione di accertamento della paternità e della maternità naturale, nell'interesse dell'incapace (art. 273 c.c.), l'impugnazione del riconoscimento di filiazione naturale per difetto di veridicità (art. 264 c.c.), l'impugnazione per nullità del matrimonio (art. 119 c.c.) e l'azione di disconoscimento di paternità (art. 245 c.c.). L'eccezionalità rispetto al divieto generale rispetto a tali atti, che pure non coinvolgono meri interessi patrimoniali, si rinviene nella convenienza oggettivamente valutabile che ne deriverebbe in capo al legittimo titolare dell'esercizio dell'atto; quasi una sorta di presunzione che egli, in virtù di questa beneficalità, li avrebbe posti in essere qualora si fosse trovato nelle condizioni di poterlo fare.

Tra questa categoria di atti, la dottrina fa rientrare anche la prestazione del consenso informato, considerato atto personalissimo in senso lato; da una simile affermazione quali sono però le conseguenze che ne discendono in relazione al rapporto tra amministrazione di sostegno e consenso informato? Quale il ruolo dell'amministratore nei casi di

³²⁶ Tribunale di Cagliari, decreto 15 giugno 2010, in *www.altalex.it*.

beneficiario totalmente incapace di intendere e di volere “chiamato” a prestare consenso informato?

8.3. Amministrazione di sostegno e consenso informato.

Da qui, l'ampliamento dello spettro dell'intervento tutelativo dell'amministrazione e quindi la possibilità di estensione all'amministratore della facoltà di prestare il consenso informato è stato brevissimo. Tale progresso non è però avvenuto in maniera assolutamente pacifica potendosi al contrario registrare opinioni dissenzianti, benché oramai superate dalla più recente dottrina e giurisprudenza; da alcuni è stato infatti sostenuto che la lettura testuale del dato normativo porterebbe ad escludere, e non ad accogliere, tale dilatazione del raggio di azione dell'amministratore di sostegno³²⁷.

Pur riconoscendo la natura di atto personalissimo del consenso informato in quanto concretizzazione di un vero e proprio diritto soggettivo, numerosi decreti emanati fin da poco tempo dopo l'approvazione della legge hanno cominciato a riconoscere tra i poteri

³²⁷ Le ragioni di tale avversione si fondavano essenzialmente su due ordini di ragioni: in primo luogo, in virtù dell'esclusione dal novero delle norme da applicare anche all'amministrazione di sostegno, operata dall'art. 411 c.c., dell'art. 357 c.c. relativo alla cura della persona, in particolare del minore. Si tenga inoltre presente che, in sede di lavori parlamentari al Senato, il disegno di legge era stato approvato con un articolo che nella delimitazione soggettiva faceva rientrare coloro i quali non erano in condizioni di «provvedere alla cura della propria persona e dei propri interessi», stabilendo così indirettamente anche il campo di azione dei poteri dell'amministratore. Alla Camera, invece, la locuzione venne modificata e venne elisa proprio la parte riguardante la “cura della propria persona”; d'altra parte, è bene osservare che tale locuzione è rientrata nella disciplina civilistica dell'amministrazione di sostegno nell'art. 405 c.c. ove si afferma che: «Qualora sussista la necessità, il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio». A questa motivazione di ordine formale si aggiungono inevitabilmente anche altre di ordine sostanziale inerenti la illegittimità del comportamento dell'amministratore di sostegno che non potrebbe sostituirsi al beneficiario nella realizzazione di atti personalissimi quale la prestazione del consenso informato. *Ex multis* in giurisprudenza si veda, rispetto alla negazione della possibilità di attribuire la competenza all'amministratore di sostegno della prestazione del consenso informato, Tribunale di Torino, decreto 22 maggio 2004, in www.studioaquilani.it e Tribunale di Torino, sez. distaccata di Moncalieri, decreto 26 luglio 2006, in www.personaedanno.it.

dell'amministratore di sostegno anche quello di prestare il consenso informato in nome e per conto del proprio assistito.

Lo Stato si prende infatti cura, creando differenti strumenti di tutela giuridica e quindi diverse figure tutelanti, anche di tutte quelle persone che si trovano in una condizione di minorità e affida a certi soggetti il compito di vigilare su di essi. Se un paziente in condizioni di incoscienza giunge in ospedale, ad eccezione dei casi di necessità ed urgenza dove risulta anche superflua la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno³²⁸, non potendosi rinviare *sine die* la decisione in merito al percorso clinico dello stesso, si lascia che tale facoltà venga traslata sull'amministratore ad uopo nominato dal giudice tutelare³²⁹.

«Ritenuto pertanto che, nel rispetto dell'ulteriore principio di garanzia espresso in ambito sanitario sopranazionale, che impone a ciascuno Stato la previsione ex lege di un rappresentante (persona fisica o autorità o organo) che autorizzi un intervento terapeutico in favore di un maggiorenne che non sia nelle condizioni di esprimere un valido e consapevole consenso, rientri a pieno titolo

³²⁸ Subentra infatti in questo caso la diretta applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 54 c.p. e 2045 c.c. Nel decreto del Tribunale di Trieste del 17 dicembre 2008, in *www.personaedanno.it*, il giudice tutelare adito affermava: «Solo laddove non sussista uno stato di necessità, il sanitario può richiedere o far richiedere dai familiari la nomina di un legale rappresentante della persona incapace al fine di esprimere un consenso informato alle cure ovvero al fine di esprimere quel dissenso alle cure che il paziente avrebbe espresso ove fosse stato capace di farlo. (...) Lo stato di necessità, così considerato, consente di prescindere dal consenso informato del paziente, e impone al medico di eseguire sul paziente e per il paziente, incapace di esprimere il proprio consenso, ogni trattamento sanitario utile e necessario, in modo tempestivo e adeguato, secondo la migliore scienza ed esperienza medica»; allo stesso modo cfr. Tribunale di Trieste sez. riesame, decreto 11 marzo 2009, in *www.dejure.it*; Tribunale di Roma, decreto 21 dicembre 2005, in *Famiglia e Diritto*, V, 2006, p. 523.

³²⁹ A differenza degli atti personalissimi di cui si parlava, quelli rientranti nella sfera del diritto di famiglia, la decisione in merito alle cure mediche non è un atto facoltativo per la correlazione con altri diritti fondamentali quali il diritto alla salute e il diritto alla vita. Proprio su questo presupposto, per tutelare la salute del paziente, talvolta la scelta per l'amministrazione è stata dettata dalla peculiarità di casi limite quali quello della ragazza anoressica o del paziente tossicodipendente o alcolista; soggetti affetti da patologie che non permettono il formarsi di una coscienza e quindi una rappresentazione veritiera della situazione clinica, dell'eventuale trattamento necessario e delle conseguenze di un rifiuto che potrebbe comportare gravi danni all'integrità fisica, se non addirittura letali. In questo senso si legga il Tribunale di Modena, decreto 28 giugno 2004, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, I, 2005, p. 185.

nell'Amministratore di sostegno tra i soggetti cui possa essere legittimamente riconosciuta tale funzione di rappresentanza, funzione che viene sancita da un giudice, quando abbia accettato l'impedimento psichico dell'interessato ad assumere consapevoli valutazioni inerenti la cura della sua persona, e abbia quindi esteso l'oggetto dell'incarico assegnato all'AdS ex art. 405 co. 5 n. 3 c.c., anche alla cura della persona come atto dell'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario»³³⁰.

Il medesimo riconoscimento dell'amministrazione di sostegno quale strumento idoneo per rispondere a quell'esigenza tutelativa del diritto di autodeterminazione terapeutica anche per tutti i soggetti che siano nelle condizioni di non poter provvedere personalmente alla prestazione o negazione del consenso informato, si rinviene nella stessa pronuncia della Corte di Cassazione sul caso Englaro. In un *dictum* della sentenza³³¹, infatti, i giudici hanno annoverato tra i soggetti a cui il giudice può

³³⁰ Cit. Tribunale di Milano, decreto 5 aprile 2007, in CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno. Questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, op. cit. Ricca è la casistica in questo senso fornitaci dai tribunali: decr. Trib. Parma, 7 giugno 2011, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 791; decr. Trib. Roma, 6 dicembre 2010, in *www.personaedanno.it*; decr. Trib. Palermo, 9 dicembre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 492; decr. Trib. Modena, 20 marzo 2008, in *www.dirittoelege.it*; decr. Trib. Milano, 5 aprile 2007, in *www.personaedanno.it*; decr. Trib. Milano, 21 giugno 2006, in *www.personaedanno.it*; decr. Trib. Modena, 28 giugno 2004; decr. Trib. Roma, 19 marzo 2004, in *www.diritto.it*; decr. Trib. Modena, 15 settembre 2004, in *Famiglia e Diritto*, I, 2005, p. 85; decr. Trib. Cosenza, 28 ottobre 2004, in *www.altalex.com*; decr. Trib. Roma, 19 febbraio 2005, in *Famiglia, Persone e Successioni*, II, 2005, p. 271; decr. Trib. Vibo Valentia, 30 novembre 2005, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, I, 2006, p. 11; decr. Trib. Roma, 21 dicembre 2005; decr. Trib. Pinerolo, 9 novembre 2004, in *www.personaedanno.it*; decr. Trib. Reggio Emilia, 4 novembre 2005, in *www.personaedanno.it*; decr. Trib. Siena, 18 giugno 2007, in *www.personaedanno.it*; decr. Trib. Roma, 22 dicembre 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, IV, 2005, p. 2344.

³³¹ Si ricordi infatti che la Corte di Cassazione era stata adita per risolvere due quesiti fondamentali: 1. se idratazione e alimentazione artificiali praticate attraverso sondino nasogastrico potessero qualificarsi come forma di accanimento terapeutico nel caso in cui non si riscontrassero benefici per il paziente se non quello di preservare una pura funzionalità biologica e meccanica; 2. se ed in che limiti potesse essere interrotta tale terapia qualora si fosse dimostrato che la richiesta, avanzata dal tutore, corrispondesse alle opinioni espresse e ai «convincimenti sul significato della dignità della persona» proprie del beneficiario della misura.

affidare il compito di manifestare il consenso o il dissenso ad un determinato trattamento terapeutico, insieme al tutore, anche l'amministratore di sostegno.

Tutto ciò posto, permangono però alcuni fondamentali interrogativi, oggetto di parte delle critiche che hanno, soprattutto in un primo tempo, diviso i tribunali, e che dipendono dal riconoscimento del legittimo coinvolgimento e dell'intervento dell'amministratore nella procedura di rilascio del consenso informato; la divergenza di posizioni si è sostanzialmente oggettivata nel duplice binario della vincolatività o meno per il personale sanitario delle indicazioni date dall'amministratore di sostegno. Se una parte della giurisprudenza tutelare ha sancito nei suoi decreti la vincolatività del consenso rilasciato dall'amministratore di sostegno, una parte seppur minoritaria si è espressa in senso opposto, conferendo così all'amministratore il ruolo di mero portatore della eventuale volontà del beneficiario, con l'intento di lasciare la decisione ultima al personale medico³³². Tale discordanza si rafforza soprattutto a fronte di quelle scelte dell'amministratore di sostegno che hanno ad oggetto l'autorizzazione o la negazione della attuazione e prosecuzione di un trattamento sanitario *quoad vitam*, il cui rifiuto sia quindi in grado di condurre ad esiti estremi³³³. Il terreno delle scelte mediche è già di per sé

³³² In argomento, Tribunale di Roma, decreto 19 febbraio 2005, in *www.diritto.it*, in cui si autorizzava l'amministratore di sostegno a delucidare i sanitari in merito alla volontà a suo tempo espressa dal beneficiario «fatta salva e impregiudicata ogni decisione dei medici che lo hanno in cura in merito alla prevalenza o meno della volontà del paziente sullo stato di necessità»; Tribunale di Torino, sez. distaccata Moncalieri, decreto 26 luglio 2006, in *www.personaedanno.it*; Tribunale di Campobasso, decreto 26 aprile 2004, in *Giurisprudenza Civile*, I, 2005, p. 3175. Sulla impossibilità per l'amministratore di decidere al posto del paziente, soprattutto a fronte di situazioni di urgenza e necessità medica, cfr. Tribunale di Cagliari, decreto 4 novembre 2008, in *www.olir.ir/documenti*: l'amministratore non può «rifiutare le terapie, compresa l'eventuale trasfusione di sangue, che i sanitari dovessero ritenere necessarie ed indifferibili per la salvaguardia della integrità fisica del paziente e della sua stessa vita».

³³³ Per una rassegna giurisprudenziale si vedano *ex multis*: Tribunale di Ravenna, decreto 21 agosto 2007, in *www.personaedanno.it*, con il quale si rilevava che il beneficiario «quando le sue condizioni di salute le consentivano di validamente autodeterminarsi, aveva espressamente indicato, sia per iscritto, sia riferendo ad altri le proprie volontà (...), di non intendere essere sottoposta a trasfusioni di alcun genere» e conferiva alla figlia «la legittimazione ad agire in nome e per conto della madre per riferire ai sanitari, qualora si prospettasse la necessità di sottoporsi a trattamenti trasfusionali, quella che era stata la volontà dichiarata in passato dalla stessa»; Tribunale di Tivoli, decreto 10 ottobre 2007,

un terreno di estrema delicatezza dove il giudice tutelare e l'eventuale amministratore di sostegno nominato sono chiamati a muoversi con molta attenzione avendo come stella polare la garanzia dei diritti tutti del beneficiario, insinuandosi all'interno di una relazione data quale quella terapeutica intercorrente tra medico curante e paziente.

In un'ottica di tutela del diritto all'autodeterminazione del paziente, di tutela della "sacralità" del diritto di rifiutare in piena libertà i trattamenti sanitari e di non essere quindi costretto a subire un'invasione da parte di terzi della propria sfera corporale e non, come il giudice e di devono muoversi?

Il compito del giudice appare infatti molto delicato dovendo egli valutare in concreto, ricalcando il modello del *functional approach* anglo-americano³³⁴, la sussistenza di una consapevolezza in capo al beneficiario rispetto alla scelta, soprattutto in quei casi in cui l'amministratore di sostegno possa essere anche chiamato ad opporsi alla decisione del beneficiario stesso³³⁵.

in www.personaedanno.it, che autorizzava «l'amministratore di sostegno a manifestare ai sanitari la volontà a suo tempo espressa dal beneficiario in merito ad atti trasfusionali di sangue ed emoderivati ed a prestare il consenso informato ai trattamenti terapeutici necessari per la cura della salute fisica e psichica del beneficiario»; Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008, in *Famiglia e Diritto*, X, 2008, p. 923, in cui una donna proponeva la nomina marito quale rappresentante della sua volontà contraria qualora avesse dovuto prestare il consenso informato al trattamento salvavita. Cfr. anche Tribunale di Modena, decreto 16 settembre 2008, in *Massima Redazionale*; Tribunale di Bologna, sez. Imola, decreto 4 giugno 2008, in www.leggiditalia.it; Tribunale di Modena sez. III, decreto 19 dicembre 2008, in www.dejure.it.

³³⁴ In Inghilterra e negli Stati Uniti il *functionl approach* è il modello prescelto per la valutazione della capacità di un soggetto, proprio per la sua idoneità a fondare un giudizio rapportato alla specifica situazione e al momento in cui trova espressione l'esercizio della capacità di autodeterminazione del singolo. Per quanto riguarda il sistema inglese, questo metodo, preferito allo *status approach* e all'*outcome approach*, è stato recepito anche nel *Mental Capacity Act* del 2005, oltre che utilizzato dalla giurisprudenza (si veda in particolare *Re W (Adult Refusal of treatment del 2002)*). Per una più approfondita trattazione cfr. GRISSO T., APPELBAUM P., *Assessing competence to consent to treatment*, Oxford University Press, 1998.

³³⁵ Si veda ad esempio il decreto del Tribunale di Modena del 28 giugno 2004, in www.leggiditaliaprofessionale.it, in cui il giudice, previa verifica della inautenticità della volontà espressa dal beneficiario, autorizzava l'amministratore di sostegno a prestare consenso informato in nome e per conto dello stesso ad un'operazione di osteosintesi all'arto inferiore sinistro, diretto ad evitare successive e probabili malformazioni.

Basti pensare alla complessità della valutazione operata dal giudice tutelare in tutti quei casi in cui sono coinvolti soggetti dediti all'uso di sostanze stupefacenti che potrebbero necessitare di un ricovero presso un istituto specializzato oltre che della sottoposizione ad una determinata terapia³³⁶; la giurisprudenza evidenzia che, qualora questi si dimostri comunque sufficientemente cosciente e consapevole delle implicazioni connesse al rifiuto opposto al trattamento, contrario e lesivo del diritto all'autodeterminazione sarebbe la nomina di un amministratore di sostegno incaricato di prestare il consenso informato; lesione che invece non si realizzerebbe in tutti quei casi in cui il potenziale beneficiario sarebbe, a causa del disturbo, incapace di provvedere ai propri interessi³³⁷.

E ancora, come può l'amministratore decidere, una volta nominato, senza oltrepassare i confini della legittimità, senza intaccare direttamente quelli che sono i diritti personalissimi del suo assistito? O meglio, cercando di chiarificare il vero *punctum dolens*: attraverso quali criteri il "rappresentante" può agire? Non si può parlare infatti di rappresentanza in senso stretto, di rappresentanza sostanziale a tutti gli effetti, ferma

³³⁶ Altri casi in si presentano problematiche analoghe, che sono state affrontate dalla giurisprudenza tutelare, riguardano soggetti affetti da forme di anoressia e soggetti cui viene prospettata la possibilità di essere sottoposto a sperimentazioni cliniche. Rispetto al primo dei casi summenzionati si veda Tribunale di Roma, decreto 6 dicembre 2010, in *www.personaedanno.it*, in cui il giudice aveva autorizzato l'amministratore di sostegno, nel corso del procedimento di nomina instaurato a seguito della presentazione di ricorso sottoscritto dalla stessa, a svolgere attività di assistenza nei confronti della ragazza così da persuaderla al ricovero in un istituto adeguato; il giudice predisponeva altresì che, se la ragazza avesse continuato a negare il proprio consenso fino a raggiungere una soglia di peso determinata nel decreto, si sarebbe dovuto dar corso ad una procedura per trattamento sanitario obbligatorio. In materia invece di soggetto incapace di prestare consenso informato a terapia sperimentale si veda Tribunale di Roma, decreto 24 marzo 2010, in cui una anziana donna malata di Alzheimer aveva prestato, pur in una situazione di non piena capacità di intendere e di volere, prestato il consenso informato alla terapia sperimentale. In tale occasione il giudice tutelare aveva disposto l'intervento dell'amministratore di sostegno solo in una fase successiva, qualora la donna si sarebbe rilevata totalmente incapace, così da garantire una prosecuzione nella manifestazione del consenso, a condizione dell'assolvimento da parte del personale medico dell'obbligo di informativa rispetto alla specifica terapia di cui si chiedeva la prosecuzione.

³³⁷ Cfr., *ex multis*, Tribunale di Milano, decreto 13 dicembre 2007 e, più recentemente, Tribunale di Trani, decreto 17 maggio 2011, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 799, con nota di AMENDOLAGINE V., *La ricerca del "best interest" del beneficiario nell'amministrazione di sostegno*.

restando l'impossibilità per l'amministratore di sostituire la sua discrezionalità e la sua autonomia a quella del rappresentato.

CAPITOLO III

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO,

CONSENSO INFORMATO E TESTAMENTO BIOLOGICO

SOMMARIO: 1. Premessa. - PARTE I: AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E RICOSTRUZIONE DELLA VOLONTÀ: UN EMBLEMATICO DÉJÀ VU. - 1. Il decreto del 24 luglio 2012, Tribunale di Reggio Emilia. - 1.1. I fatti e il contenuto del decreto. - 1.2. Un commento... - PARTE II: L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO, IL CONSENSO INFORMATO E IL TESTAMENTO BIOLOGICO: UN RAPPORTO DISEGNATO IN UN PERCORSO GIURISPRUDENZIALE. - 1. L'accostamento di due istituti: amministrazione di sostegno e dichiarazioni anticipate di trattamento. - 2. Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008: amministrazione di sostegno e dichiarazioni anticipate di trattamento. - 3. Decreto tribunale di Modena 5 novembre 2008: la nomina pro futuro. - 3.1. L'attualità della condizione di fragilità quale presupposto necessario. - 3.1.1. Il recente arresto della Corte di Cassazione sul requisito di attualità della condizione di infermità...un'occasione per ribadire alcuni principi in materia di decisioni di fine vita. - 4. La disciplina dell'amministrazione di sostegno alla prova della tutela per il diritto alla libertà personale. - 4.1. La tutela del diritto di autodeterminazione: problematiche di ordine sostanziale. - 4.2. La tutela del diritto di autodeterminazione da un punto di vista strettamente processualistico. - PARTE III: L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO NEL PRISMA DEL DISEGNO DI LEGGE IN MATERIA DI DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO. - 1. La necessità di un intervento normativo in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento. - 2. Luci e ombre dell'attuale disegno di legge in materia di direttive anticipate di trattamento. - 3. L'amministrazione di sostegno in una prospettiva *de jure condendo*: i profili più discutibili del disegno di legge. - 3.1. Ipotesi di formulazione dell'articolo 2. - 4. L'attuale discussione parlamentare: un'occasione da non perdere.

1. Premessa.

Si è già avuto modo di osservare come gli enunciati del diritto costituzionale, in particolare quelli contemplati nella prima parte della Costituzione dedicata ai diritti e alle libertà, vivono del contenuto che ne dà il legislatore ordinario, dell'applicazione che ne fa la giurisprudenza, e delle riflessioni compiute in sede dottrinale.

La recente misura protezionistica dell'amministrazione di sostegno è un esempio di come la normativa costituzionale pulsi e viva attraverso le numerose ed eterogenee operazioni interpretative dei giudici. Questa

figura merita dunque una particolare riflessione a fronte della tendenza che sta caratterizzando il nostro ordinamento, e soprattutto la giurisprudenza, in relazione al diritto di autodeterminazione in campo terapeutico.

L'amministrazione di sostegno è stata utilizzata come strumento per tutelare il diritto di autodeterminazione di soggetti incapaci di intendere e di volere, attraverso le due vie indicate nella sentenza della Suprema Corte che ha definito il Caso Englaro, ovvero sia la nomina di un rappresentante *ad acta* deputato a ricostruire la presunta volontà del paziente e le direttive anticipate di trattamento.

La capacità espansiva di tale strumento ha permesso a parte della giurisprudenza tutelare di spingersi su territori fino a quel momento inesplorati dell'applicazione concreta della figura civilistica *de qua*, in particolare nel campo delle decisioni di fine vita³³⁸; evoluzione che da molti è stata vista come logico approdo della duttilità della figura protezionistica dell'amministrazione di sostegno, da una parte, e dall'altra, dell'affermazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica in senso

³³⁸ La capacità espansiva e la flessibilità dei confini di tale figura sono state rilevate da numerosi autori, tra i quali si menzionano SAVORANI G., *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 129 ss. Si veda altresì la Relazione introduttiva al ddl n. 246, comunicato alla presidenza il 10 maggio 1996 nel corso della XIII legislatura, nella quale, presentando la creazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e identificandone le finalità si affermava (testo reperibile su www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp): «Vi è un nuovo istituto (l'amministrazione di sostegno) che si pone come modello generale per la soluzione dei problemi civilistico-patrimoniali della grande maggioranza delle persone disabili». Più oltre nel corso della Relazione si aggiungeva: «L'amministrazione di sostegno vuole rappresentare lo strumento offerto dall'ordinamento per fronteggiare i problemi privatistici di tutte le persone che siano anche temporaneamente disabili, e non soltanto gli infermi di mente. (...) S'intende che, se lo preferisce, un soggetto in difficoltà resta sempre libero di affidare ad un terzo da lui direttamente nominato, attraverso lo strumento di una procura volontaria, la cura dei propri beni (...). Molte sono, però, le circostanze e le ragioni che possono invece consigliare a chi è pur maggiorenne e capace il ricorso a una copertura gestorio-consulenziale che – come l'amministrazione di sostegno – si svolge pur sempre sotto il controllo del giudice». Ad ogni modo il relatore coglieva l'occasione per compiere già in questa sede un primo passo in avanti verso quelle letture ampliative del dettato civilistico fornite dalla giurisprudenza di cui si discute: «È probabile che l' "immagine" definitiva dell'istituto sarà quella che verrà man mano precisandosi sociologicamente, attraverso l'uso generale che ne verrà fatto nella prassi quotidiana».

negativo, ovverosia come diritto di rifiutare le cure anche qualora queste siano determinanti per la tutela del bene vita.

PARTE I

AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E RICOSTRUZIONE DELLA VOLONTÀ: UN EMBLEMATICO DÉJÀ VU

1. Il decreto del 24 luglio 2012, Tribunale di Reggio Emilia

Il 24 luglio 2012, la dott.ssa Zompì, giudice tutelare di Reggio Emilia ha emesso un decreto che accoglie ed attualizza il principio di diritto enunciato nella sentenza della Cassazione civile sul caso Englaro, in particolare nella parte in cui facoltizza l'espressione di un dissenso a trattamenti terapeutici salvifici da parte di un soggetto terzo, rappresentante del paziente impossibilitato ad esprimere viva voce la propria volontà³³⁹.

³³⁹ Un altro recente caso, precedente rispetto a quello in questa sede analizzato, che concerne la ricostruzione della volontà sulla base del principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione nel caso Englaro, è il decreto del Tribunale di Bari del 18 agosto 2011 (inedito). La vicenda aveva come protagonista un anziano beneficiario di amministrazione di sostegno, Testimone di Geova, per il quale, non essendo egli in grado di esprimere le proprie determinazioni, il giudice tutelare aveva provveduto alla ricostruzione della volontà rispetto ad atti trasfusionali. Nel caso di specie la ricostruzione della volontà era stata però "avvantaggiata" dalla presenza di una dichiarazione sottoscritta dal beneficiario nel 2004 in cui egli esprimeva il proprio incondizionato rifiuto a pratiche trasfusionali, in quanto membro dal 1973 della Congregazione dei Testimoni di Geova. Il Giudice tutelare, pertanto, conformemente a tale dichiarazione, in ossequio al credo religioso del paziente, aveva concesso autorizzazione all'amministrazione a prestare dissenso alle pratiche non desiderate dal beneficiario, con il limite però di una previa verifica circa l'insussistenza di metodi alternativi che avrebbero comunque salvaguardato sia la libertà religiosa dell'uomo che la sua salute e la sua stessa vita. Per un commento si veda DI MASI M., *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2012, p. 145-160. Cfr. altresì in giurisprudenza Tribunale di Modena, decreto 7 febbraio 2009, in *Famiglia e Diritto*, VI, 2009, p. 640: «Rientrano nel diritto di autodeterminazione della persona al rispetto del percorso biologico naturale il caso del capace che rifiuti o chieda di interrompere un trattamento salvifico e il caso dell'incapace che, senza aver rilasciato alcuna disposizione scritta, si trovi in una situazione di percorso di morte clinicamente valutato irreversibile e rispetto al quale il giudice si formi il convincimento, sulla base di elementi probatori convincenti, che la complessiva personalità dell'individuo cosciente era nel senso di ritenere lesiva della concezione stessa della sua dignità la permanenza e la protrazione di una vita vegetativa. (...) A tal fine soccorre l'amministratore di sostegno prevista dalla legge n. 6 del 2004; l'art. 1 della legge enuncia, infatti, la finalità dell'ordinamento di garantire la più ampia protezione alle persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana; le riflessioni sulla portata della nuova legge portano a riconoscerla come il modello normativo appropriato per dar

1.1. I fatti e il contenuto del decreto.

Il paziente era nello specifico una donna affetta da sclerosi multipla maligna in fase avanzata e diabete Mellito, allettata e nutrita tramite PEG, la quale aveva subito una grave compromissione da un punto di vista neurologico che aveva ridotto al minimo le sue capacità di comunicazione con il mondo esterno³⁴⁰. In questo quadro clinico era altresì intervenuto nel marzo 2012 un episodio di focolaio bronco-polmonare acuto con grave ipossemia a seguito del quale la donna era stata urgentemente ricoverata per far fronte anche ai problemi respiratori correlati alla paralisi e al conseguente allettamento che avevano ulteriormente indebolito l'apparato respiratorio. La signora si trovava quindi in una condizione tale da poter comportare in un futuro prossimo valutazioni circa la metodologia migliore

“sostegno” alle persone in stato di incapacità di intendere e di volere». I criteri muteranno al variare della fattispecie de quo: nel caso in cui manchino direttive da parte del beneficiario l'amministratore di sostegno verrà investito di una sorta di potere di rappresentanza nella scelta di atti personalissimi dell'individuo, benché la stessa Suprema Corte nella sentenza Englaro si sia espressa nel senso di un potere di rappresentanza non incondizionato, configurandosi piuttosto una “rappresentanza dell'interesse”. In senso parzialmente contrario si veda invece, Tribunale di Genova, decreto 6 marzo 2009, n. 6058, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 187: «Qualora si ritenga che l'amministratore di sostegno serva a “testimoniare” la volontà dell'amministrata fino a quando la stessa è rimasta in stato di coscienza, di fatto la misura della protezione non apporterebbe alcun valore aggiunto rispetto alla ferma volontà sino a quel momento espressa direttamente dall'inferma, adeguatamente documentata e giornalmente verificata dai medici, e che dovrà, comunque, essere tenuta in doverosa considerazione dai sanitari; qualora si ritenga, invece, che finalità del sostegno sia quella di dare voce all'amministrata a fronte di una condizione clinica mutata rispetto a quella preesistente, si porrebbe non solo il pericolo di rappresentare una volontà non più attuale della beneficiaria, ma soprattutto si rimetterebbe di fatto ad un terzo la disponibilità di un diritto personalissimo; in altre parole, in materia di diritto alla salute è certamente possibile incaricare l'amministratore di sostegno della rappresentanza dell'amministrato nell'esprimere il “consenso informato”, inteso come consenso espresso rispetto a scelte terapeutiche previa assunzione delle adeguate informazioni sui relativi costi e benefici; non si ritiene, invece, possibile incaricare l'amministratore di esprimere – comunque e in ogni caso –, un “dissenso” sulla base di una precedente scelta del tutto personale del titolare del diritto di anteporre il proprio convincimento religioso al bene della vita; (...) nel delimitare il potere di rappresentanza del terzo il riferimento principale è la tutela del diritto alla vita del rappresentato sicché il rappresentante può giungere all'interruzione (o alla negazione) delle cure solo in casi estremi (come nel caso trattato dalla Suprema Corte in cui la condizione dello stato vegetativo della tutelata era irreversibile secondo un rigoroso apprezzamento clinico)».

³⁴⁰ Nel decreto, in particolare, si fa riferimento al fatto che la donna: «per cenno di contatto verbale incostantemente sembra tentare una risposta motoria finalizzata alla comunicazione (ciao al saluto) mentre per lunghi tratti non sembra poter stabilire un contatto».

di intervento e, in particolare, valutazioni riguardanti l'alterativa tra il procedere con manovre maggiormente invasive quali intubazione o ventilazione meccanica e il proseguire con la sola terapia palliativa.

La paziente, che non aveva mai provveduto ad una pianificazione formale delle proprie cure, non lasciando quindi relative dichiarazioni di volontà, era beneficiaria di amministratore di sostegno al quale, nel decreto di nomina, era stato riconosciuto il potere di «prestare consenso informato, in nome e per conto della beneficiaria, previa consultazione degli altri suoi familiari, nell'ipotesi in cui ella dovesse trovarsi in condizioni tali da non essere in grado di provvedervi personalmente in modo autonomo e consapevole, in relazione ad eventuali interventi o trattamenti di natura medica, sia ordinari che straordinari (questi ultimi previa segnalazione a questo giudice tutelare e relativa autorizzazione), che si rivelino utili e/o necessari per la medesima»³⁴¹.

In ossequio a quanto sancito nel decreto di nomina, l'amministratore di sostegno presentava pertanto istanza di autorizzazione al giudice tutelare di Reggio Emilia, nella figura della dott.ssa Zompì, affinché gli venisse riconosciuta la facoltà di esprimere per conto della donna il consenso al percorso di cura tramite terapia palliativa con contestuale dissenso a pratiche di ventilazione artificiale; consenso e dissenso che, in mancanza di una espressa indicazione da parte della paziente, avrebbero dovuto essere ricavati da un'operazione ricostruttiva degli intendimenti della stessa in relazione ai possibili trattamenti proposti.

Dopo aver quindi provveduto ad assumere la documentazione attestante la difficoltà comunicativa della paziente sia tramite certificazione medica specialistica che tramite colloqui con l'amministratore di sostegno, il medico curante, il coordinatore infermieristico dell'ASL di Reggio Emilia e l'infermiera che aveva in carico la paziente, il Giudice tutelare si recava presso l'abitazione della donna per

³⁴¹ Tribunale di Reggio Emilia, decreto 24 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*.

condurre l'audizione personale. In tale occasione la signora, dopo aver risposto con difficoltà alla richiesta delle generalità, rimaneva silente a fronte delle successive domande del Giudice, tra le quali anche quelle relative alla volontà della stessa di continuare il percorso terapeutico o di interromperlo, rispondendo unicamente e in senso negativo all'interrogativo circa la sua volontà di essere o meno nuovamente portata in Ospedale.

Dato il ricostruito quadro fattuale, accertata l'impossibilità che la donna riuscisse, anche a fronte di un successivo evento degenerativo, a farsi portavoce diretta della propria volontà, la dott.ssa, prendendo le mosse dal combinato disposto di cui agli art. 404 c.c. e 6 della Convenzione di Oviedo, alla luce di quanto altresì statuito nel precedente arresto della Corte di Cassazione in materia di tutela della autodeterminazione terapeutica di adulto incapace, procedeva con una serie di colloqui con alcuni parenti prossimi e conoscenti, al fine di ricostruire la volontà della beneficiaria.

Dall'audizione dell'ex marito, della sorella, di un'amica e della guida spirituale, emergeva che la paziente era donna volitiva e vivace, caratteristiche che erano emerse anche nel modo con cui ella aveva affrontato la malattia, con atteggiamento combattivo, mai rassegnandosi alla morte e provando tutte le cure possibili, interrompendole momentaneamente solo quando aveva deciso di provare ad avere un figlio. Per quanto riguardava invece le convinzioni religiose, il marito riferiva che la moglie, «laica, comunista e di sinistra» aveva vissuto un avvicinamento alla fede cattolica al manifestarsi della malattia, avvicinamento che l'aveva portata ad instaurare un dialogo con la propria guida spirituale. Da tutte le testimonianze emerge come la donna non avesse mai esplicitamente espresso le sue volontà in ordine al percorso terapeutico cui era soggetta, nemmeno rispetto all'evoluzione della patologia e alla sua fase terminale. Il marito stesso ricordava di come talvolta nei momenti di disperazione ella avesse accennato al fatto di voler morire, avendo cura però in concomitanza di sottolineare come questi fossero momenti di disperazione

e come invece nei momenti di serenità ella non si fosse mai espressa rispetto ad eventuale rifiuto delle terapie: «quando era disperata e piangeva, lei diceva che voleva morire, ma era un momento di disperazione, nei momenti sereni non affrontava l'argomento. L'unica cosa che lei aveva detto è che, da morta, avrebbe voluto essere sepolta vicino al padre. Con Paola non abbiamo mai affrontato l'argomento della sua morte. Lei ragionava in termini di vita e non di morte».

Già da tali elementi, il Giudice Tutelare, si esprime nel decreto nel senso di una ricostruzione sufficientemente certa dei convincimenti della beneficiaria in ordine al tema del fine vita. Quello che però rende ancora più salda tale ricostruzione è, a detta dell'autorità giudiziaria, l'atteggiamento, riportato da alcuni dei testi, che la donna aveva tenuto in occasione della malattia e della morte del padre.

Questo quanto emerso:

«Non abbiamo mai parlato del suo caso specifico, però in altre occasioni mi aveva detto che non era d'accordo con le cure estreme e con l'accanimento terapeutico del padre. (...) nonostante fosse legatissima al padre, anche lei era d'accordo nel non arrivare ad eccessi inutili nelle cure. Parlavamo del fatto che il padre era morente, aveva metastasi ovunque, ed eravamo d'accordo nel ritenere che, se il padre doveva soffrire, era meglio lasciarlo andare. Il senso della telefonata era quello di evitare cure e sofferenze inutili. (...) Ricordo che, quando il padre era in punto di morte e faceva una serie di cure, io e Paola decidemmo consapevolmente di portarlo a casa dall'Ospedale per farlo morire in santa pace. C'era una certa opposizione degli altri familiari, ma ciò nonostante Paola decise di farlo morire a casa sua. Lei era contraria ad accanirsi nelle cure per il padre».

A chiusura di tale ricostruzione il giudice chiedeva infine ai parenti ed amici di esprimere secondo loro quale sarebbe stata l'idea di vita dignitosa che era propria della donna e quindi quale il rapporto con la condizione in cui attualmente versava:

«Secondo me Paola non avrebbe voluto essere intubata. Questa non è vita. Paola non avrebbe voluto che qualcuno la trattenesse in questa vita, che non è la vita che avrebbe voluto avere. Paola era una persona vulcanica, e questa vita qua è di una miseria inconcepibile per lei. (...) Non mi sento di dire che cosa avrebbe voluto Paola, però era una persona molto vitale, non credo avesse voluto essere intubata. Non ha mai accettato questo tipo di condizione. Questa malattia è uno stillicidio. (...) Era una persona che si aggrappava alla vita e ai suoi progetti. Credo però che avrebbe rifiutato un accanimento terapeutico, per la stanchezza che ha mostrato verso la malattia. (...) A un certo punto credo che lei si sarebbe abbandonata alla volontà di Dio, anche se non me lo ha mai detto esplicitamente».

Tutto ciò posto, così esaurita l'operazione ricostruttiva della volontà, il giudice, riconoscendo che la conformità del rifiuto ad eventuali pratiche di ventilazione meccanica fosse nell'interesse della paziente, autorizzava l'amministratore di sostegno a prestare consenso alle sole cure palliative.

1.2. Un commento...

Cosa trarre dalla lettura di un simile decreto?

Per tentare di fornire una risposta a questo quesito pare utile prendere le mosse dalla sentenza della Corte di Cassazione nel caso Englaro e ricordarne le parole:

«La decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione (...) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. (...)

Nel consentire il trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del "best interest", deve decidere non "al posto" dell'incapace, né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace».

Rileggendo quindi il decreto del giudice tutelare di Reggio Emilia, alla luce dei passaggi qui ripresi della Suprema Corte, emergono a mio parere alcune considerazioni che mettono in luce quanto impervio sia il terreno su cui è chiamato a muoversi da una parte il rappresentante nella

ricostruzione della volontà del suo assistito e dall'altra il giudice chiamato a verificare la legittimità di una simile operazione³⁴².

Alla ricostruzione della volontà del soggetto interessato è stato dedicato un breve decreto di poche pagine, molte delle quali riservate ad un *excursus* sui principali contenuti dell'assetto giurisprudenziale di legittimità in materia, risolvendosi la vera e propria operazione ricostruttiva in poco più di tre pagine³⁴³. Tre pagine in cui si è dato sostanzialmente conto dell'assenza di una chiara scelta da parte della donna in ordine al prosieguo del percorso terapeutico e di alcuni aspetti del carattere e della personalità stessa.

Quello che sembra emerge è un tentativo di ricostruire la personalità della donna, più che una effettiva e reale volontà rispetto alla condizione suindicata della stessa. Ciò che viene definito come strumento per la ricostruzione di una concreta autodeterminazione (e cioè la personalità), sembra divenire il risultato ultimo dell'operazione di ricostruzione. E anche qualora si ammettesse la sufficienza della sola definizione della personalità ai fini della ricostruzione della volontà, come un soggetto terzo, estraneo ed esterno alla vicenda umana, potrebbe ritenere adeguate per delineare la personalità di una donna, protagonista di una vicenda drammatica quale quella di una malattia degenerativa ed invalidante, le scarse indicazioni fornite e riportare in decreto: una donna vitale e combattiva, laica, comunista e di sinistra, che da poco si era avvicinata ad

³⁴² Positivi invece rispetto al decreto *de quo* sono ROSSI R., *ADS e consenso sanitario in mancanza di dichiarazioni di volontà*, in www.personaedanno.it; ROSSI S., *Eppure il vento soffia ancora. ADS e substituted judgement*, in www.personaedanno.it.

³⁴³ Ancor più scarno e suscettibile di critiche in questo senso è il decreto del Tribunale di Grosseto, dott. Pedono, del 16 maggio 2012, nel quale il giudice tutelare, senza alcuna giustificazione se non una riga («verificata la sussistenza delle esigenze prospettate e la ricorrenza dei presupposti, visto l'art. 405 c.c.»), nomina un amministratore di sostegno a tempo indeterminato per il compimento, subordinato alla perdita di capacità autodeterminativa dell'amministrato, per malattia allo stato terminale, o malattia e/o lesione traumatica cerebrale irreversibile o gravemente invalidante, o malattia che costringa a trattamenti invasivi e permanenti con macchine e sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione, dei seguenti atti: negare il consenso a praticare rianimazione cardiopolmonare, dialisi, ventilazione e alimentazione forzata e artificiale; richiedere ai sanitari di apprestare le cure palliative più efficaci al fine di annullare ogni sofferenza, compreso l'uso di farmaci oppiacei; scegliere la struttura, anche all'estero, ritenuta più idonea per la tutela delle esigenze del beneficiario, indipendentemente dai rischi connessi al trasporto ivi del beneficiario.

una esperienza di fede? Dove sono gli «elementi di prova chiari, concordanti e convincenti»? Come con ineluttabile certezza, da una donna che ha sempre combattuto per la salute, che ha cercato nonostante la malattia di diventare madre, si desume che ella non volesse continuare un determinato percorso di cura?

Per quel che concerne la citata vicenda del padre, ciò che viene in rilievo dalle testimonianze è la determinazione nel rifiutare che egli fosse sottoposto ad inutili forme di accanimento terapeutico e la stessa determinazione nel desiderare che questi avesse la possibilità di trascorrere gli ultimi giorni della sua vita a casa, anziché ricoverato in ospedale, unico punto su cui, tra l'altro, la beneficiaria stessa si era espressa in sede di audizione personale, non avendo invece fornito alcuna indicazione rispetto alla sua volontà circa il consenso o il dissenso a determinate terapie. Nel decreto però neanche una parola viene spesa rispetto all'accanimento terapeutico nella vicenda *de qua*; nessun richiamo ad un accostamento tra le eventuali terapie a cui si sarebbe dovuta sottoporre la donna e forme di accanimento terapeutico.

Tutto ciò posto, la decisione di un rifiuto o di una interruzione di un trattamento idoneo a salvaguardare la vita stessa del paziente come può essere fondato, sulla base di una ricostruzione della volontà che sembra ridursi a mere congetture desunte da scarsi elementi sullo stile di vita dell'incapace? L'esercizio di un diritto personalissimo, la tutela di un diritto di autodeterminazione può dipendere da elementi così indecifrabili e complessi quali quelli racchiusi nella personalità di un soggetto?

Quid dell'aspetto legato all'informativa? L'intera argomentazione giuridica per giungere al riconoscimento di un diritto al rifiuto di trattamenti sanitari si fonda sul diritto al consenso informato, visto nella sua accezione negativa. Nella ricostruzione della volontà operata *ex post* si perde però per strada la seconda parte della locuzione «consenso informato». L'informazione è comunemente vista come base su cui il singolo soggetto può effettivamente determinarsi in ordine a scelte inerenti determinati trattamenti sanitari. Perché quindi in questi casi non ci si

interroga mai sull'informativa nella disponibilità del paziente? Si può effettivamente ricostruire la volontà di un soggetto rispetto ad un percorso terapeutico se non ci si domanda se il paziente era a conoscenza delle conseguenze derivanti da una scelta rispetto ad un determinato quadro clinico?

Rileggendo infine i giudizi sulla qualità della vita che stava conducendo la donna, espressi da parenti e amici, «Questa non è vita (...) Questa malattia è uno stillicidio», non si ha l'impressione di sentir parlare personalmente parenti e amici, piuttosto che la beneficiaria?

Stiamo parlando realisticamente di una decisione presa con l'incapace e non al suo posto?

Il principio di diritto espresso dalla Corte di Cassazione nel caso Englaro sembrerebbe godere di una ragionevolezza in astratto insuscettibile di critiche, essendosi la Corte pronunciata proprio con l'intenzione di tutelare al massimo grado possibile l'autentica determinazione del paziente incapace di intendere e di volere prima che subentri lo stato di incoscienza.

È però nella applicazione nel caso concreto che emergono alcuni elementi di debolezza e fragilità.

Il decreto qui analizzato configura un esempio di come l'argomentazione costituzionale della massimizzazione dell'autodeterminazione del singolo, utilizzata per legittimare una pratica quale quella della ricostruzione della volontà del paziente incapace, rischia paradossalmente di implodere. Nell'applicazione concreta emerge la delicatezza, la difficoltà della ricostruzione di una volontà effettiva basata su elementi di prova «chiari, concordanti e convincenti della voce del rappresentato». È da questo discende l'*escamotage* della ricostruzione della mera personalità, anch'essa ad ogni qual modo operazione impervia, ritornando quindi, in un circolo vizioso, al pericolo che sia un terzo a prendere effettivamente e in ultima istanza la decisione al posto dell'incapace e non con l'incapace.

PARTE II

L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO, IL CONSENSO INFORMATO E IL TESTAMENTO BIOLOGICO: UN RAPPORTO DISEGNATO IN UN PERCORSO GIURISPRUDENZIALE.

1. L'accostamento di due istituti: amministrazione di sostegno e dichiarazioni anticipate di trattamento.

La ricostruzione *ex post* della presunta volontà di un soggetto ormai incapace di intendere e di volere, abbiamo avuto modo di osservare, si rivela un terreno alquanto impervio. La ricostruzione sarebbe sicuramente resa più agevole dalla circostanza che il beneficiario abbia, in passato, espressamente dichiarato di consentire o meno a trattamenti terapeutici, abbia quindi espresso formalmente la propria volontà.

Ecco che allora l'amministrazione di sostegno inizia ad essere concepita come strumento per apprestare una più solida tutela al diritto di autodeterminazione degli incapaci, ovviando alla lacuna normativa in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento. Ormai sempre più spesso infatti i due recenti istituti dell'amministrazione di sostegno e del testamento biologico vengono accostati l'uno all'altro, al punto che alcuni studiosi hanno proposto una crasi tra i due termini coniando l'espressione «testamento di sostegno»³⁴⁴.

Ciò posto, quello su cui occorre interrogarsi è se tale accostamento sia effettivamente strumento di garanzia per i diritti di libertà del beneficiario e se quindi le debolezze che caratterizzano sia l'amministrazione di sostegno che le dichiarazioni anticipate di

³⁴⁴ In questo senso PAGLIANI G., *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di Merito*, VII-VIII, 2009, p. 1776. Un'altra espressione idiomatica utilizzata da parte della dottrina (BONILINI G., *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive da seguire nello svolgimento dell'ufficio*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, II, 2007, p. 102) è stata "testamento per la vita", anche se alcuni autori ne hanno evidenziato l'inadeguatezza (cfr. CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2002).

trattamento vengano attenute nella commistione degli istituti, a favore di una efficace tutela alla libertà di autodeterminazione.

A tal fine verranno presi in considerazione, nelle pagine seguenti, due decreti emanati dal giudice modenese Dott. Stanzani³⁴⁵, l'uno datato 13 maggio 2008³⁴⁶ e l'altro emesso pochi mesi dopo, datato 5 novembre 2008³⁴⁷, dai quali – esempi di una sempre più diffusa pratica di *law in action* in campo bioetico³⁴⁸ – prende linfa una operazione interpretativo-applicativa delle norme in materia di amministrazione di sostegno che mira a legare l'istituto civilistico con la tematica delle *end-life decisions*³⁴⁹.

³⁴⁵ Il foro modenese, nella figura del giudice Stanzani, è forse uno dei centri maggiormente prolifici sul tema dove nascono le più innovatrici e anche controverse interpretazioni applicative di matrice giurisprudenziale.

³⁴⁶ Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008, in *Famiglia e Diritto*, X, 2008, p. 923.

³⁴⁷ Tribunale di Modena, decreto 5 novembre 2008, in *Giurisprudenza Italiana*, VIII, 2008, p. 1928. Occorre dar conto che già in uno dei primi decreti di nomina di l'amministrazione di sostegno si affermava: «può essere nominato un amministratore di sostegno anche al soggetto che preveda di trovarsi nel futuro, a seguito di un programmato intervento chirurgico, nella impossibilità di provvedere ai propri interessi a causa di una propria menomazione fisica e che abbia provveduto alla designazione dell'amministratore nelle forme previste dall'art. 408 c.c. In tali casi il beneficiario, considerata la sua perdurante capacità d'intendere e volere, conserverà la facoltà di compiere gli atti delegati all'amministratore di sostegno». Tale decreto ha avuto una più contenuta eco rispetto al decreto oggetto di analisi nei prossimi paragrafi, sia per un più ristretto ambito di applicazione dell'amministrazione "ora per allora", sia intervenendo in un periodo in cui in Italia non era ancora così acceso il dibattito in materia di testamento biologico (Tribunale di Parma, decreto 2 aprile 2004, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, p. 1839).

³⁴⁸ Si veda SALITO G., *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico*, in *Iustitia*, II, 2009, p. 207; AIMERITO F., *Aspetti della legge 9 gennaio 2004, n. 6 nella prospettiva dello storico: qualche spunto di riflessione*, in AIMERITO F., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno*, Giappichelli Ed., Torino, 2008: «La riforma sembra dunque contemplare una funzione in certa misura creativa del giudice: una funzione creativa che è storicamente estranea alla tradizione dei sistemi a diritto codificato, che sono sorti per contrastarla, che la hanno dapprima anche talora recisamente limitata».

³⁴⁹ Precedenti ed ulteriori esemplificazioni di tale pratica attengo per lo più a casi riguardanti Testimoni di Geova, casi che confrontando la giurisprudenza, si sono rivelati precursori delle più ampie decisioni in materia di rifiuto a trattamenti sanitari salvavita. Su tutti si veda Tribunale di Siena, decreto 18 giugno 2007, in cui il giudice tutelare adito nominava amministrazione di sostegno (la figlia) a favore di una donna che, ancora cosciente ma in procinto di essere sottoposta ad un intervento chirurgico di espianto e reimpianto dei protesi al ginocchio, aveva rilasciato una documento "Direttive anticipate relative alle cure mediche" che il giudice aveva indicato all'amministratore come parametro di riferimento a cui guardare nella prestazione del consenso. In particolare il decreto si riferiva al compito affidato all'amministratore di «esprimere il consenso informato ad eventuali trattamenti sanitari o medico-chirurgici, ove la beneficiaria non sia in grado di presentarlo, secondo le indicazioni date dalla medesima (...) in relazione all'intervento di espianto e reimpianto di protesi al ginocchio, nel documento "Direttive anticipate relative alle cure mediche"». Si vedano altresì Tribunale di Roma, decreto 21

Entrambe le pronunce rinviengono il loro appiglio normativo nell'art. 408 c.c. che, dedicato alla scelta dell'amministratore di sostegno, prevede, qualora si debba decidere a chi affidare il compito tutelativo, che non venga in risalto unicamente la decisione del giudice tutelare ma che sia il beneficiario stesso, attraverso la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata, a poter designare anticipatamente il proprio amministratore in previsione di un prossimo eventuale avvenimento incapacitante.

2. Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008: amministrazione di sostegno e dichiarazioni anticipate di trattamento.

La dott.ssa C.Z., responsabile dell'ufficio tutele dell'azienda USL di Modena presentava in data 9 maggio 2008 ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno a favore della signora V.S., affetta da degenerativa sclerosi laterale amiotrofica con grave insufficienza respiratoria, sottoposta pertanto a ventilazione meccanica continua. A sostegno della domanda la dott.ssa presentava documentazione clinica con la quale si certificava a carico della paziente un quadro neurologico fortemente compromesso, a causa della progressione del morbo che aveva comportato disfonia, ipomobilità del velo, ipostemia della muscolatura del collo, dello sternocleidomastoideo e del trapezio, oltre che tetraparesi flaccida, ipotrofia muscolare e fascicolazioni diffuse. Nella relazione si precisava inoltre che la paziente, quando ancora nel pieno delle facoltà cognitive, una volta informata delle possibili complicanze dovute al decorso della patologia e della eventualità di essere sottoposta a ventilazione forzata attraverso tracheotomia – unica possibilità per evitare il certo decorso mortale – esprimeva in proposito fermo rifiuto.

dicembre 2005, in *Famiglia e Diritto*, 2006; Tribunale di Siena, decreto 18 giugno 2007, in *www.personaedanno.it* e Tribunale di Vibo Valentia, decreto 30 novembre 2005, in *Famiglia e Diritto*, 2006; Tribunale di Modena, decreto 16 settembre 2008, in *www.dirittoegiustizia.it*.

In aggiunta la dott.ssa portava all'attenzione dell'autorità giudiziaria due ulteriori prove dalle quali si evinceva la volontà della donna di non essere sottoposta a tale intervento; prove che consistevano in una dichiarazione del coniuge, sottoscritta anche dai figli della paziente, in cui egli chiedeva, in accoglimento della volontà della moglie, espressa in sua presenza e alla presenza dei figli, di non effettuare, in caso di necessità, l'intervento di ventilazione forzata, e in una relazione dello psichiatra il quale affermava: «Paziente vigile, orientata, collaborante, in grado di intendere e di volere (...) interrogata rispetto alla possibilità di dover essere sottoposta a manovre respiratorie invasive, intubazione, che la porterebbero ad essere tracheostomizzata, la paziente esprime la chiara volontà di non essere sottoposta a tali manovre».

L'attivazione dell'amministrazione di sostegno veniva pertanto richiesta per far fronte alla eventuale impossibilità della sign.ra V.S., una volta entrata in stato confusionale a seguito di carenza di ossigeno dovuta a crisi respiratoria, di far valere la propria volontà terapeutica. Il giudice procedeva quindi all'audizione personale, prima del marito e dei figli della donna i quali, dopo aver ribadito il costante dissenso posto dalla madre di venire mantenuta in vita tramite ventilazione invasiva, proponevano come amministratore di sostegno il marito della paziente.

Svolti tali adempimenti, il giudice nominava il marito amministratore di sostegno attribuendo contestualmente il potere di «negare il consenso ai sanitari coinvolti a praticare ventilazione forzata e tracheotomia all'atto in cui, senza che sia manifestata contraria volontà della persona, l'evolversi della malattia imponesse la specifica terapia salvifica»⁽³⁵⁰⁾.

La decisione e l'argomentazione dell'autorità giudiziaria merita un approfondimento e una riflessione; la *questio iuris* su cui si è infatti dovuto confrontare il giudice tutelare riguardava la presenza nel nostro ordinamento di una norma atta ad attribuire valore giuridico a

⁽³⁵⁰⁾ Cit. Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008, op. cit.

dichiarazioni di volontà relative al dissenso per determinate cure, destinate ad operare non nell'immediatezza della formazione della relativa volontà, bensì in un tempo futuro: si trattava cioè di stabilire l'esistenza di un fondamento normativo idoneo a sancire la legittimità delle c.d. dichiarazioni anticipate di trattamento o testamento biologico⁽³⁵¹⁾.

Nel panorama legislativo attuale non è presente alcuna specifica norma che disciplini l'*an* e il *quomodo* con cui tali dichiarazioni potrebbero avere efficacia e quindi possano ritenersi anche direttamente vincolanti per il terzo chiamato a farsene portavoce e per il personale medico coinvolto. Tale lacuna non fa però desistere il giudice Stanzani che, *a contrario*, non avverte un tale *gap* di disciplina, rinvenendo nell'ordinamento una disposizione, l'articolo 408 c.c., idonea a disciplinare le disposizioni anticipate di trattamento.

La norma civilistica così recita³⁵²:

⁽³⁵¹⁾ Cfr. in senso critico rispetto alla ricostruzione dei fatti fornita dallo stesso giudice Stanzani, GENNARI G., *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Responsabilità Civile e Previdenziale*, IX, 2008, p. 1825: «Il provvedimento passa ad occuparsi di quella che, erroneamente, si ritiene sia la situazione di fatto oggetto di pretesa amministrazione: "quella dell'incapace che (...) abbia lasciato specifiche disposizioni di volontà volte ad escludere trattamenti salvifici artificiali che lo mantengano in vita in stato vegetativo". E quindi il discorso, traviato da una premessa non corretta, scivola sul c.d. testamento biologico». In senso contrario cfr. PICCINI M., *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, XI, 2008, p. 1299, la quale afferma: «La vicenda di cui si discute è più semplicemente inquadrabile nell'ambito della c.d. pianificazione anticipata delle cure (...). Se le "direttive anticipate" possono definirsi come lo strumento attraverso il quale una persona, nel pieno della sua capacità, documenta la propria 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" (così il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, Dichiarazioni anticipate di trattamento), è bene distinguere i diversi possibili scenari. Anche l'ipotesi in esame può, infatti, rientrare nell'ambito delle dichiarazioni anticipate di trattamento, di cui si occupano il Codice di deontologia medica (art. 38) e la Convenzione di Oviedo (art. 9)».

³⁵² Si faccia presente che la disposizione di cui all'art. 408 c.c., così formulata, è stata inserita, nelle ultime battute del dibattito parlamentare, grazie alla pressione esercitata dal Comitato Nazionale del Notariato. In argomento MILONE L., *Il disegno di l. n. 2189 sull'amministratore di sostegno*, in PATTI S. (a cura di) *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Giuffrè, 2002.

«La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario.

L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso. Nella scelta, il giudice tutelare preferisce, ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Le designazioni di cui al primo comma possono essere revocate dall'autore con le stesse forme.

Non possono ricoprire le funzioni di amministratore di sostegno gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario.

Il giudice tutelare, quando ne ravvisa l'opportunità, e nel caso di designazione dell'interessato quando ricorrano gravi motivi, può chiamare all'incarico di amministratore di sostegno anche altra persona idonea, ovvero uno dei soggetti di cui al titolo II al cui legale rappresentante ovvero alla persona che questi ha facoltà di delegare con atto depositato presso l'ufficio del giudice tutelare, competono tutti i doveri e tutte le facoltà previste nel presente capo».

Letteralmente la norma si riferisce alla possibilità per il beneficiario di indicare a quale soggetto affidare l'incarico di amministratore di sostegno, non menzionando invece l'eventualità che il beneficiario rilasci indicazioni che, recepite nel decreto di nomina, andranno a determinare il contenuto dei poteri dell'amministratore.

Preso d'altra parte atto del non esplicito divieto in tal senso posto dalla norma, ed estrapolando la *ratio* della disposizione civilistica di cui all'articolo 408 c.c. – valorizzazione della persona nella sua interezza³⁵³ – leggendola alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost., in un approccio costituzionalistico di tutela della sovranità e della assolutezza del diritto di autodeterminazione terapeutica proprio di ogni singolo individuo, e quindi nel senso della libertà di scegliere per la prosecuzione del percorso biologico naturale senza interventi terapeutici contenitivi o talvolta addirittura risolutivi della patologia³⁵⁴, ecco che pare al giudice inevitabile approdare alla soluzione della ammissibilità di una investitura e anche di una contestuale assegnazione di compiti all'amministratore su indicazione, seppur informale³⁵⁵, da parte dell'amministrando medesimo (³⁵⁶). L'amministrando quindi, nonostante la

³⁵³ Tale facoltà per il beneficiario viene altresì ricavata dal tenore delle disposizioni che prescrivono all'amministratore il compito di tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario (art. 410 c.c.). Sul versante della *cura patrimonii*, soprattutto sul fronte della acquisizioni azionarie e delle alienazioni immobiliari o mobiliari, è infatti pratica abbastanza usuale che il beneficiario dia indicazioni rispetto agli atti gestori che possono o non possono essere posti in essere; anche se, occorre sempre tenere presente, una cosa è affrontare la questione della preventiva dichiarazione di volontà in campo economico-patrimoniale, altra cosa è affrontare la medesima problematica nell'ambito di diritti personalissimi quali diritto alla vita, alla salute e alla libertà personale.

³⁵⁴ Si veda SAVORANI G., *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, op. cit., p. 666 ss.; SESTA M., *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?* in AA.VV. *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 173.

³⁵⁵ Si osservi infatti che, benché la norma parli esplicitamente di atto pubblico o scrittura privata autenticata quali forme idonee per la preventiva designazione dell'amministratore da parte dell'interessato, nel caso di specie il giudice aveva riconosciuto validità alla preesistente determinazione della donna priva della forma richiesta *ad legem*, risolvendosi infatti le direttive in una dichiarazione redatta oltretutto dal marito e dai figli e non dalla medesima beneficiaria.

³⁵⁶ In senso conforme cfr. Tribunale di Modena, decreto 27 febbraio 2009. In senso assolutamente contrario alla soluzione a cui è pervenuto il giudice modenese cfr. Tribunale di Genova, decreto 6 marzo 2009, in cui l'autorità giudiziaria nega la possibilità che l'amministratore di sostegno esprima, sulla base di direttive anticipate, il dissenso a

norma non lo preveda esplicitamente, viene legittimato – oltre ad indicare il soggetto che dovrebbe ricoprire l’incarico – a definire dettagliatamente come questi dovrà agire.

L’interpretazione costituzionalmente conforme delle norme civilistiche, sulla base degli artt. 2, 13 e 32 Cost. che fonda l’argomentazione dell’autorità giudiziaria, permettere così di coprire il vuoto di tutela nell’esercizio della libertà terapeutica per tutti quei soggetti che potrebbero versare in futuro in una condizione di incapacità tale da rendere impossibile l’enunciazione diretta della volontà.

Una tale operazione ermeneutica desta però alcune preoccupazioni che si rafforzano anche in virtù della conclusione a cui il dott. Stanzani giunge, proseguendo lungo il binario della fornita lettura costituzionalmente conforme del tessuto civilistico; le norme del codice civile che disciplinano l’amministrazione di sostegno, così interpretate, renderebbero inutile e ridondante una normativa *ad hoc* incentrata sulla disciplina del testamento biologico. L’esistenza del diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), e in particolar modo la sua immediata operatività veicolata dall’istituto processuale dell’amministrazione di sostegno non richiederebbe pertanto alcuna forma di *interpositio legislatoris* ⁽³⁵⁷⁾.

Nel decreto infatti il giudice supera, senza soffermarsi e offrire una completa riflessione, alcuni dei profili che hanno costituito e continuano a costituire aspetti controversi e dibattuti in dottrina, oltre che nella aule parlamentari, concernenti la disciplina del testamento biologico, quali l’attualità del consenso e la possibilità di eventuali revoche alle

cure salvavita, realizzandosi infatti in tal guisa un’enunciazione da parte di un terzo di una volontà (contro la personalità dei principi fondamentali), oltretutto non più attuale.

⁽³⁵⁷⁾Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008: «Nessun dubbio che anche in questo caso (incapace che abbia rilasciato dichiarazioni di volontà volte ad escludere trattamenti salvifici artificiali, n.d.r.) debba valere, a maggior ragione, il dovere dell’ordinamento al rispetto di un’espressione autodeterminativa che null’altro chiede se non che il processo biologico, lungi dal venir forzato, si dipani secondo il suo “*iter*” naturale. E sol che si richiami il secondo comma del vigente art. 408 c.c. (...) appare di difficile confutazione la conclusione dell’assoluta superfluità di un intervento legislativo volto a introdurre e disciplinare il c.d. testamento biologico. Già esistono, infatti, il diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), lo strumento a mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà (l’atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408 comma 2, c.c.) e, infine, l’istituto processuale di cui avvalersi (l’amministrazione di sostegno)».

dichiarazioni precedentemente espresse³⁵⁸. Quanto è opportuno e fino a quanto è legittimo che tali scelte vengano lasciate ad un organo giudiziario, o meglio, ad un singolo giudice, invece che essere affrontate dall'organo legislativo?

3. Decreto tribunale di Modena 5 novembre 2008: la nomina *pro futuro*.

La convinzione del giudice modenese rispetto alla non necessità di un intervento legislativo deputato a disciplinare l'istituto del testamento biologico si acuisce in una successiva pronuncia emessa nel medesimo anno, successivamente ripresa da altri tribunali, tra i quali si menzioni il più recente decreto del giudice fiorentino Palazzo³⁵⁹. Il 5 novembre 2008 il giudice tutelare di Modena si spinge ancora oltre, emettendo un decreto che va ad innovare la disciplina dell'amministratore di sostegno nel profilo di applicazione nel campo delle *end-life decisions*, in particolare in relazione alla nomina da parte del beneficiario del proprio amministratore di sostegno.

Nella fattispecie *de quo* il ricorrente, nel pieno possesso della capacità di intendere e di volere, perfettamente *compus sui*, adiva il giudice tutelare avanzando richiesta di nomina di amministratore di sostegno, designando a tal proposito con scrittura privata la moglie e subordinando, nel caso di impossibilità della stessa, la traslazione

³⁵⁸ Il giudice nel decreto così infatti si esprime: «Va nominato il marito come amministratore di sostegno con attribuzione del potere-dovere di negare, in nome e per conto della persona, l'autorizzazione ai sanitari di procedere alla (...) terapia invasiva. Lo specifico potere-dovere andrà esercitato a condizione che la beneficiaria non manifesti una volontà opposta quando ancora le resti coscienza. Entrata in uno stato di incoscienza senza che questo sia accaduto, dovranno essere rispettati gli intenti espressi a nulla valendo la trita obiezione di un possibile e non manifesto ripensamento all'atto del passaggio nello stato di incoscienza. Mentre costituisce, da un lato, principio consolidatosi "ab immemorabile" nell'ordinamento giuridico quello per cui la volontà resta ferma fino a sua revoca da manifestarsi nella stessa forma in cui fu espressa, non si scorge la ragione, dall'altro, di un presunto regime delle disposizioni sul proprio corpo difforme da quello delle volontà testamentarie patrimoniali».

³⁵⁹ Tribunale di Firenze, decreto 22 dicembre 2010, in *www.personaedanno.it*.

dell'incarico sulla figlia; nel medesimo contesto l'uomo impartiva le direttive a cui la moglie, in qualità di amministratrice, avrebbe dovuto attenersi nell'espletamento dell'incarico. Egli, infatti, tramite notaio, aveva redatto testamento biologico così che, in caso di perdita di capacità di intendere e di volere, venissero rispettate le sue volontà circa l'attivazione di determinati trattamenti sanitari, accuratamente descritte in una scrittura privata depositata in data 17 settembre 2008³⁶⁰.

Il potenziale amministrando chiedeva però – e proprio qui emerge il profilo di innovazione rispetto al precedente di cui sopra – che la nomina avvenisse immediatamente nonostante la sua inequivocabile condizione di integrità funzionale, intellettuale e fisica, e nonostante la non imminenza di una circostanza tale da condurre alla situazione necessitante l'attivazione della misura protettiva. La nomina sarebbe quindi immediatamente efficace, essendo chiaro sul punto il dettato dell'art. 405 c.c., «Il giudice tutelare provvede entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno con decreto motivato immediatamente esecutivo, su ricorso di uno dei soggetti indicati nell'art. 406», benché la concreta operatività venisse sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva per cui il verificarsi di una specifica circostanza avrebbe dato effettivamente inizio allo svolgimento di un incarico

³⁶⁰ «In caso di malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale, irreversibile e invalidante, malattia che mi costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione, chiedo e dispongo di non essere sottoposto ad alcun trattamento terapeutico, con particolare riguardo a rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata e artificiale. Chiedo inoltre formalmente che, nel caso in cui fossi affetto da una delle situazioni sopraindicate, siano intrapresi tutti i provvedimenti atti ad alleviare le mie sofferenze, compreso, in particolare, l'uso di farmaci oppiacei, anche se essi dovessero anticipare la fine della mia vita» (cit. Tribunale di Modena, decreto 5 novembre 2008). Il giudice non accoglie però il frammento della domanda relativo alla richiesta di prestazione del consenso per la somministrazione di oppiacei. In caso contrario, dal momento che gli oppiacei possono produrre un'anticipazione dell'evento morte, costituendo una circostanza modificativa del naturale percorso biologico, si sarebbe rischiato di aprire la strada alla facoltizzazione di condotte propriamente eutanasiche. Conformemente invece a quanto stabilito nella sent. Cass. Civ. sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, e in discontinuità con quanto attualmente stabilito nel ddl Calabrò, il giudice accoglie la richiesta di ricomprendere nell'ambito oggettivo dei poteri dell'amministratore di prestazione e negazione del consenso informato anche l'alimentazione e l'idratazione artificiali.

teoricamente già avviato con il decreto di nomina; un'anticipazione pertanto dell'emanazione di un decreto di nomina con al contempo la previsione della postergazione della sua reale efficacia.

Accogliendo le richieste avanzate nel ricorso ed ampliando l'operatività della misura dell'amministrazione, il decreto modenese ha portato parte della dottrina, ma anche della stessa giurisprudenza tutelare, ad avanzare fondate riserve, in particolare a partire dall'interrogativo³⁶¹: le disposizioni civilistiche richiedono che il beneficiario versi in una condizione di fragilità al momento della presentazione del ricorso? L'incapacità di attendere ai propri interessi sostanzia un requisito di attivazione della misura?

3.1. L'attualità della condizione di fragilità quale presupposto necessario.

Il dato letterale della norma prevede infatti come requisito oggettivo, in perfetta corrispondenza e consonanza con lo spirito e con la *ratio* che sostengono l'inserimento nel nostro ordinamento della normativa in discussione, l'attualità della condizione di minorità e quindi di incapacità di gestione dei propri interessi (³⁶²). L'amministrazione di sostegno nasce proprio per rispondere all'esigenza di tutelare soggetti che, a causa di una condizione di fragilità, riscontrino oggettivi impedimenti ed ostacoli nello svolgimento di una serie di atti funzionali alle esigenze della vita

³⁶¹ Anche su questo profilo si registrano in giurisprudenza espressioni disomogenee e non unanimi; basti por mente all'emblematico caso del Tribunale di Cagliari dove, nello stesso anno, due giudici tutelari hanno emesso decreti con soluzioni antitetiche (Tribunale di Cagliari, decreto 22 ottobre 2009 e 14 dicembre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010).

⁽³⁶²⁾ L'articolo utilizza espressamente la locuzione "si trova nella impossibilità", non prevedendo pertanto nel novero delle figure coinvolte dall'amministrazione di sostegno coloro che non versano in una condizione che presuppone alcuna forma di assistenza. Ci sono infatti alcune fattispecie che si verificano quotidianamente nelle esperienze ospedaliere in cui una persona, capace al momento della presentazione del ricorso, sia spinta a presentarlo perché a causa di una certa patologia o in prossimità di un intervento chirurgico programmato, potrebbe trovarsi in uno stato di incapacità in cui vorrebbe venissero tutelate le sue volontà. In argomento cfr. BUSI V., *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 51.

quotidiana. L'art. 404 c.c. contemplerebbe quindi la situazione di chi «si trova» in tale condizione e non di chi in un futuro più o meno prossimo potrebbe venirsi a trovare.

Non si lascia al contrario presumere l'applicabilità della soluzione tutelativa allorché si rivelino assolutamente incerti e indeterminabili *an e quando* della condizione di debolezza che esige l'intervento coadiuvante di un terzo. La stessa formulazione letterale dell'articolo 408 c.c. suggerisce una simile interpretazione; il legislatore utilizza infatti propriamente il termine designare ⁽³⁶³⁾ lasciando ad una seconda fase della procedura la vera nomina dell'amministratore, con contestuale enucleazione dei relativi poteri, che viene riservata espressamente alla competenza del giudice tutelare. La designazione da parte del beneficiario altro non è che una facoltà lasciata al destinatario della misura protezionistica destinata a

⁽³⁶³⁾ Cfr. in senso conforme COSENTINI L., *La relazione medico-paziente*, op. cit.; BUSI V., *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*, op. cit.; GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giuristi missionari della cd morte dignitosa*, in *Diritto Famiglia e Persone*, 2009, p. 277; BALESTRA L., *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 2011, p. 1009 ss. In giurisprudenza si cfr. il Tribunale di Mantova, decreto 24 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*: «Consentire al giudice tutelare di nominare, in assenza di un'attuale incapacità dell'interessato, un amministratore di sostegno, cui affidare le decisioni circa lo stato di salute del beneficiario nell'ipotesi di futura incapacità dello stesso finirebbe con l'aggirare il principio di personalità del diritto alla salute consentendone la delega a terzi (in assenza del presupposto dell'attualità dell'incapacità) tramite un provvedimento giurisdizionale quando la stessa non può essere volontariamente operata dalla parte»; in senso conforme Tribunale di Sassari, decreto 16 luglio 2007, in *Foro Italiano*, 2007, p. 3025; Tribunale di Roma, sez. I bis, decreto 1 aprile 2009, in *www.personaedanno.it*; Tribunale di Genova, decreto 6 marzo 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, II, p. 287; Tribunale di Firenze, decreto 8 aprile 2009, in *www.personaedanno.it*; Tribunale di Pistoia, decreto 8 giugno 2009, in *Corriere del Merito*, VIII-IX, 2009, p. 841; Tribunale di Cagliari, decreto 14 dicembre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, II, p. 161; Tribunale di Pistoia, decreto 1 aprile 2009, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 52 (la menzionata pronuncia utilizza invero un percorso logico differente rispetto a quello di tutti gli altri decreti, sostenendo, nonostante la presenza di dichiarazioni anticipate di trattamento, l'applicazione del principio di diritto espresso nella Cassazione Civile e quindi la necessaria intermediazione del giudice che dovrà valutare – oltre al requisito oggettivo della irreversibilità della condizione clinica – la sussistenza della attualità della volontà precedentemente espressa.

Questo accertamento renderebbe pertanto inidonea o quanto meno superflua l'investitura anticipata dell'amministratore di sostegno). Favorevole invece a questa sorta di "investitura anticipata" è Cendon ma altresì BUGETTI M.N., *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 161; FERRANDO G., *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Famiglia e Diritto*, III, 2009, p. 277. In giurisprudenza si veda anche Tribunale di Cagliari, decreto 22 ottobre 2009, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 161; Corte Appello Cagliari, sent. 16 gennaio 2009, in *Guida al Diritto*, I, 2009, p. 55.

tenere ancora più in considerazione la sua volontà e quindi la sua personalità rendendolo maggiormente partecipe e quindi diretto protagonista delle vicende della sua esistenza; non ha invece alcuna forza giuridica la facoltà di consentire una nomina attuale con un contestuale e sostanziale congelamento della sua efficacia.

Anche non soffermandosi però su un'interpretazione che potrebbe essere considerata eccessivamente formalistica e letterale, partendo *ex adverso* dal presupposto della non univocità del dato letterale, si rinvengono, scorrendo le norme che disciplinano l'istituto dell'amministrazione di sostegno, altri dati degni di nota. Ai sensi dell'art. 407 c.c. si prescrive l'obbligatorietà dell'adempimento relativo all'audizione da parte del giudice tutelare adito del potenziale beneficiario della figura protezionista. Tale adempimento non potrebbe che affondare le sue ragioni nella necessità di verificare la condizione di debolezza del beneficiario, al fine di prevedere nella maniera più opportuna la necessità e l'ampiezza delle potestà da conferire all'amministratore.

La stessa previsione della designazione anticipata attraverso le forme solenni della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico confermerebbe l'impossibile e paradossale coincidenza cronologica con il momento della vera e propria nomina. Per quali ragioni il legislatore avrebbe dovuto prevedere tali forme per la designazione a futura memoria, se non in virtù di un necessario ed evidente divario temporale tra i due frangenti? Cosa avrebbe impedito al legislatore di prevedere al contrario la possibilità per il futuro beneficiario di inserire il nominativo immediatamente nella medesima istanza di avvio del procedimento di nomina? Inoltre, ritenendo privo di qualsiasi consistenza il requisito dell'attualità, si verificherebbe una scissione tra il momento emanativo e il momento dell'efficacia del decreto, essendo quest'ultima sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva che si scioglierebbe solo al verificarsi dell'evento incapacitante, tralasciando dell'immediata esecutività del decreto prescritta dall'art. 405 c.c.

Di contro, alcuni autori, sottolineano come già la disciplina civilistica prevederebbe al medesimo art. 405 c.c. una scissione, essendo previsto al secondo comma che «il decreto che riguarda un minore non emancipato può essere emesso solo nell'ultimo anno della sua minore età e diventa esecutivo dalla pubblicazione della sentenza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione»³⁶⁴.

Tale differimento appare però sostanzialmente e teleologicamente dissimile a quello previsto nella sospensione dell'efficacia della nomina *pro futuro*; la stessa *ratio legis* sconfesserebbe questo paragone dal momento che il legislatore viene guidato in questa scelta proprio dalla necessità di non lasciare scoperto da una qualsivoglia forma di tutela il soggetto fragile, la cui debolezza è già in atto, ma di mantenere, al contrario, senza soluzione di continuità, un necessario modello di protezione.

D'altra parte, anche il fatto che tra i legittimati attivi sia ricompreso il beneficiario stesso non avvala una simile interpretazione discendendo tale previsione dalla caratteristica principe dell'amministrazione ovvero sia quella di essere forma di tutela rivolta anche a soggetti non completamente incapaci di intendere e di volere che possano, quindi, mantenere la capacità residua e necessitano di una mera assistenza nella gestione di alcuni interessi o, ancora, soggetti con forme di invalidità puramente fisica.

Impedire questa facoltà porterebbe però, a detta di una parte degli studiosi della materia e dello stesso giudice Stanzani nel decreto del novembre 2008³⁶⁵, alla costituzione di un ostacolo alla effettiva tutela del

³⁶⁴ Si veda altresì il comma 3 del medesimo articolo: « Se l'interessato è un interdetto o un inabilitato, il decreto è esecutivo dalla pubblicazione della sentenza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione».

³⁶⁵ Tribunale di Modena, decreto 5 novembre 2008: «La non attualità di questo momento non sembra possa essere elevato, (...), a circostanza preclusiva della misura protettiva se si riflette sulle peculiarità del diritto coinvolto, sui potenziali pregiudizi dello stesso nonché sul regime giuridico dell'istituto dell'amministrazione di sostegno. Quanto al primo aspetto, vale sottolineare l'incidenza probabilistica di eventi, non preannunciati né prevedibili ma con conseguenze lesive immediate e tali da porre la persona in uno stato vegetativo irreversibile (...). In tutte queste situazioni la mera esistenza di una scrittura privata confezionata ai sensi del secondo comma dell'art. 408 c.c. potrebbe essere inidonea, in concreto, a fornire effettiva tutela al diritto, primario e assoluto, della

diritto di autodeterminazione dei singoli; si impedirebbe infatti ad un soggetto di far presenti, nel caso in cui venisse in un futuro colto da un avverso evento incapacitante - soprattutto qualora l'evento si riveli imprevisto e non invece frutto di un *iter* clinico degenerativo - la propria volontà.

Una via interpretativa che è stata seguita in alcune pronunce³⁶⁶ e che si potrebbe definire di equilibrio rispetto all'interpretazione strettamente letterale del dato normativo e quella invece che ammetterebbe la nomina anticipata purchessia, è quella che contempla la possibilità di una lettura estensiva del presupposto della «impossibilità di provvedere ai propri interessi» proprio in tutte quelle fattispecie che si verificano quotidianamente nelle esperienze ospedaliere, in cui una persona, capace al momento della presentazione del ricorso, sia spinta a presentarlo perché a causa di una certa patologia o in prossimità di un intervento chirurgico programmato (in un lasso temporale ragionevolmente contenuto), potrebbe trovarsi in uno stato di incapacità in cui vorrebbe venissero tutelate le sue volontà. Tale via interpretativa permetterebbe infatti di contemperare la *ratio legis* della normativa dell'amministrazione di sostegno con le menzionate pretese di rispetto del proprio diritto di autodeterminazione.

persona che rischierebbe di trovarsi sottoposta, per impossibilità del mandatario di ottenere in tempo reale il decreto di nomina dell'amministratore, alle terapie non volute ma doverosamente praticate dai sanitari, in esecuzione dei propri obblighi professionali e deontologici, in presenza di una situazione di pericolo per la vita. Per non dire, sul piano ermeneutico, che assumere, nelle fattispecie, l'essenzialità del requisito dell'attualità, produrrebbe l'illogico cortocircuito di un'interpretazione abrogativa, nella più gran parte delle situazioni reali, proprio di quella lettura appropriata della norma che trae sostegno da tutte le considerazioni sin qui esposte».

³⁶⁶ Tribunale di Parma, decreto 2 aprile 2004 con il quale si è proceduto alla nomina di un amministratore nei confronti di un soggetto che prevede di trovarsi in condizione di incapacità futura a seguito di un programmato intervento chirurgico.

3.1.1. Il recente arresto della Corte di Cassazione sul requisito di attualità della condizione di infermità...un'occasione per ribadire alcuni principi in materia di decisioni di fine vita.

Nell'acceso dibattito seguito ai decreti del dott. Stanzani, si è recentemente introdotta la Corte di Cassazione civile, sezione I, con la sentenza del 20 dicembre 2012 n. 23707, forse in parte dirimendo la controversia relativa alla attualità della condizione di incapacità del beneficiario di provvedere ai propri interessi quale presupposto necessario ai fini della nomina di amministratore di sostegno³⁶⁷. La pronuncia della Suprema Corte si pone a risposta del ricorso proposto da una donna, la quale si opponeva alla decisione della Corte di Appello e del Tribunale di Trento che avevano rigettato la sua richiesta di dare avvio ad una procedura di nomina di amministratore di sostegno; la ricorrente infatti, nel pieno delle sue facoltà psichiche e fisiche, aveva depositato presso un notaio scrittura privata autenticata contenente la designazione del proprio amministratore di sostegno e le direttive in materia di trattamenti sanitari a cui questi si sarebbe dovuto attenere in caso di una eventuale e futura impossibilità di attendere ai propri interessi. Sulla base di tale documentazione la donna chiedeva pertanto all'autorità giudiziaria competente la nomina *pro futuro* dell'amministratore di sostegno, autorità giudiziaria che però rigettava il ricorso non potendo provenire la richiesta di attivazione della procedura da parte di soggetti perfettamente capaci.

La Corte di Cassazione viene quindi investita di un ricorso ad unico motivo per falsa applicazione e violazione degli artt. 406 e 408 c.c., in quanto l'amministrazione di sostegno configurerebbe idoneo strumento per tutelare e garantire piena validità alle direttive anticipate di trattamento, a prescindere dalla attualità della condizione di debolezza del

³⁶⁷ In nota alla pronuncia si vedano PUGLIESE D., *Amministrazione di sostegno "ora per allora" ed attualità dello stato di incapacità*, in www.personaedanno.it; DI MASI M., *A.D.S. e direttive anticipate: la Cassazione prova a far ordine*, in www.personaedanno.it.

beneficiario, presupposto per la sola efficacia del decreto e non per la sua introduzione.

La Suprema Corte riprende i principali contenuti della disciplina (audizione del beneficiario e di eventuali soggetti prossimi, esposizione in ricorso delle ragioni che sostengono la richiesta di nomina, indicazione del beneficiario come di colui che si trova nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi) facendo emergere come questa sia stata strutturata dal legislatore per rispondere alla tutela di un soggetto di cui si sia manifestata una condizione di debolezza che necessita di un intervento assistenziale; una procedura coerente con la *ratio* dell'introduzione della misura protezionistica che mira ad un intervento dell'autorità giudiziaria volto a definire l'effettivo bisogno del soggetto fragile, sulla cui base calibrare il tipo di sostegno necessario. Una simile valutazione può ragionevolmente essere svolta contestualmente alla effettiva manifestazione del bisogno e non in via ipotetica e a fronte di una contingenza indeterminabile. L'attualità della infermità psico-fisica è pertanto presupposto per l'attivazione dell'istituto e non mero presupposto per la sola esplicazione degli effetti, essendo quindi non ammissibile una nomina ora per allora, in funzione di una eventuale condizione di incapacità. La designazione di cui all'art. 408 c.c., espressione del principio di autodeterminazione, «in cui a sua volta si esplica e si realizza il rispetto della dignità umana», rimane quindi circoscritta alla sfera di esercizio dell'iniziativa privata, la cui funzione trova concretizzazione e compimento all'avverarsi della condizione incapacitante e nell'ambito di un idoneo procedimento giurisdizionale diretto alla nomina del soggetto designato da parte del giudice tutelare.

Così risolve la *vexata questio*, il giudice supremo, premettendo egli stesso l'estraneità al *thema decidendum* della questione concernente le dichiarazioni anticipate di trattamento, propone una rassegna della giurisprudenza e della normativa nazionale e sovranazionale afferente al consenso informato e ai principi di identità, libertà e dignità che ne

costituiscono il fondamento³⁶⁸. La menzione di tali principi si giustifica dal momento che gli stessi si traspongono, determinandone la legittimità e opportunità, nella previsione della facoltà per il potenziale beneficiario di redigere atto di designazione del proprio eventuale amministratore di sostegno, con contestuale indicazione delle direttive cui questi dovrà ritenersi vincolato nell'espletamento del suo incarico assistenziale. Il legame della previsione di cui all'art. 408 c.c. ai diritti di libertà, identità e dignità fa di conseguenza discendere alcuni fondamentali corollari che si riverberano sugli effetti di tale preventiva determinazione: in primo luogo l'amministratore di sostegno si dovrà ritenere vincolato ai contenuti dell'atto di designazione, una volta definiti i poteri dal giudice tutelare nel corso del procedimento di nomina; giudice tutelare che a sua volta sarà chiamato ad una deliberazione degli stessi in sede di attribuzione dei poteri e in sede di autorizzazione al compimento di atti esorbitanti dal novero dei compiti attribuiti *ex decreto*; altresì, infine, sarà in conformità alle indicazioni del beneficiario che si dovrà orientare il personale sanitario coinvolto nella relazione di cura.

La Corte di Cassazione riconosce quindi la fondatezza della lettura ampliativa della disposizione di cui all'art. 408 c.c. con cui si prevede quale oggetto dell'atto di designazione a futura memoria non solamente il nominativo del soggetto che potrà ricoprire il ruolo di amministratore ma anche come questi dovrà svolgere il proprio incarico; d'altra parte però la Corte sembra prevedere, anche in presenza di dichiarazioni anticipate, proprio in virtù dell'esigenza di prestare piena garanzia all'esplicazione del diritto di autodeterminazione del beneficiario, un ulteriore scrutinio condotto dall'autorità giudiziaria, nel momento in cui se ne richiede l'attuazione, della attualità, univocità e specificità della volontà del

³⁶⁸ La Corte fa in particolare riferimento agli artt. 2, 3 e 35 della Carta di Nizza, ai principi racchiusi negli artt. 5, 9 e 21 della Convenzione di Oviedo, all'art. 38 del Codice di deontologia del 2006, alla Risoluzione del Parlamento europeo del 2008, recante raccomandazioni sulla protezione giuridica degli adulti, al parere del Comitato nazionale di Bioetica del 2003, alle sentenze della Corte di Cassazione n. 21748 del 2007, della Corte costituzionale n. 438 del 2008 e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pretty v. UK*, dedicando infine una preminente attenzione alla Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità.

soggetto ormai incapace, avvallando quanto sostenuto da una minima porzione della giurisprudenza tutelare che mirava ad evitare i rischi connessi ad una automatica applicazione di quanto dichiarato anche tempo addietro dal beneficiario, in contraddizione con il requisito di attualità proprio del consenso informato e a discapito di eventuali revoche intervenute *in limine*.

4. La disciplina dell'amministrazione di sostegno alla prova della tutela per il diritto alla libertà personale.

Al di là del dibattito sull'attualità della condizione di fragilità come necessario presupposto o meno per l'apertura del procedimento di nomina di amministrazione di sostegno, l'utilizzo dello strumento civilistico quale alternativa al testamento biologico comporta l'emergere di una serie di criticità, che chiamano direttamente in causa l'esigenza del rispetto della tutela della personalità e della libera esternazione della volontà del beneficiario. Muovendosi nel delicato terreno della libertà si svela, a parere di chi scrive, la non bastevolezza della vigente normativa e si apre quindi una falla nell'affermazione dell'inutilità di una disciplina sul testamento biologico.

Gli aspetti critici a cui occorre dedicare una riflessione si dipanano in due ordini distinti: da una parte problematiche di tipo sostanziale e dall'altra problematiche di tipo più squisitamente processuale.

4.1. La tutela del diritto di autodeterminazione: problematiche di ordine sostanziale.

Un primo ordine di problematiche trova fondamento nell'articolo 408 c.c.: tale disposizione prevede che il giudice tutelare, nel momento in cui è chiamato a determinarsi in merito al soggetto che rivestirà l'incarico e nel

momento in cui ne va conseguentemente a determinare i poteri, deve tenere in considerazione le eventuali dichiarazioni preventivamente rilasciate, attraverso atto pubblico o scrittura privata³⁶⁹. Differenziando quindi le preventive dichiarazioni del beneficiario dal mandato in vista della futura incapacità previsto da altri ordinamenti³⁷⁰, la norma lascia un margine di discrezionalità, che legittimerebbe il giudice, qualora ritenga che le indicazioni fornite non siano opportune perché contrarie alle finalità di tutela del beneficiario (la norma parla di gravi motivi e di opportunità), a discostarsene con espressa motivazione in pronuncia, giungendo finanche a diverse risoluzioni ancorché non contemplate dal beneficiario stesso³⁷¹.

³⁶⁹ L'atto di designazione viene considerato un negozio giuridico *inter vivos*, espressione dell'autodeterminazione del singolo e quindi di natura strettamente personale. È altresì un negozio per cui, a tutela del redigente, si prevede la forma vincolata, risultando quindi priva di valore giuridico la designazione avvenuta in forma differenti da quelle prescritte. Parte della dottrina ha però richiamato alla non assolutezza e incondizionatezza di tale accostamento ai negozi giuridici unilaterali *inter vivos*, data l'eccezione della derogabilità da parte dell'autorità giudiziaria per gravi motivi. In questo senso BONILINI G., *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, in VERONESI U. (a cura di) *Testamento biologico. Riflessione di dieci giuristi*, Milano, 2006; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2002. Sulla natura giuridica dell'atto di designazione cfr. SAVORANI G., *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, op. cit.; MALAVASI B., *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, op. cit.; BACCARINI P., *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2006, p. 175.

³⁷⁰ Il mandato in vista della futura incapacità, previsto ad esempio in Germania, negli Stati Uniti e in Canada, a differenza della designazioni anticipata di cui all'art. 408 c.c., prevede direttamente il sorgere di un obbligo in capo al mandatario, obbligo che invece non discende dalle indicazioni eventualmente rilasciate dal beneficiario tramite scrittura privata o atto pubblico, che necessitano per divenire vincolanti nei confronti dell'amministratore di sostegno di un recepimento formale nel decreto di nomina emesso dal giudice tutelare. Cfr. Calice E., *Commento agli artt. 404 ss. c.c.*, BONILINI G., in CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), *Commentario ipertestuale al codice civile*, Torino, 2005; PATTI S., *Introduzione*, in PATTI S. (a cura di), *La riforma dell'inabilitazione e dell'interdizione*, 2002, p. 22; BONILINI G., COPPOLA C., *Dell'amministrazione di sostegno, sub art. 408 c.c.*, in GABRIELLI E. (a cura di), *Commentario al Codice civile, Della Famiglia*, Balestra (a cura di), III, Utet, Torino, 2009, p. 256.

³⁷¹ In giurisprudenza si ritrovano diversi decreti in cui i giudici tutelari hanno deciso di disattendere quanto indicato dal beneficiario stesso, in particolare rispetto alla scelta dell'amministratore di sostegno. Nel decreto del 26 gennaio 2009 (vedi testo decreto in www.altalex.com), il giudice Stanzani stesso aveva rigettato la richiesta degli istanti di essere nominati amministratori di sostegno della figlia affetta da sclerosi multipla, preferendo affidare l'incarico ad un professionista di fiducia a cagione dell'eccessivo coinvolgimento emotivo dei genitori che avrebbe potuto divenire ostacolo alla migliore realizzazione del compito affidatogli. Più recentemente si veda il decreto del tribunale di Varese, dott. Buffone, 28 giugno 2012 (in www.personaedanno.it): «è chiaro come la designazione dell'amministratore di sostegno resti un atto del giudice Tutelare, il quale ben può disattendere la stessa indicazione ufficiale e formale del beneficiario anziano, ex art. 408, comma I, c.c. L'atto di designazione del soggetto rappresentante, da parte del beneficiario, non è, infatti, vincolante per il magistrato della tutela che avrà solo il dovere

Inoltre, come estensivamente dall'art. 408 c.c. si ricava la possibilità per il beneficiario di fornire dettagliate indicazioni in merito al contenuto e all'oggetto dei compiti attribuibili all'amministratore, parimenti, estensivamente, bisognerebbe dedurre che la stessa possibilità per il giudice di disattendere per gravi motivi le indicazioni in merito al soggetto da designare come amministratore, ricada anche sulle indicazioni afferenti al contenuto dei compiti di rappresentanza. L'amministratore nulla potrebbe pertanto di fronte all'esercizio della discrezionalità dell'autorità giudiziaria, essendo vincolato esclusivamente ai poteri così come conferiti *ex decreto*³⁷². Si viene così a creare una catena di rapporti, obblighi e doveri, foriera di squilibri dove si aprono per soggetti terzi possibili spazi di manovra: il beneficiario lascia le sue indicazioni al giudice, il giudice valuta queste indicazioni che può più o meno disattendere e declina nel decreto di nomina i poteri dell'amministratore, a sua volta vincolato ai poteri menzionati in decreto.

Il rischio dell'intervento discrezionale di un terzo in un campo così personale e delicato quale quello delle scelte sanitarie che ben si voleva

di muovere da quella designazione per poi, eventualmente, disattenderla con motivazione che ne illustri i (gravi) motivi. L'atto di designazione, pertanto, ha un effetto sulla motivazione del decreto e non sulla scelta dell'amministratore: in presenza di una designazione anticipata da parte del beneficiario, il G.T. che nomina altro soggetto ha l'obbligo della motivazione rafforzata (indicazione, cioè, delle ragioni per cui la preferenza del rappresentato non è stata assecondata)». Si tenga inoltre presente che, a differenza di quanto accade in altre legislazioni, infatti, l'amministrazione di sostegno prevede sempre l'intervento del giudice che solo può esplicitare i poteri e i compiti dell'amministratore; non è pertanto in alcun modo possibile un confronto con la figura civilistica del mandato dove è il beneficiario stesso, senza alcuna interposizione giurisdizionale, ad attribuire al mandante i compiti che questi è assolutamente tenuto a svolgere in suo nome. *Amplius* CALÒ E., *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in PATTI S. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, in *Quaderni di Famiglia*, Milano, 2005; BRUSCUGLIA L., *Sul cosiddetto testamento psichiatrico*, in FERRANDO G., VISINTINI G., (a cura di) *Follia e diritto*, Torino, 2003, p. 100; JANNUZZI A., LOREFICE P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, op. cit.

³⁷² Il giudice non è altresì tenuto a conformarsi alla domande poste nel ricorso di apertura del procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno. Difettando il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, stante la lacuna in merito al riconoscimento del principio della domanda, «il giudice è libero di conformare il contenuto del decreto di sostegno essendo svincolato dal principio della domanda che è caratteristico di un processo di natura dispositiva. Nella determinazione dell'amministrazione di sostegno il magistrato «deve avere esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario (...), dovendo tener conto esclusivamente dei bisogni e delle richieste di questi, sempre che siano «compatibili con gli interessi e le esigenze di protezione»» (cit. MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, op. cit.).

evitare, fatto silenziosamente uscire dalla porta, troverebbe però, altrettanto silenziosamente, lo spazio per rientrare dalla finestra.

Il legame dell'amministratore di sostegno ai poteri conferiti dal giudice potrebbe porre poi ulteriori criticità. La durata dell'incarico di amministratore di sostegno non viene aprioristicamente fissata e standardizzata dal legislatore, per evitare di scontrarsi con le esigenze di duttilità della stessa figura civilistica; la sua determinazione viene invece rimessa al giudice che nel decreto di nomina potrà prevedere un termine alla durata dell'incarico oppure nominare l'amministratore a tempo indeterminato. A ben vedere, i decreti che prevederanno una nomina *pro futuro* non conterranno al loro interno alcun tipo di limitazione temporale all'incarico, potendosi l'evento verificare in qualsivoglia momento, anche a distanza di numerosi anni dall'emissione del decreto stesso.

Date queste premesse, sorgono inevitabilmente alcuni quesiti. Innanzitutto l'evenienza che i compiti dell'amministratore vengano mantenuti *sine die* stravolgerebbe la soluzione prospettata in sede legislativa di stabilire una durata circoscritta delle dichiarazioni anticipate. Il disegno di legge prevede infatti la validità del testamento biologico per cinque anni, allo scadere dei quali il redigente potrà rinnovare i contenuti o rettificarli, sia in funzione delle eventuali modifiche intercorse nella sua sfera volitiva, sia in funzione dei nuovi orizzonti raggiunti in campo medico che potrebbero incidere, alterandola, sulla manifestazione di volontà del beneficiario.

Il consenso informato richiede infatti ai fini della sua validità una serie di requisiti tra i quali si annovera anche quello dell'attualità. Per poter mantenere inalterato tale requisito, anche se a fronte di un sostanzioso lasso temporale intercorrente tra la redazione delle dichiarazioni e il momento in cui sorge la necessità di dare attuazione ai contenuti ivi espressi, si sono ipotizzate differenti soluzioni tra le quali spicca la lettura del requisito dell'attualità non *strictu senso* temporale ma in senso logico. Per contemperare però tale lettura, che se non accolta avrebbe comportato una sostanziale impossibilità di predisposizione dello

strumento del testamento biologico che vede proprio strettamente connessa alla sua natura questa discrasia temporale, il legislatore ha proposto una soluzione di compromesso che tenesse al contempo in considerazione l'esigenza di non dilazionare eccessivamente nello spazio il momento dell'espressione della libera volontà informata e il momento della sua estrinsecazione nella fattispecie concreta.

Si potrebbe a questo punto obiettare che, così come per il testamento biologico, anche nel caso di dichiarazioni anticipate rese nel corso di un procedimento di nomina di amministrazione di sostegno sia ammessa la facoltà del beneficiario di revocare in ogni momento la propria scelta. Anche su questo punto però la soluzione non appare pacifica. Innanzitutto, occorre stabilire attraverso quale forma al beneficiario sia consentito revocare la precedente designazione e le contestuali indicazioni proposte.

L'art. 408 c.c. richiede per la revoca le medesime forme utilizzate per la designazione, non sembrando lasciare invece spazi a revoche di tipo nuncupativo. D'altra parte, quando in gioco vi sono diritti personali e fondamentali quali il diritto al consenso informato, che coinvolge il diritto alla salute e il diritto alla vita stesso, potrebbe destare numerose criticità in sede di applicazione fattuale la richiesta di una revoca formale. Il beneficiario potrebbe infatti modificare la propria opzione terapeutica anche in ultimo e dovrebbe comunicarla all'amministratore che solo può legittimamente interfacciarsi con il personale sanitario facendosi portatore delle volontà del paziente. Ricordiamo però che l'amministratore di sostegno è vincolato esclusivamente ai compiti così come assegnati dal giudice tutelare che nel decreto di nomina affida a questi la facoltà di prestare o negare consenso a specifici trattamenti sanitari. Si potrebbe pertanto supporre che l'intervento della revoca, a prescindere dalla sua formalità o meno, comporti un ulteriore passaggio dinnanzi all'autorità giudiziaria che dovrà vagliarne la veridicità e la concretezza, modulando di

conseguenza il contenuto dei poteri dell'amministratore³⁷³. Nelle sfaccettature della realtà, non sarebbe così improbabile il presentarsi di casi alquanto problematici, che rischierebbero di far vacillare la tutela della libertà personale del beneficiario; basti pensare all'evenienza che quest'ultimo abbia espresso il desiderio di revocare la propria manifestazione di volontà in forme libere, magari ad un soggetto estraneo all'amministrazione di sostegno, a breve tempo dal sorgere dell'evento invalidante, al contempo condizione sospensiva che determina l'efficacia del decreto di nomina. In questi casi molto scivoloso si rivela il terreno su cui deve muoversi l'amministratore, chiamato a farsi carico di fronte al giudice tutelare e di fronte al personale sanitario di una volontà, potenzialmente revocata, nell'imminenza dell'intervento medico previamente non desiderato.

Un ultimo complesso ed oscuro profilo della disciplina in rapporto alla applicazione qui descritta dell'istituto risiede nelle eventuali conseguenze in punto di responsabilità civile e penale per l'amministratore di sostegno³⁷⁴. *Quid iuris* qualora l'amministratore disattenda le indicazioni riportate in decreto, *a fortiori* in accoglimento delle preventive indicazioni fornite dal beneficiario?

³⁷³ Cfr. decr. Trib. Modena, 5 novembre 2008: «Altri non potrà ragionevolmente essere se non l'amministratore in carica (...) il solo soggetto legittimato a portare alla cognizione del Giudice Tutelare le mutate volizioni dell'interessato (...). Ove revoca vi sia, e dandosi le eventualità prefigurate nelle ricordate dichiarazioni scritte, dovranno essere rispettati gli intenti espressi risultando giuridicamente inconsistente l'obiezione di un possibile e non manifestato ripensamento all'atto del passaggio nello stato di incoscienza atteso che costituisce principio consolidatosi ab immemorabile nell'ordinamento quello per cui una volontà negoziale, in quanto tale idonea a produrre effetti giuridici, resta ferma fino a revoca».

³⁷⁴ Tale interrogativo rispetto alle conseguenze sanzionatorie sia di ordine civilistico che penalistico, si pone anche rispetto al personale sanitario coinvolto; nel caso in cui le dichiarazioni rilasciate dal paziente non siano sconfessate dal giudice tutelare ma vengano anzi assunte quale contenuto del decreto di nomina dell'amministratore. Il medico è vincolato al rispetto di tali dichiarazioni rese gli note dall'amministratore di sostegno? In quanto reale espressione della volontà del paziente e in quando cristallizzate in un atto giurisdizionale il medico sarebbe tenuto ad attenervisi a meno che non siano nel frattempo intervenuti sviluppi della scienza medica che siano in grado di sconfessare e destituire di fondamento le decisioni precedentemente assunte dal beneficiario stesso. In argomento BUSI V., *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*, in *Famiglia e Diritto*, II, 2010, p. 187.

Il codice civile dedica un'unica disposizione rimediale al compimento da parte dell'amministratore di atti in violazione di disposizioni di legge, od in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice; l'art. 412 c.c.³⁷⁵ sancisce infatti la possibilità di richiedere l'annullamento dell'atto stesso posto in essere dal rappresentante³⁷⁶. L'annullabilità rappresenta la tipica soluzione prevista per i negozi che vengono compiuti da soggetti legalmente incapaci; un simile rimedio pare però assolutamente insufficiente a fronte di un danno per il beneficiario quale il mancato rispetto della sua espressione di volontà³⁷⁷, del diritto personalissimo e fondamentale al consenso informato e alla libertà personale in campo terapeutico.

Ricollegandosi al tema della revoca, cosa succederebbe se l'amministratore dovesse disubbidire al contenuto del decreto di nomina ma tale disubbidienza derivasse dalla necessità di assecondare un'attuale volontà del beneficiario priva del requisito formale, intervenuta in revoca alla precedente?

³⁷⁵ Art. 412 c.c.: «Gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge, od in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice, possono essere annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del pubblico ministero, del beneficiario o dei suoi eredi ed aventi causa».

³⁷⁶ In materia di invalidità degli atti nell'amministrazione di sostegno si rimanda a CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno. Questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, op. cit. Per quanto riguarda i profili di responsabilità dell'amministratore di sostegno si cfr. BONILINI G., *La responsabilità dell'amministratore di sostegno*, in *Responsabilità Civile*, VI, 2007, p. 486; PETRELLI P., *Questioni aperte in tema di responsabilità civile*, in FERRANDO G. (a cura di) *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005; SIMEOLI D., *Amministrazione di sostegno, Profili sostanziali*, op. cit.; TESCARO M., *Amministratore di sostegno*, op. cit.

³⁷⁷ Da un punto di vista civilistico si potrebbe forse ipotizzare una responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2059 c.c., già fondamento della responsabilità in tutti quei casi in cui il personale medico non agisca nel rispetto del diritto al consenso informato del proprio paziente. Si tratterebbe di una forma risarcitoria destinata al soggetto offeso per il solo danno ad un diritto fondamentale che potrebbe analogicamente applicarsi anche nel caso dell'amministratore di sostegno, qualora questi, *nuncius* della volontà del suo assistito, abbia disatteso l'espressione delle sua libertà personale. In punto di responsabilità penale, escludendo i reati di lesioni personali per ragioni attinenti all'insussistenza degli elementi integrativi del profilo oggettivo della condotta penalmente rilevante, si potrebbe forse ipotizzare la sussumibilità dell'atto dell'amministratore nella violenza privata ex art. 610 c.p.

4.2. La tutela del diritto di autodeterminazione da un punto di vista strettamente processualistico.

Esaminando altresì gli aspetti di diritto processuale legati alla misura dell'amministratore di sostegno non si traggono confortanti margini di tutela dei diritti fin qui menzionati. Il procedimento attraverso il quale si perviene alla nomina dell'amministratore che riprende, ad eccezione di sparse disposizioni, la disciplina processualistica dell'inabilitazione e dell'interdizione, posponendo però ad un giudizio di compatibilità la concreta applicazione di tali norme³⁷⁸, può infatti essere collocato a cavallo tra i procedimenti di volontaria giurisdizione e i procedimenti ordinari anche se, come si avuto modo di approfondire nel capitolo precedenti, si rivelano prevalenti le influenze sostanziali del processo in volontaria giurisdizione. Si ricordi che quest'ultima tipologia processuale nasce per la tutela di interessi e non propriamente per la tutela di diritti soggettivi; non a caso infatti tale procedimento viene ricondotto all'ambito del procedimento amministrativo piuttosto che a quello dell'ordinario processo civile³⁷⁹.

Di tale forma si vestono però decisioni dirette ad affidare incarichi che coinvolgono diritti di primaria importanza quali il diritto alla

³⁷⁸ Art. 720 *bis* c.p.c.: «Ai procedimenti in materia di amministrazione di sostegno si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 712, 713, 716, 719 e 720». La dottrina proprio su questo punto si è divisa, sostenendo, da una parte, l'affinità strutturale degli istituti (TOMMASEO F., *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, in *Studium Iuris*, 2004, p. 1061; ID., *Sui profili processuali dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in CENDON P. (a cura di) *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988; ID., *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in PATTI S. (a cura di) *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005 e, dall'altra, una netta antinomia anche dal punto di vista processuale rispetto al giudizio di interdizione e di inabilitazione (in senso conforme cfr. CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno. Questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, op. cit.

⁽³⁷⁹⁾ «La qualificazione sistematica della giurisdizione volontaria è molto controversa, ma sembra nel vero chi la considera nella sostanza un'attività amministrativa, anche se affidata ai giudici e svolta con forme giudiziali. Si tratta infatti per lo più di provvedere alla cura e protezione di determinati interessi privati, che stanno a cuore anche allo Stato: si affida perciò ad un organo pubblico il compito di cooperare con i privati nella gestione di tali interessi, controllandone l'operato. (...) Pertinente sembra perciò la definizione della giustizia volontaria come amministrazione pubblica del diritto privato» (cit. LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, op. cit.).

autodeterminazione, il diritto alla salute e trasversalmente anche il diritto alla vita. Le peculiarità di tale procedura incidono infatti non solamente nei casi in cui l'amministrazione di sostegno assurge a giurisprudenziale *alter ego* del testamento biologico ma altresì in tutte quelle fattispecie in cui il giudice tutelare deve assumere le prove sulla cui base decidere l'integrazione del presupposto soggettivo per la validità della sospensione o non attuazione del trattamento salvifico, partendo dal presupposto che si possa applicare in questi casi il principio di diritto della Cassazione espresso nella sentenza Englaro. Pertanto l'amministratore di sostegno, qualora manchino univoche e formali indicazioni in merito alla decisioni cliniche da parte del paziente, è tenuto a presentarsi di fronte al giudice tutelare per dimostrare l'irreversibilità della condizione del paziente e la di lui volontà in merito all'interruzione o non attivazione dello stesso qualora questa sia inevitabilmente precorritrice di un evento letale.

Gli aspetti processuali che meriterebbero una più attenta analisi e riflessione, alla luce degli approdi cui è giunta la giurisprudenza e quindi alla luce del ruolo sempre più rilevante riconosciuto all'amministrazione di sostegno nel campo delle decisioni di fine vita, riguardano in particolare la *questio* della obbligatorietà della difesa tecnica, il ruolo del pubblico ministero e la disciplina relativa alla fase istruttoria.

Per quanto concerne la difesa tecnica, si è già avuto occasione di presentare l'accesso dibattito circa l'obbligatorietà o non obbligatorietà della presenza di un procuratore in fase di presentazione della domanda per nomina di amministratore di sostegno, dibattito parzialmente risolto con l'intervento della Corte di Cassazione civile del 2006:

«Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno, il quale si distingue, per natura, struttura e funzione, dalle procedure di interdizione e di inabilitazione, non richiede il ministero del pubblico difensore nelle ipotesi, da ritenere corrispondenti al modello legale tipico, in cui l'emanando provvedimento debba limitarsi ad

individuare specificamente i singoli atti, o categorie di atti, in relazione ai quali si richiede l'intervento dell'amministratore; necessitando, per contro, della difesa tecnica ogni qualvolta il decreto che il giudice ritenga di emettere, sia o non corrispondente alla richiesta dell'interessato, incida sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze, analoghi rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto e l'inabilitato, per ciò stesso incontrando il limite del rispetto dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa e del contraddittorio».

Seppur larga parte della dottrina sia concorde nel ritenere superfluo e impeditivo per le esigenze di snellezza imporre legislativamente la presenza di un avvocato difensore nel momento di presentazione del ricorso, a parere di chi scrive è invece da appoggiare la conclusione a cui è giunta la Corte di Cassazione, che forse meriterebbe una positivizzazione in una eventuale prospettiva di riforma e revisione dell'amministrazione di sostegno.

Questa possibile soluzione risulta infatti coerente e in linea con l'evoluzione subita dalla misura protezionistica contemplata e quindi anche con l'esigenza di tutela dei diritti dei futuri beneficiari coinvolti. La mente non può che andare a tutti quei casi in cui nel procedimento per la nomina di amministratore di sostegno vi siano in discussione diritti personalissimi quali il diritto alla salute e il diritto alla vita, soprattutto nel loro rapporto con il principio di autodeterminazione, allorché ad esempio l'amministratore venga chiamato a dar voce alle dichiarazioni anticipate di trattamento recepite in decreto e a ricostruire la volontà del proprio assistito incapace di intendere e di volere.

Un secondo aspetto che potrebbe contribuire ad una ancor più effettiva integrazione del diritto di contraddittorio dovrebbe essere il

rafforzamento, o meglio, l'assicurazione dell'effettività del ruolo del pubblico ministero. Potenzialmente, utilizzo volutamente questo termine perché il confronto con il dato reale suggerisce una diversa conclusione, le norme rivalutano il ruolo del PM facendone parte nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno.

Il dato normativo mira a coinvolgere questa figura che dovrebbe farsi rappresentante effettiva dell'interesse pubblico. Il PM dovrebbe infatti assicurare che vengano rispettati tutti i diritti del beneficiario, sia quelli di ordine strettamente processuale, sia quelli di ordine sostanziale, ponendosi come contraltare dell'autorità giudiziaria e accertandone la correttezza delle decisioni.

Tale ruolo riveste una sostanziale importanza in quei casi, qui presi in considerazione, dove il giudice e di conseguenza l'amministratore di sostegno, vengono coinvolti in decisioni estremamente delicate quali quelle di ricostruzione della volontà del beneficiario o di emanazione di un decreto in cui si chiede di recepire indicazioni preventivamente fornite dallo stesso soggetto incapace. Purtroppo però, nonostante tutto, si lascia la possibilità allo stesso di scomparire per il corso del procedimento, talvolta riemergendo eventualmente solo *in limine* per rilasciare conclusioni approssimative, come emerge scorrendo la ricchissima casistica in materia di amministrazione di sostegno³⁸⁰.

In ultimo, non ci si può non interrogare sulla idoneità della debole fase istruttoria così come strutturata nella procedura camerale, la quale non riceve dalla complessiva disciplina una sostanziosa valorizzazione. Le norme non danno approfondite indicazioni in merito alla conduzione di questa fase del procedimento; tutte le informazioni vengono condensate nell'art. 407 c.c. che si articola intorno al "dialogo", fulcro della fase istruttoria, tra il giudice e il beneficiario stesso della misura, sempre che

³⁸⁰ Nello stesso decreto del Tribunale di Reggio Emilia, preso in considerazione nella prima parte del presente capitolo, quale esempio di attuazione del principio di diritto afferente alla ricostruzione *ex post* della volontà in ordine a trattamenti sanitari di un soggetto incapace, si da conto della mancata presenza del Pubblico Ministero nel corso dell'udienza di nomina dell'amministratore.

questi sia nelle condizioni di potervi adempiere, oppure i parenti e al più i servizi sociali coinvolti³⁸¹: un semplice mezzo di indagine e non propriamente un mezzo di prova in senso stretto.

È pur vero che la norma prosegue prescrivendo la facoltà per il giudice di dar corso ad ulteriori accertamenti e di usufruire di ulteriori mezzi istruttori utili ai fini della decisione, tra i quali si fanno comunemente rientrare l'ispezione personale e di cose, la produzione di documenti, la consulenza tecnica e anche la prova testimoniale. Ciò detto, non si deve però trascurare il dato oggettivo che il procedimento si compie in tempi molto ristretti e di conseguenza anche la fase istruttoria subisce questa stretta tempistica. Ma si può ritenere sufficiente la semplificazione e la snellezza, anche temporale, del procedimento e si può stimare adeguatamente disciplinata tale fase istruttoria, a fortiori, a fronte della richiesta di standard di prova particolarmente elevati³⁸², qualora si debba procedere con operazioni ricostruttive degli intendimenti del beneficiario, vertendo oltretutto la decisione sui diritti fondamentali del beneficiario e incidendo su situazioni talora non reversibili?

Alla fine di questo quadro resta il sentore di una disciplina processualistica che si confà alla struttura di un istituto che ha però acquisito una sostanza differente da quella originariamente prevista; una disciplina camerale snella, priva di eccessivi formalismi che ben si sposava con la finalità di cura di semplici interessi in campo patrimoniale ma che al contrario stride di fronte alla pretesa di tutela di dritti soggettivi personalissimi³⁸³.

(³⁸¹) Da coinvolgere sarebbe anche il medico che, parte del rapporto di cura, segue l'iter del paziente informandolo delle patologie, degli eventuali rischi e benefici del trattamento di cui si chiede il consenso e che ne conosce tutti i dati clinici. Non vanno nemmeno dimenticate le strutture che si sono magari da diverso tempo prese cura del malato. Vedi SIMONCINI A., SNEAD O.C., *I profili costituzionali delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo, con uno sguardo oltreoceano*, op. cit.

(³⁸²) Si ricordi che la sentenza della Cass. Civ. sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, parla di «elementi di prova chiari, concordanti e convincenti».

(³⁸³) Molto chiaramente PASSANANTE L., *Il procedimento in materia di amministrazione di sostegno*, in FERRANDO G., LENTI L. (a cura di) *Soggetti deboli e misure di protezione*, Giappichelli Ed. 2006, osserva: «Siamo dunque in quelle zone di confine in cui la contrapposizione tra giurisdizione volontaria e giurisdizione contenziosa diventa

PARTE III
AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO
NEL PRISMA DEL DISEGNO DI LEGGE IN MATERIA DI DICHIARAZIONI
ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

1. La necessità di un intervento normativo in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento.

L'intero *l'excursus* svolto nel presente lavoro permette di comprendere come la misura dell'amministrazione di sostegno sia, generalmente parlando, un valido strumento data la sua peculiare attitudine a farsi incontro alle esigenze della singola persona, non mortificandola ma esaltandone la volontà e la personalità tutta. D'altra parte, non sembra pacificamente sostenibile che la sua disciplina – come attualmente vigente – possa raggiungere livelli di perfezione tali da soppiantare una normativa specifica in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento³⁸⁴, come invece auspicato da una parte della giurisprudenza tutelare, forte dell'esegesi evolutiva e dell'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme sull'amministrazione di sostegno

problematica e rischia di lasciare l'interprete imbrigliato in un'alternativa che, ove sia esasperata, può solo nuocere» (cit. p. 279).

³⁸⁴ In dottrina, nel senso di un imperfetto rapporto tra amministrazione di sostegno e testamento biologico e quindi sulla necessità di un intervento legislativo *ad hoc* si vedano: BONILINI G., *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, op. cit.; SIMEOLI D., *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giustizia civile*, 2008, p. 1727 ss.; LOMBARDI A., *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di Merito*, X, 2008, p. 2518. Posizione sui generis in dottrina è quella di Ruggeri (RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale. Prime annotazioni*, in www.forumcostituzionale.it e ID., *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in www.astrid-online.it, 2009) il quale auspica un intervento legislativo in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento attraverso la procedura aggravata di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost.: «Fatico (...) a comprendere come possa mai ammettersi che questioni di tanta rilevanza, sì da riguardare le ragioni stesse del nostro vivere, ancora prima che questo o quel diritto fondamentale, si trovino in via esclusiva rimesse alla disciplina con legge comune, vale a dire di un atto suscettibile di essere approvato a copi di maggioranza, e non piuttosto, a prima battuta, di un atto per la cui formazione si rendano indispensabili i più larghi e condivisi consensi, al di fuori delle "logiche" di schieramento».

che vede nell'interposizione del legislatore una mera superfetazione normativa, un tassello superfluo in un puzzle già perfettamente completo e armonico.

Il quadro fin qui delineato non sembrerebbe però connotato di tale completezza e armonia, rinvenendosi al contrario *gap* di tutela a favore del diritto all'autodeterminazione terapeutica oltre che lacune in punto di certezza del diritto (385). La compagine normativa sull'amministrazione di sostegno, che non era stata concepita in funzione di talune applicazioni che sono state invece introdotte attraverso le numerose interpretazioni giurisprudenziali richieste dagli altrettanti copiosi ricorsi avanzati, non può oggettivamente tenere conto di alcuni aspetti che invece sono fondamentali per le decisioni che riguardano la materia del fine vita e non può quindi essere applicata *tout court* per regolare, quale unica fonte in materia, le ipotesi di dichiarazioni anticipate di trattamento o, più in generale, di garanzia della autodeterminazione terapeutica del beneficiario.

Il contenuto della disciplina sull'amministrazione di sostegno, ancorché interpretata alla luce delle disposizioni costituzionali, non si presenta compiutamente garante delle esigenze di libertà dei singoli coinvolti. Senza una legge che disciplini le dichiarazioni anticipate di trattamento, il diritto di prestare e negare liberamente e scientemente il proprio consenso a trattamenti sanitari sarebbe lasciato nelle mani della prudentiale valutazione e dell'esegesi normativa di alcuni giudici tutelari aditi caso per caso, contribuendo a creare una situazione di incertezza, di vero e proprio *forum shopping* e, in ultima istanza, di disuguaglianza sostanziale; evitare la produzione normativa non permette invece di cogliere un'occasione importante quale quella della discussione parlamentare.

(385) Il quadro rischia di aggravarsi a seguito dell'approvazione della legge sul testamento biologico. Nel caso infatti in cui dovesse intervenire una legge che regoli il testamento biologico, cosa ne sarebbe di tutti i poteri conferiti *ex ante* tramite decreti, *a fortiori* qualora il contenuto di tali poteri si rivelasse incompatibile con le disposizioni positivizzate dal legislatore nazionale?

Si rivela quindi l'indifferibilità di un intervento normante del legislatore³⁸⁶, un intervento ponderato e completo che avrebbe il pregio di concorrere a dipanare molteplici criticità di coordinamento tra tutti gli interessi e i diritti coinvolti e a rispondere a questioni ancora aperte, collaterali e funzionali alle tematiche in tal sede esaminate. D'altra parte, l'attività delle corti, espressione di una pratica di *law in action* sempre più diffusa in campo bioetico e sanitario, potrebbe influire positivamente sul circuito parlamentare, contribuendo a destare il legislatore da quella sorta di torpore in cui sembrava essere caduto e ad aprire nuovi spiragli di riflessione nel dibattito tutt'ora in corso.

Si cerchi quindi di contestualizzare la disciplina dell'amministrazione di sostegno nel quadro legislativo *de jure condendo* in riferimento alla legge sul testamento biologico, il cui *iter* – ormai intrapreso circa cinque anni orsono – è ancora in attesa di una definizione³⁸⁷.

³⁸⁶ In questo senso cfr. FLICK G.M., *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Politica del Diritto*, 2009, p. 515-517; BELLELLI A., *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, 2011, II, p. 85 ss.; SAVORANI G., *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, op. cit. L'intervento legislativo risulterebbe opportuno anche per evitare fenomeni di interventi territoriali autonomi, senza un coordinamento unitario a livello nazionale; si pensi all'istituzione operata da alcuni Comuni dei registri per la certificazione di testamenti biologici, prassi giudicata illegittima attraverso una Circolare Interministeriale dei Ministri del Lavoro, delle Politiche Sociali, della Salute e dell'Interno, in data 19 novembre 2010. I passaggi più significativi del documento sono così riassumibili: 1. la materia del "fine vita" è materia che rientra nell'esclusiva competenza statale; 2. spetta allo Stato definire gli effetti probatori degli atti conservati dai pubblici ufficiali, attribuzione costituzionalmente confermata, in quanto l'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato le materie dello stato civile e dell'anagrafe; 3. gli unici servizi statali assegnati al Comune concernenti gli effetti giuridici e probatori degli atti conservati da pubblici ufficiali, e nei quali il Sindaco agisce come Ufficiale di Governo, sono il servizio anagrafe, di stato civile, elettorale; 4. è solo attraverso apposita legge che può avvenire l'eventuale attribuzione di ulteriori funzioni amministrative per l'erogazione di servizi di competenza statale. Per una più approfondita trattazione e in senso critico rispetto alla Circolare si rinvia a PIOGGIA A., *I registri comunali delle dichiarazioni anticipate di trattamento a proposito di una recente circolare ministeriale*, in www.astrid-online.it; ROSSI S., *Tre Ministri e una circolare: nota sui registri comunali delle dichiarazioni anticipate*, in www.forumcostituzionale.it, 2011.

³⁸⁷ Per una ricostruzione del dibattito in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento si veda CATTORINI P. (a cura di), *Le direttive anticipate del malato. Esperienze operative e questioni etico-giuridiche*, Milano, 1999; BALESTRA L., *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Famiglia*, 2006, III, p. 435.

2. Luci e ombre dell'attuale disegno di legge in materia di direttive anticipate di trattamento.

Nonostante i tentativi falliti di introdurre una disciplina legislativa del testamento biologico registratisi nel corso della XIV legislatura³⁸⁸, è solo dopo la morte di Eluana Englaro che il dibattito politico si riaccende intorno al tema del fine vita, comportando in pochissimo tempo la presentazione in Parlamento del disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento. È pur vero però che nonostante tale repentina propulsione al dibattito in sede legislativa, il disegno di legge, dopo l'approvazione in prima lettura da parte di Senato e Camera, giace dal 12 luglio 2011 in Senato, attualmente pendente in Commissione Sanità, in attesa di una successiva votazione da parte del Parlamento.

La maggior parte della dottrina ha sollevato numerose critiche al testo licenziato dal Senato, parlando di «disegno orientato ideologicamente sulle emozioni della vicenda umana di Eluana Englaro»³⁸⁹, «frutto di una brutale chiusura ideologica», con numerosi profili di incostituzionalità che si sono mantenuti anche a seguito degli emendamenti apportati dalla Camera.

Prima di passare in rassegna le principali criticità espresse dalla dottrina, occorre far emergere i contenuti del disegno di legge.

Innanzitutto il testo si apre con la proclamazione di alcuni principi: l'indisponibilità, l'inviolabilità e la dignità della vita umana, ancorché nelle fasi terminali e qualora la persona non sia in condizione di intendere e di volere; la finalità dell'attività medica di tutela della vita e della salute dei pazienti, da cui discende il corollario della illegittimità di ogni forma di eutanasia e di aiuto o assistenza al suicidio; il valore dell'alleanza

³⁸⁸ Si vedano i disegni di legge presentati nel corso del biennio maggio 2002-maggio 2004 che avevano ad oggetto il consenso informato e le dichiarazioni anticipate di trattamento (in particolare i disegni di legge n. 1437 del 23 maggio 2002, 2279 del 23 maggio 2003, 4121 del 30 giugno 2003 e 2943 del 4 maggio 2004).

³⁸⁹ GRASSO C., *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del corpo*, in COCCO G. (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 70 ss.

terapeutica soprattutto nelle fasi terminali della malattia; il principio del consenso informato; il rifiuto di forme di accanimento terapeutico.

Esaurita questa elencazione, ci si addentra nel cuore del disegno di legge e si arriva subito ad una, se non la più importante, delle disposizioni ivi contenute, quella attinente al consenso informato. Si afferma in particolare che nei casi di interdetto il consenso debba essere prestato dal tutore mentre in caso di soggetto inabilitato o di minore emancipato questo debba essere rilasciato congiuntamente da curatore e interessato. Anche all'amministratore di sostegno viene riconosciuta la possibilità di prestare consenso, da solo o congiuntamente con il beneficiario. Il comma 7 è dedicato ai minori di età e prevede che il consenso prestato dagli esercenti la patria potestà o la tutela possa intervenire solo dopo aver dato ascolto agli interessi del minore, tenendo al contempo presente che la decisione dovrà essere adottata avendo come fine la salvaguardia della salute e della vita del minore stesso; finalità che deve guidare altresì l'intervento del personale sanitario qualora il paziente inabilitato o interdetto non abbia rilasciato dichiarazioni anticipate di trattamento. Ipotesi derogatoria alla necessità di un consenso informato rimane l'esistenza di una situazione emergenziale ove l'intervento del personale medico risulti improcrastinabile per evitare il verificarsi di un pericolo immediato e attuale per la vita del paziente.

La disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento è contenuta negli articoli 3 e 4. Nel primo dei due articoli si prescrive che il dichiarante, nel pieno possesso della capacità di intendere e di volere, a fronte di una compiuta informativa, ha facoltà di redigere dichiarazione anticipata esprimendo orientamenti e informazioni per il medico curante circa l'attivazione o la rinuncia di trattamenti sanitari sproporzionati o di carattere sperimentale, che acquisteranno efficacia in caso di futura e permanente perdita di capacità. Dal novero dei trattamenti su cui il paziente può apporre un veto, anche tramite preventiva dichiarazione, vengono escluse alimentazione e idratazione che devono essere comunque

mantenute, tranne qualora si rivelino inefficaci nel fornire i fattori nutrizionali essenziali alle funzioni fisiologiche.

Le dichiarazioni, che non potranno essere prese in considerazione nei casi di necessità ed urgenza, assumeranno rilievo al manifestarsi dell'incapacità dovuta ad accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale, accertamento di competenza di un collegio medico composto dal medico curante oltre che da un'anestesista rianimatore, un neurologo e uno specialista della patologia di cui è affetto il paziente, designati dalla direzione sanitaria della struttura di ricovero o dall'azienda sanitaria locale.

Così determinato il contenuto e i limiti delle dichiarazioni, il disegno di legge si occupa di definire la forma e la durata della stessa, prevedendo che qualora le manifestazioni di volontà del paziente non siano contenute in atto di forma scritta avente data certa e sottoscrizione del redigente, queste non avranno alcun valore. Per quel che concerne la durata, si prevede un "termine di scadenza" di cinque anni, al termine dei quali quindi, se non rinnovate nelle forme solenni previste per la redazione, perderanno ogni valore. Le dichiarazioni potranno comunque essere oggetto di revoca o modifica, che potrà intervenire in qualsiasi momento, purché le operazioni di revisione siano documentate in un atto sottoscritto dal soggetto interessato.

Nelle dichiarazioni è altresì possibile per il dichiarante indicare un fiduciario il quale, una volta nominato, previa accettazione dell'incarico e se non sostituito dal dichiarante con altro soggetto, sarà legalmente autorizzato ad interfacciarsi con il medico, facendosi portatore della intenzioni esplicitate dal paziente.

Disposizione fondamentale per determinare l'effettivo valore e l'impatto delle eventuali dichiarazioni rilasciate dal paziente è l'articolo 8 nel quale si prevede che il medico, riprendendo l'espressione contenuta nella Convenzione di Oviedo, prenda in considerazione gli orientamenti espressi nella dichiarazione, potendo decidere di discostarsene, solo però dopo aver consultato il fiduciario o i familiari (che rivestono i compiti del

fiduciario qualora questi non sia stato nominato) e dopo aver motivato la propria decisione per iscritto in un documento allegato alla dichiarazione stessa o contenuto nella cartella clinica. Viene altresì sancito per il medico il divieto di prendere in considerazioni quelle espressioni di volontà dirette a cagionare la morte del paziente o comunque contrastanti con le norme deontologiche o altre norme giuridiche, e viene *a contrario* stabilito l'obbligo per il medico di valutare gli intendimenti del paziente tenendo conto dei principi di inviolabilità della vita umana e di tutela della salute, in conformità ai principi di precauzione, proporzionalità e adeguatezza³⁹⁰.

Quello che emerge dai contenuti del disegno di legge è l'intenzione del legislatore, o meglio, della maggioranza dell'organo legislativo, di costruire una legge volta a tutelare la possibilità di scelta da parte del paziente nei momenti terminali della propria esistenza, una legge che però d'altra parte sia cauta nel riconoscere assolutezza a tale autodeterminazione, prevedendo quindi una serie di limiti e divieti che vanno a circoscrivere il campo di applicazione delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Uno degli aspetti più controversi delle dichiarazioni anticipate riguarda la sussistenza del requisito della attualità del consenso del paziente nel momento in cui le dichiarazioni dovranno esplicitare la propria efficacia. Una dichiarazione formulata ora per allora, anche a distanza di molto tempo dall'evento, che rende necessario prendere in considerazione la volontà del redigente, può avere una sufficiente precisione da adattarsi alla esatta circostanza in cui questa dovrà attuarsi? Può dirsi ancora portatrice della reale volontà del soggetto redigente?

Per questi motivi quindi il legislatore decide di introdurre una durata di validità delle dichiarazioni; e sempre in virtù di questo interrogativo egli dimostra pacatezza nell'attribuzione alle dichiarazioni di un'efficacia totalmente vincolante per il personale medico coinvolto,

³⁹⁰ La Camera ha eliminato l'articolo 8 del disegno di legge che prevedeva, nel caso di assenza del fiduciario e di contrasti tra soggetti legittimati a prestare il consenso, la decisione venisse assunta da un giudice tutelare, previo parere del collegio medico deputato ad attestare l'incapacità del paziente.

prevedendo però come contraltare a tale discrezionalità, da una parte, l'obbligo gravante sul medico di previa consultazione con il fiduciario o, qualora questi non sia presente, con i familiari e, dall'altra, la redazione di documentazione scritta attestante le motivazioni che hanno condotto ad una scelta difforme da quella rappresentata nelle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Come si accennava poc'anzi, il disegno di legge è stato oggetto di intensissime critiche da parte della maggioranza della dottrina che ha intravisto numerosi profili di incostituzionalità nelle disposizioni ivi racchiuse e che ha colto nelle motivazioni del legislatore una volontà di ritorno ad un paternalismo medico non più conforme con l'autonomia della persona, cardine dell'indirizzo bioetico ritenuto oramai prevalente nel nostro ordinamento.

La critica principale³⁹¹, concernente la messa in discussione della vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento in virtù della mancanza di continuità tra sottoscrittore della direttiva anticipata e soggetto che ne fa valere effettivamente il contenuto, viene risolta da

³⁹¹ Vi sono anche altre critiche che vengono sollevate dalla dottrina rispetto al disegno di legge qui in discussione: procedendo con ordine, secondo le disposizioni contenute nel disegno di legge, in primo luogo viene evidenziata l'incompatibilità dell'affermazione del principio di indisponibilità della vita con il quadro costituzionale, che condurrebbe ad una contraddizione nel legislatore rispetto alla ritenuta liceità dell'interruzione volontaria di gravidanza (si veda AGOSTA S., *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in FURNARI M.G., RUGGERI A. (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, Giappichelli, 2010; Inoltre, l'affermazione del divieto di eutanasia e aiuto o istigazione suicidio, oltre a non avere attinenza con la materia del rifiuto ad un determinato trattamento, correrebbe il rischio di rendere ancora più debole l'impianto sanzionatorio e di «inflazionare il corpus legislativo» (si veda RIDOLFI A., *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, in *Politica del Diritto*, 4, 2011, p. 599 ss.). Ulteriore e dibattutissimo profilo è quello riguardante il divieto di interruzione di alimentazione e idratazione artificiali, non considerati trattamenti sanitari ma forme di sostentamento irrinunciabile. In relazione a quest'ultimo punto, *ex multis* in dottrina, si vedano D'ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 237 ss.; PIOGGIA A., *Brevi considerazioni sui profili di costituzionalità del ddl Calabrò*, in www.astrid-online.it, 2009; VILLONE M., *Costituzione liberale v legislatore illiberale*, in www.costituzionalismo.it; in senso contrario si vedano RUGGERI A., *Le dichiarazioni di fine vita tra pietas e rigore costituzionale*, op. cit. e BORGONO C., *Rifiuto delle cure. Il dibattito sulla nutrizione e idratazione artificiale nella Chiesa Cattolica*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, ESI, Napoli, 2012.

alcuni autori attraverso una diversa lettura del requisito dell'attualità del consenso informato.

L'attualità non dovrebbe essere valutata su un piano puramente cronologico ma su un piano logico (c.d. attualità logica), così come già accadrebbe in tutti gli interventi chirurgici per i quali la volontà non viene espressa contestualmente all'atto medico³⁹² e come anche implicitamente previsto dalla disciplina della donazione di organi³⁹³ che, antecedente al testamento biologico, prevede una sorta di *living will* attraverso il quale un soggetto facoltizza il personale medico, qualora sopraggiunga un evento letale, all'espianto e al reimpianto dei propri organi.

Per quanto riguarda l'accostamento delle decisioni di fine vita tramite testamento biologico e il consenso prestato ad un'operazione chirurgica, quale giustificazione della negazione di una rilevanza del profilo cronologico- temporale nella definizione del valore e dei limiti delle DAT, si permetta di rilevare come il grado di certezza in ordine alla attualità della determinazione del paziente in un minimo lasso di tempo quale quello intercorrente tra prestazione del consenso e anestesia prodromica all'intervento chirurgico, sia esponenzialmente maggiore rispetto a quello in ordine alla attualità di una dichiarazione rilasciata mesi o anche anni prima dell'evento che ne richiede l'attuazione.

La più prossima immediatezza tra la prestazione del consenso e l'atto per cui si richiede la manifestazione di volontà, permette di assicurare con più certezza la fondatezza della scelta espressa, certezza

³⁹² *Amplius* D'AVACK L., *Scelte di fine vita*, in VERONESI U. (a cura di) *Testamento Biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005, p. 47: «Se si presuppone poi che a fronte di una grave malattia e in prossimità della morte la volontà della persona cambi radicalmente, allora questo vale anche nel caso in cui la libertà fosse stata espressa poco tempo prima, anche poche ore prima. Il vero concetto di attualità esprime un requisito logico e non meramente cronologico-temporale. Se così non fosse potrebbe diventare complesso giustificare gran parte degli interventi chirurgici, in quanto in tali ipotesi il consenso viene espresso dal paziente prime non durante tutto il corso dell'intervento. Anche in questi casi le manifestazioni di volontà espresse non risultano essere in concomitanza temporale con la lesione e l'intervento medico»; SANTOSUOSSO A., *A proposito del living will e di advance directives: note per il dibattito*, in *Politica del Diritto*, III, 1990, p. 477; LOMBARDI A., *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno*, op. cit.

³⁹³ Legge n. 91 del 1999 "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti".

che andrebbe diminuendo e ad infragilirsi qualora decorra un più ampio lasso temporale, atto a comportare una minor definita coincidenza tra la volontà racchiusa nella dichiarazione e quella che potrebbe sussistere al momento in cui le decisioni dovranno essere rese manifeste.

Se è vero poi che si possono riscontrare analogie tra la normativa sulle donazioni di organi e quella relativa alle *end of life decisions*, sia però consentito sottolineare come difetterebbe, per poter ritenere sovrapponibili le due discipline, un fattore oggettivo fondamentale: i beni di cui i testatori dispongono sono molto diversi tra loro trattandosi, in un caso, di una scelta radicale e drastica come quella inerente la propria salute, finanche la propria stessa vita e, dall'altra, di una scelta di disposizione del proprio corpo ad evento letale già intervenuto (che non ricade quindi sul bene della salute e della vita), da cui potrebbe discendere una non aprioristica estensione analogica della disciplina in materia di donazione di organi.

Nonostante le critiche avanzate il disegno di legge, pur con alcune incertezze che meritano una più attenta riflessione, come si avrà modo di analizzare nel corso del paragrafo successivo, si rivela inoltre in linea con i principi racchiusi nella Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1859 del 2012, "*Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients*".

Partendo dalla considerazione di una ormai comune lettura dell'articolo 8 CEDU quale fondamento della diritto alla *privacy* in ambito terapeutico, in aderenza al principio espresso nella Convenzione di Oviedo circa l'opportunità di prendere in considerazione i desideri previamente espressi da un paziente ormai incapace, il Consiglio registra un'eterogeneità nelle risposte fornite dagli Stati circa la disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento, del testamento biologico e del potere di rappresentanza. Tal eterogeneità induce l'Assemblea a raccomandare una serie di azioni agli Stati: ratificare e implementare la Convenzione di Oviedo, rivedere le legislazioni esistenti e, per coloro che non vi avessero ancora provveduto, intraprendere un percorso legislativo, instaurando concertazioni con la classe medica e tutti gli *stakeholders*

coinvolti, per positivizzare e implementare quanto espresso nella Convenzione di Oviedo, nel rispetto di una serie di principi forniti direttamente dalla Risoluzione.

Dopo avere ribadito il divieto di forme di eutanasia e suicidio assistito infatti si afferma:

1. le dichiarazioni anticipate devono essere, qualora propriamente validate e registrate, tenute in considerazione;
2. ci dovrebbe essere una differenziazione nelle forme di rappresentanza: da un lato una rappresentanza a tutela della proprietà e dall'altra una deputata alla tutela della salute e del *welfare*;
3. le dichiarazioni anticipate contrarie alla legge, alla buona pratica e che non corrispondono alla situazione attuale che la parte ha anticipato nel documento, non dovrebbero essere applicate;
4. le direttive dovrebbero essere accessibili a tutti, non dovendo richiedere forme particolarmente complesse o eccessivamente costose;
5. i redigenti dovrebbero essere incoraggiati a revisionare ad intervalli regolari le proprie manifestazioni di volontà (ad esempio, annualmente), potendo revocarle in qualsiasi momento;
6. si potrebbe prevedere un sistema di supervisione affidato ad una autorità giudiziaria qualora sorgano contrasti sulla attualizzazione delle dichiarazioni nella fattispecie concreta;
7. le decisioni surrogate che afferiscono a generali giudizi presenti nella società non dovrebbero essere ammissibili e, in caso di dubbio, la decisione deve essere sempre orientata dal principio di precauzione a favore della vita.

Benché la Risoluzione non abbia valore vincolante, ciò che pare interessante rilevare è come essa e i principi ivi asseriti siano frutto di un comune consenso, che si registra tra le altre cose non solamente a livello di Unione Europea ma nell'Europa intesa in senso continentale.

Non si tralasci infine il fatto che tale documento potrebbe configurare una sorta di pressione politica, essendo lo Stato italiano sottoposto alla giurisdizione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale cercando ormai frequentemente, soprattutto in materie così delicate, un comune consenso degli Stati membri, nella ricostruzione degli elementi pertinenti di diritto internazionale ed europeo fa sempre più riferimento alle stesse Risoluzioni dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa³⁹⁴.

3. L'amministrazione di sostegno in una prospettiva *de jure condendo*: i profili più discutibili del disegno di legge.

Data la breve disamina sui contenuti del disegno di legge e sulle luci e ombre della disciplina delineata, in particolare in relazione al cruciale problema dell'efficacia delle Dat, vorrei qui concentrarmi sull'analisi dell'amministrazione di sostegno in una prospettiva *de jure condendo*, facendo emergere il ruolo della figura protezionista nel rapporto con il testamento biologico.

Rispetto a tale rapporto, dal testo del ddl emergono alcune disposizioni che potrebbero destare un certo imbarazzo, soprattutto alla luce delle motivazioni su menzionate che hanno spinto il legislatore a misurarsi nella stesura di un testo normativo di capitale importanza per l'evoluzione culturale e biogiuridica del nostro paese (³⁹⁵).

All'art. 2, ove viene espressamente sancito il principio del consenso informato al trattamento medico, il legislatore introduce un comma (comma 6) che così recita:

³⁹⁴ Corte Edu, sent. 5 maggio 2009, *Sellem v. Italia*, in *www.echr.coe.int*; Corte Edu, sent. 13 aprile 2010 *Trabelsi v. Italia*, in *www.echr.coe.int*.

³⁹⁵ Dopo il caso Englaro, infatti, la preoccupazione era stata quella di dar vita ad un complesso normativo in grado di evitare l'intrusione di un terzo in scelte così personali come quelle sull'attivazione o il proseguimento di una terapia, soprattutto nei casi straordinari in cui tale opzione terapeutica si rivelasse salva vita.

«In caso di interdetto, il consenso informato è prestato dal tutore che sottoscrive il documento. In caso di inabilitato o di minore emancipato, il consenso è prestato congiuntamente dal soggetto interessato e dal curatore. Qualora sia stato nominato un amministratore di sostegno e il decreto di nomina preveda l'assistenza o la rappresentanza in ordine alle situazioni di carattere sanitario, il consenso informato è prestato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo dall'amministratore».

La disposizione cristallizzerebbe quanto fin'ora attuato dai vari tribunali tutelari circa la possibilità di investire l'amministratore di sostegno del potere di decidere in merito ai trattamenti sanitari a cui deve essere sottoposto il proprio beneficiario. Così normando si permetterebbe all'interprete di approdare ai risultati che attraverso la statuizione normativa si mirava ad eliminare; la formulazione della norma lascerebbe infatti la possibilità all'amministratore (oltre che alle altre figure del tutore e curatore) di sostituirsi al beneficiario nell'espressione della volontà, lasciando pertanto nelle mani di un terzo, senza che venga prescritto alcun vincolo, l'esercizio di diritti personalissimi, di esclusiva competenza del legittimo titolare.

Tale criticità si comprende a fronte di due differenti situazioni: innanzitutto nel caso in cui il paziente non sia mai stato in grado di esprimere la propria volontà, la quale non sarebbe quindi nemmeno parzialmente ricostruibile (si pensi a tutte quelle persone che sono fin dalla nascita, a causa delle più svariate patologie, incapaci di intendere e di volere – soprattutto qualora dovesse effettivamente prendere piede l'ipotesi di abolizione delle altre due figure di tutela dell'interdizione dell'inabilitazione).

Su quali basi l'amministratore potrebbe risolversi per uno o un altro percorso clinico? Chi potrebbe sindacare questa eventuale scelta?

In secondo luogo, la questione si pone per tutti quei soggetti che conservano invece ancora parzialmente la propria capacità intellettuale e volitiva e che sarebbero quindi nelle condizioni di far sentire la propria voce, come nel caso dei c.d. grandi minorenni, categoria che ricomprende al suo interno i minori emancipati e i minori oramai prossimi al raggiungimento della maggiore età ⁽³⁹⁶⁾.

Ma il legislatore, sempre al comma 6, afferma:

«La decisione di tali soggetti riguarda anche quanto consentito dall'articolo 3 ed è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute dell'incapace».

Partendo dall'assunto che l'art. 3 disciplina la redazione della dichiarazione anticipata di trattamento, la contorta lettera del citato frammento normativo potrebbe condurre a ritenere che amministratori, tutori e curatori siano autorizzati a redigere le DAT al posto dei propri assistiti, il che, se potrebbe avere un qualche senso nel caso in cui questi ultimi siano capaci di intendere e di volere ma non in condizioni fisiche per riportare materialmente le proprie volontà (la redazione sarebbe concepita come un atto puramente formale), condurrebbe al contrario in tutte le altre ipotesi a problematici esiti in punto di costituzionalità.

Il pericolo è quello di sconvolgere quanto stabilito nella sentenza della Cassazione n. 21748 la quale prevede che il terzo, sia egli tutore, curatore o anche a maggior ragione amministratore, per quella intrinseca componente ontologica che connota tale istituto, decida con e non per l'incapace. In questi casi infatti la natura personalissima del diritto rischia di essere intaccata dall'intrusività del terzo.

⁽³⁹⁶⁾ Si veda in argomento SIMONCINI A., SNEAD O.C., *I profili costituzionale delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo, con uno sguardo oltreoceano*, op. cit.

Un ultimo profilo che merita di essere analizzato, che vede coinvolto l'amministratore di sostegno in relazione alla disciplina del testamento biologico, riguarda il rapporto tra questo istituto e la figura del fiduciario introdotta all'art. 6. Questi è autorizzato – nel migliore interesse del redigente – a rapportarsi con il medico curante, a vigilare sulla somministrazione di terapie palliative verificando la non concretizzazione di fattispecie di omicidio, aiuto ed istigazione al suicidio, ma soprattutto ad interpretare ed esplicitare le dichiarazioni rilasciate. Si possono registrare alcuni profili di diversità sostanziale tra le due figure: se da una parte infatti l'amministratore nominato dal giudice (anche se su indicazione del beneficiario medesimo) deve prestare il consenso o il dissenso al trattamento sulla base delle dichiarazioni rese dal suo assistito facendosi depositario della sua volontà; dall'altra il fiduciario, di nomina privata, deve semplicemente riportare e al più interpretare autenticamente le dichiarazioni stesse. Resta pertanto da chiarire la possibile interazione delle due figure che potrebbero avere compiti molto simili se non addirittura sovrapponibili ³⁹⁷.

3.1. *Ipotesi di formulazione dell'articolo 2.*

Alla luce di tutte le osservazioni proposte l'art. 2 potrebbe essere diversamente disegnato. Nel presente paragrafo si propone sulla sinistra il testo attualmente in discussione al Senato e sulla destra un'ipotesi di formulazione della disposizione.

Testo attualmente in discussione	Proposta di formulazione dell'articolo

³⁹⁷ Resta comunque vero che il fiduciario è anch'esso una figura meramente eventuale, rilasciata alla assoluta discrezionalità e autonomia del singolo redigente.

<p>1.Salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento sanitario è attivato previo consenso informato esplicito ed attuale del paziente prestato in modo libero e consapevole.</p> <p>2.L'espressione del consenso informato è preceduta da corrette informazioni rese dal medico curante al paziente in maniera comprensibile circa diagnosi, prognosi, scopo e natura del trattamento sanitario proposto, benefici e rischi prospettabili, eventuali effetti collaterali nonché circa le possibili alternative e le conseguenze del rifiuto del trattamento.</p> <p>3.L'alleanza terapeutica costituitasi all'interno della relazione fra medico e paziente ai sensi del comma 2 può esplicitarsi, se il medico lo ritiene necessario o se il paziente lo richiede, in un documento di consenso informato firmato dal paziente e dal medico. Tale documento è inserito nella cartella clinica su richiesta del medico o del paziente.</p> <p>4.È fatto salvo il diritto del paziente di rifiutare in tutto o in parte le informazioni che gli competono. Il rifiuto può intervenire in qualunque momento e deve essere esplicitato in un documento</p>	<p>1.Salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento sanitario è attivato previo consenso informato esplicito ed attuale del paziente prestato in modo libero e consapevole.</p> <p>2.L'espressione del consenso informato è preceduta da corrette informazioni rese dal medico curante al paziente in maniera comprensibile circa diagnosi, prognosi, scopo e natura del trattamento sanitario proposto, benefici e rischi prospettabili, eventuali effetti collaterali nonché circa le possibili alternative e le conseguenze del rifiuto del trattamento.</p> <p>3.L'alleanza terapeutica costituitasi all'interno della relazione fra medico e paziente ai sensi del comma 2 può esplicitarsi, se il medico lo ritiene necessario o se il paziente lo richiede, in un documento di consenso informato firmato dal paziente e dal medico. Tale documento è inserito nella cartella clinica su richiesta del medico o del paziente.</p> <p>4.È fatto salvo il diritto del paziente di rifiutare in tutto o in parte le informazioni che gli competono. Il rifiuto può intervenire in qualunque momento e deve essere esplicitato in un documento sottoscritto dal</p>
--	---

sottoscritto dal soggetto interessato, che diventa parte integrante della cartella clinica.

5. Il consenso informato al trattamento sanitario può essere sempre revocato, anche parzialmente. Tale revoca deve essere annotata in cartella clinica.

6. In caso di soggetto interdetto, il consenso informato è prestato dal tutore che sottoscrive il documento. In caso di soggetto inabilitato o di minore emancipato, il consenso informato è prestato congiuntamente dal soggetto interessato e dal curatore. Qualora sia stato nominato un amministratore di sostegno e il decreto di nomina preveda l'assistenza o la rappresentanza in ordine alle situazioni di carattere sanitario, il consenso informato è

prestato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo dall'amministratore. La decisione di tali soggetti riguarda anche quanto consentito dall'articolo 3 ed è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute e della vita del soggetto incapace.

7. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la

soggetto interessato, che diventa parte integrante della cartella clinica.

5. Il consenso informato al trattamento sanitario può essere sempre revocato, anche parzialmente. Tale revoca deve essere annotata in cartella clinica.

6. Il diritto al consenso informato è un diritto personalissimo, di esclusiva competenza del suo titolare.

In via d'eccezione, in caso di soggetto interdetto, il consenso informato è prestato dal tutore. In caso di inabilitato o di minore emancipato, il consenso è prestato congiuntamente dal soggetto interessato e dal curatore. Qualora sia stato nominato un amministratore di sostegno e il

decreto di nomina preveda l'assistenza o la rappresentanza in ordine alle situazioni di carattere sanitario, il consenso è prestato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo dall'amministratore.

7. Nella prestazione del consenso il rappresentante deve avere riguardo alla volontà e al

potestà parentale o la tutela dopo aver attentamente ascoltato i desideri e le richieste del minore. La decisione di tali soggetti è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della vita e della salute psico-fisica del minore.

8. Per tutti i soggetti interdetti o inabilitati il personale sanitario è comunque tenuto, in assenza di una dichiarazione anticipata di trattamento, a operare avendo sempre come scopo esclusivo la salvaguardia della salute e della vita del paziente.

9. Il consenso informato al trattamento sanitario non è richiesto quando ci si trovi in una situazione di emergenza, nella quale si configuri una situazione di rischio attuale e immediato per la vita del paziente.

miglior interesse del paziente.

8. Nei casi di paziente incapace di intendere e di volere fin dalla nascita, è esclusa la possibilità di prestazione del consenso ad atti straordinari da parte di terzi, anche da parte dei soggetti di cui al comma 2.

9. Qualora invece al paziente residui capacità di intendere e di volere, la scelta sulle cure deve permanere di sua competenza.

10. Tutore, curatore e amministratore di sostegno non possono redigere le dichiarazioni anticipate in nome e per conto del paziente e sono tenuti ad attenersi alle eventuali dichiarazioni qualora precedentemente manifestate dal proprio assistito.

11. Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la

	<p>potestà parentale o la tutela dopo avere attentamente ascoltato i desideri e le richieste del minore. La decisione di tali soggetti riguarda quanto consentito anche dall'articolo 3 ed è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute psico-fisica del minore.</p> <p>12. Qualora il soggetto sia minore o legalmente incapace o incapace di intendere e di volere e l'urgenza della situazione non consenta di acquisire il consenso informato così come indicato nei commi precedenti, il medico agisce in scienza e coscienza, conformemente ai principi della deontologia medica nonché della presente legge».</p>
--	---

4. L'attuale discussione parlamentare: un'occasione da non perdere.

Ma cosa invece potrebbe fare, o meglio, cosa sarebbe auspicabile che facesse il Parlamento, cogliendo l'occasione della redazione di questa legge? Il Parlamento dovrebbe sistematizzare entro una veste legislativa quei principi già rinvenibili nel nostro ordinamento armonizzandoli con tutti i dubbi e le difficoltà che potrebbe emergere in un'opera di coordinamento degli stessi; concretamente il legislatore dovrebbe riflettere

sugli strumenti sostanziali e processuali ⁽³⁹⁸⁾ che possono garantire al massimo l'attualità e la consonanza delle direttive anticipate con la volontà del paziente ma anche l'eventuale ricostruzione della stessa da parte di soggetti terzi in caso di mancata redazione o di mancato rilascio (in qualsiasi altra forma rispetto a quella scritta) di dichiarazioni precedenti.

Il disegno di legge così strutturato non potrà infatti esaurire la disciplina di tutte le fattispecie che afferiscono al tema delle decisioni di fine vita, potendo residuare casi in cui tali dichiarazioni non siano esplicitate; casi come quello di Eluana Englaro potranno ancora presentarsi, anche a seguito dell'entrata a regime dell'attuale interposizione del legislatore.

Si potrebbe registrare una riduzione di simili ipotesi, anche se per una realistica stima bisognerà attendere di verificare l'effettivo impatto applicativo della legge ovvero quante persone decideranno concretamente di redigere testamento biologico. Sul punto i dati di alcuni ordinamenti che già da anni hanno dato vita a tale istituto non sono confortanti, come accaduto negli Stati Uniti ove il *living will* non ha avuto riscontri pratici estesi come quelli che si erano ipotizzati in fase di redazione della legge³⁹⁹.

Le direttive anticipate potrebbero infatti essere considerate l'antitesi del consenso informato per il rischio di una incompleta informazione e per la mancanza di attualità, essendo la redazione differita rispetto al

³⁹⁸ Il riferimento non può che essere alle garanzie processuali di cui si diceva al precedente paragrafo.

³⁹⁹ Sul punto si vedano SIMONCINI A., CARTER SNEAD O., *I profili costituzionali delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo, con uno sguardo oltreoceano*, op. cit. i quali rendono conto di ricerche svolte negli Stati Uniti, una ricerca in particolare del 2004, da cui si evince come l'80% circa degli americani non abbiano redatto testamento biologico e da altre ricerche nei paesi europei dove si dimostra che il 70% delle decisioni che attengono al fine vita sono prese, in assenza di dichiarazioni anticipate di trattamento, dai medici e che nella restante percentuale di casi in cui invece vi sia un testamento biologico, questo ha come "effetto solo quello di influenzare tale decisione medica". Sul punto si veda altresì MICHALOWSKI D., *Trial and error at the end of life. No harm done?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, p. 257 ss.; ID., *Advance refusals of life-sustaining medical treatment: the relativity of an absolute right*, in *Modern Law Review*, 2005, p. 958 ss.

momento in cui queste sono destinate ad operare, verificandosi quindi una «sfasatura tra situazione semplicemente paventata in occasione dell'assunzione della scelta e situazione così come concretamente manifestatasi» (400). Proprio per la criticità di questo passaggio tra desiderio e volontà atta a vincolare il medico nella sua funzione di tutela del paziente, sia la Convenzione di Oviedo che il Codice deontologico dispongono che le precedenti volontà devono essere “tenute in considerazione”, non dotandole pertanto di capacità vincolante, sì che lo stesso legislatore ha intrapreso questo sentiero.

Dato questo valore riconosciuto alle direttive anticipate, sarebbe altresì opportuno che la normativa espressamente mettesse a tema il ruolo delle varie figure che sono possono venire implicate: dovrebbe fornire risposte agli interrogativi sugli eventuali profili di responsabilità civili e penali in caso di violazione delle stesse delle norme che disciplinano le dichiarazioni anticipate di trattamento. *Quid iuris* del medico che viene accusato di aver esorbitato il contenuto delle direttive, senza adeguata motivazione? Quali gli eventuali danni compensabili?

Sono gli stessi medici che invocano esaurienti ed univoche risposte e richiedono che venga definitivamente stabilito un quadro di legalità entro cui poter collocare le proprie azioni e le eventuali relative conseguenze. Affatto rari sono quei comportamenti del personale sanitario che, lungi dall'orientare il proprio comportamento in vista del bene del paziente, si muovono su un piano di tutela e assicurazione della propria posizione e della propria responsabilità; da anni si parla ormai infatti del fenomeno della medicina difensiva.

E cosa dire dell'eventuale previsione di una obiezione di coscienza? Nella legge si dovrebbe cogliere l'occasione per prevedere la possibilità di obiezione di coscienza per il medico il cui comportamento, conforme alla tutela del diritto del proprio paziente e imposto come doveroso da una norma giuridica, potrebbe scontrarsi con le proprie convinzioni religiose ed

⁴⁰⁰ Cit. BALESTRA L., *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, op. cit.

etiche. Sarebbe infatti opportuno un intervento normante del legislatore che risolva il conflitto tra foro interno e foro esterno del sanitario; che sedi tutte le conflittualità che sorgono nel momento dell'impatto tra le singole coscienze e il comportamento giuridicamente prescritto, evitando in questo modo che si verifichi un eccessivo e surrettizio disequilibrio tra diritto al rifiuto della prestazione medica e diritto alla propria libertà di coscienza al quale viene parimenti riconosciuta tutela dalle disposizioni contenute nella Carta costituzionale.

Si potrebbe inoltre cogliere l'occasione per enucleare nella maniera più chiara possibile e realisticamente univoca alcune definizioni che coinvolgono aspetti interdisciplinari, soprattutto in campo medico o più latamente bioetico, che si rivelano altresì discriminanti per la risoluzione di numerose controversie giudiziarie (trattamenti sanitari ⁽⁴⁰¹⁾, accanimento terapeutico, futilità e proporzionalità delle cure, etc.).

Una normativa quindi che recuperi il più possibile quella certezza del diritto e soprattutto quella certezza dell'autentico rispetto dei diritti che, lungi dall'essere un mero principio dal contenuto retorico, adatto ultimamente solo ad un discorso filosofico sul diritto, aiuti a circoscrivere anche tutti quei fenomeni sempre più prevedibili di *forum shopping*; di guisa evitando la continua migrazione verso quei tribunali che, portatori di una certa linea interpretativa delle poco coordinate norme vigenti, rispecchino il proprio intimo convincimento personale.

⁴⁰¹ Uno degli aspetti maggiormente controversi è infatti la riconducibilità alla categoria dei trattamenti sanitari delle pratiche di alimentazione e idratazione artificiali, il che comporterebbe, in caso di riscontro positivo, la possibilità di avanzare richiesta di non attivazione o sospensione degli stessi. Sul tema cfr. PIZZETTI F. G., *Sugli ultimi sviluppi del "caso Englaro": limiti della legge e "progetto di vita"*, in *Politica del Diritto*, III, 2009, p. 445; CASONATO C., *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 2009, p. 99.

CONCLUSIONI

Dal lavoro di ricerca qui svolto emergono alcune valutazioni conclusive e sorgono altresì alcuni spunti di riflessione che potranno essere oggetto di un ulteriore approfondimento.

La prima conclusione cui si perviene concerne i dubbi di ordine sistematico che possono essere avanzati di fronte alla scelta di una parte della giurisprudenza tutelare, peraltro approvata dalla dottrina maggioritaria, di istituire un legame tra l'amministrazione di sostegno e il testamento biologico.

La disciplina dell'amministrazione di sostegno infatti, che non era stata disegnata tenendo presente un intervento dell'amministratore nel campo delle decisioni di fine vita, viene vista quale surrogato del testamento biologico.

Dal punto di vista del costituzionalista, ciò che desta perplessità è che tramite questo strumento rischia di venir frustrata la tutela di quel diritto costituzionalmente garantito al consenso informato, diritto che la stessa Corte costituzionale, in virtù del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., ha definito come espressione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell'autodeterminazione e quello della salute.

Numerose sono le criticità, di cui si è cercato di dare conto nel presente lavoro, che sia sotto un profilo sostanziale (discrezionalità del giudice tutelare, possibilità di revoca delle indicazioni rilasciate dal beneficiario, eventuali di profili di responsabilità in capo all'amministratore nel caso di mancata ottemperanza di quanto prescritto nel decreto di nomina) sia sotto un profilo prettamente processuale (difesa tecnica, ruolo del Pubblico Ministero, elementi probatori, struttura del procedimento), permettono di avanzare dubbi sulla conformità della disciplina vigente della figura protezionistica all'esigenza di tutela del

diritto all'autodeterminazione terapeutica di cui è emblema il consenso informato.

Proprio muovendosi nel delicato terreno della libertà di autodeterminazione si disvela la debolezza della normativa civilistica attuale a tutela di valori costituzionali, soprattutto ove tali valori siano mediati da interventi di singoli giudici i quali, invece, vedono nell'intervento del legislatore in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento una mera superfetazione normativa, bastando a tutela dei diritti fondamentali ivi coinvolti una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni concernenti l'amministrazione di sostegno.

La fragilità di tale argomentazione è destinata però a mostrarsi in tutta la sua evidenza laddove si consideri che lasciare alla discrezionale valutazione del singolo giudice la possibilità di applicare l'amministrazione di sostegno quale strumento per attuare il fondamentale diritto al consenso informato contribuirebbe a creare una situazione di incertezza del diritto oltre che di disuguaglianza sostanziale.

Questa considerazione ci introduce alla seconda parte delle presenti conclusioni. È opportuno lasciare la disciplina di una materia così delicata nelle mani della discrezionalità dei giudici? Tale quesito emerge prepotentemente quando vi sono in gioco diritti fondamentali e personalissimi che mettono in luce l'annosità e la delicatezza del dibattito bioetico e biogiuridico.

Analogamente era successo quando ci si era posti l'interrogativo delle necessità di una regolamentazione legislativa delle pratiche di procreazione medicalmente assistita, regolamentazione che la Corte costituzionale, in due diverse occasioni, ha ritenuto – proprio per la portata dei contenuti ivi espressi – legge costituzionalmente necessaria. Il dibattito parlamentare il cui compito – come ci ricorda Waldron in "*The dignity of legislation*"⁴⁰² è quello di selezionare in modo equo il contenuto delle scelte pubbliche, anche e soprattutto in quegli ambiti dove maggiore

⁴⁰² WALDRON J., *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, 1999.

è il disaccordo “etico” – rimane senza dubbio il terreno privilegiato delle decisioni afferenti al bilanciamento di diritti e di principi riconosciuti come centrali nell’assetto costituzionale del nostro ordinamento. E ciò non comportando un’esautorazione del giudiziario il cui ruolo non può oramai essere ridotto a quello di mero applicatore della normativa posta dal Parlamento. Scorrendo la produzione dell’attività delle corti, emerge il dato di fatto che i giudici, nello svolgere il proprio compito ermeneutico, mettono in pratica un’attività talvolta anche creativa di diritto.

Zagrebelsky affronta questo fenomeno già nel 1992, nel “Diritto mite”⁴⁰³, parlando di una fluidità del dato normativo quale conseguenza del pluralismo che connota gli ordinamenti contemporanei, che non si radicano più su una comune e condivisa matrice ma che si nutrono della eterogeneità degli interessi dei singoli cittadini e dei gruppi sociali. Una mitezza del diritto che esige quindi un intervento sempre più attivo del potere giudiziario, anche in forza dell’interpretazione costituzionalmente conforme della normativa. Ciò forse però presupporrebbe un’autoevidenza della interpretazione costituzionalmente conforme e l’esistenza (forse utopica) di una unica verità morale (Waldron).

Quel che è necessario indagare è se questa attività creativa del giudice resti opportuna, qualora si ponga in contrasto con diritti fondamentali riconosciuti dall’ordinamento e con gli stessi principi che si intendevano tutelare tramite l’operazione interpretativa costituzionalmente orientata, come è stato analizzato per il rapporto tra amministrazione di sostegno e testamento biologico.

In particolare, e qui si innesta uno spunto di riflessione che potrebbe essere oggetto di un approfondimento nell’ipotesi di un prosieguito del lavoro di ricerca, sarebbe interessante provare a sviscerare la risposta a tale interrogativo nell’ambito del diritto civile, caratterizzato dalla peculiarità per cui, se alcune disposizioni contenute nel codice civile preesistevano alla Costituzione e quindi al riconoscimento di fondamentali

⁴⁰³ ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

principi che sono divenuti il cuore del costituzionalismo italiano, altre sono sopraggiunte in seguito.

Con l'amministrazione di sostegno si è parlato di conformità ai principi costituzionali in fase di redazione della legge, per rilevare l'incoerenza del vigente sistema di tutele con i principi su cui si fonda lo stato costituzionale italiano; si è parlato poi, di interpretazione costituzionalmente conforme in sede di attuazione della normativa, per giustificare l'ampliamento dell'ambito applicativo di questa figura.

Come quindi i diritti e i principi costituzionali vengono utilizzati per rileggere alcuni istituti del diritto civile?

La Costituzione ha inevitabilmente comportato una radicale innovazione nell'ordinamento italiano, che prima dell'entrata in vigore della Carta costituzionale aveva come principale testo di riferimento il codice civile il quale aveva però un'impronta profondamente differente da quella che caratterizza il dettato costituzionale.

Il codice civile rivolgeva infatti prevalentemente la sua attenzione ai traffici giuridici secondo un taglio prettamente patrimonialista; con la Costituzione l'attenzione si sposta invece sulla persona, sull'individuo. Nello sviluppo dei diritti della personalità, iniziato nel corso del XIX secolo e in continua espansione, la Costituzione ha svolto un ruolo decisivo. Lo stesso concetto di libertà muta profondamente e si veste di nuovi significati con la Carta costituzionale; se la libertà per i civilisti era la libertà privata, l'esplicarsi del volere del singolo nell'ambito dei rapporti patrimoniali, la Costituzione riconosce invece una più ampia libertà, quale condizione di realizzazione dell'esplicarsi dell'essere umano, non più solo confinata ad un delimitato ambito della vita civile ma in grado di incidere su tutti i settori della vita personale e dei consociati.

Il diritto costituzionale quindi inevitabilmente va ad incidere sul diritto civile e lo tocca sia nella rilettura di istituti preesistenti alla Costituzione, basti prendere in considerazione l'articolo 5 del c.c., sia nella definizione di istituti più recenti che sono entrati a far parte del tessuto civilistico dopo l'avvento della Costituzione.

Quale l'uso dell'interpretazione costituzionalmente conforme? Quale, se sussiste, il limite all'utilizzo di tale strumento argomentativo, anche alla luce del recentissimo arresto della Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 15 gennaio 2013⁴⁰⁴? Così il Giudice costituzionale:

«In tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa. La Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria – determinandone la illegittimità in caso di contrasto – ma contribuiscono a conformare tale legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire ad ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali. La conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale non può peraltro limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento. La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di

⁴⁰⁴ Corte cost., sent. n. 1 del 15 gennaio 2013, in www.giurcost.org, sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato che è stato promosso dal Presidente della Repubblica per violazione degli artt. 90 e 3 della Costituzione e delle disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione, a seguito dell'attività di intercettazione telefonica svolta nell'ambito di un procedimento penale presso il Tribunale di Palermo, nel corso della quale sono state captate conversazioni intrattenute dallo stesso Presidente della Repubblica.

condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela».

Per tutti questi motivi si ritiene dunque che la mediazione in vista della tutela di sì complessi e fondamentali principi costituzionali, quale quello della libertà di autodeterminazione terapeutica, non possa essere di tipo giurisdizionale quanto invece di tipo legislativo.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTA S., *Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in FURNARI M.G., RUGGERI A. (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, Giappichelli, 2010

AIMERITO F., *Aspetti della legge 9 gennaio 2004, n. 6 nella prospettiva dello storico: qualche spunto di riflessione*, in AIMERITO F., *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno*, Giappichelli Ed., Torino, 2008

ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, 1957

ALPA G., ANSALDO A., *Art. 5*, in *Il codice civile, Commentario* (diretto da SCHLESINGER P.), Giuffrè, Milano, 1996;

AMATO E., *Interdizione, inabilitazione amministrazione di sostegno. Incertezze legislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1993, p. 101 ss.

AMENDOLAGINE V., *La ricerca del "best interest" del beneficiario nell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia e Diritto*, 2011

ANDALORO S., *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 85 ss.

ANNA G.J., GRODIN M.A., *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code: Human Rights in Human Experimentation*, in *Oxford University Press*, New York, 1992

ANTONINI L., *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Quaderni di Iustitia*, Giuffrè, 2009, p. 20

ANZANI G., *Capacità di agire e interessi della personalità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, X, 2009, p. 509

AUTORINO STANZIONE G., *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Camerino, Napoli, 1990

AVAGLIANO M., *La riforma dell'incapacità del maggiorenne*, FederNotizie, 2004

AZZONI G., *Valori e fondamenti costituzionali del consenso informato*, in *Comunicazione della salute: un manuale*, Raffaello Cortina, Milano, 2009, p. 314-322

BACCARINI P., *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2006, p. 175

BALDASSARRE A., *Libertà I, Problemi generali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1990, p. 23

BALDUZZI R., PARIS D., *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, p. 4958

BALESTRA L., *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 2011, p. 1009

BALESTRA L., *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Familia*, III, 2006, p. 435

BARBERA A., *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 68

BARBUTO G., *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto*, in *Cassazione Penale*, 2003, p. 327

BARNI M., SANTOSUOSSO A., *Medicina e diritto: prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, Giuffrè, 1995

BARON C.H., *The right to die. Themes and variations*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1841

BARON C.H., *Life and death decision making: Judges vs. Legislators as sources of law in bioethics*, in *Journal of Health and Biomedical Law*, 2004, p. 107

BARTOLE S., *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 1179-1197

BASAGLIA F., *Introduzione documentaria*, in *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Einaudi, Torino, 1968

BELLELLI A., *Il codice deontologico medico e il suo valore giuridico*, in BARNI M. (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Giuffrè, Milano, 1999

BELLELLI A., *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, 2011, II, p. 85 ss.

BIANCA C.M., *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1985, p. 35

BIANCA C.M., *Premessa*, in PATTI S. (a cura di) *L'amministratore di sostegno*, Milano, 2005

BOGNETTI G., *The concept of human dignity in european and U.S. constitutionalism*, in *Science and technique of democracy*, Council of Europe Publishing, 2005, n. 37, p. 75 ss.

BOMPIANI A., *Considerazioni su rifiuto e rinuncia al trattamento sanitario*, in FURNARI M.G., RUGGERI A. (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Giappichelli, 2010, p. 17

BONILINI G., *Designazione dell'amministratore di sostegno e direttive da seguire nello svolgimento dell'ufficio*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, II, 2007, p. 102

BONILINI G., *Testamento per la vita e amministrazione di sostegno*, in VERONESI U. (a cura di) *Testamento biologico. Riflessione di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 189

BONILINI G., *La responsabilità dell'amministratore di sostegno*, in *Responsabilità Civile*, VI, 2007, p. 486

BONILINI G., *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, in BONILINI G., TOMMASEO F. (a cura di), *Dell'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2008

BONILINI G., CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, CEDAM, Padova, 2004

BORGOÑO C., *Rifiuto delle cure. Il dibattito sulla nutrizione e idratazione artificiale nella Chiesa Cattolica*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, ESI, Napoli, 2012

BORTOLUZZI A., *Incapacità e amministrazione di sostegno: norme e prassi a confronto*, in BORTOLUZZI A. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Utet, 2005, p. 1 ss.

BOTTARI C., *Il diritto alla tutela della salute*, in RIDOLA P., NANIA R. (a cura di), *I diritti costituzionali* Torino, 2001

BRIGNONE C., *Il trattamento medico senza consenso al vaglio delle Sezioni Unite: passi avanti e persistenti ambiguità*, in *Diritto penale e processuale*, 2009, p. 447

BRUSCUGLIA L., *Sul cosiddetto testamento psichiatrico*, in FERRANDO G., VISINTINI G. (a cura di) *Follia e diritto*, Torino, 2003, p. 100

BUFFONE G., *La protezione giuridica dell'adulto incapace: l'anziano e l'amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di merito*, 12, 2011, p. 2907

BUGETTI M.N., *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 56

BUGETTI M.N., *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace ed autonoma: oltre i confini dell'istituto?*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 161

BUSI V., *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 51

BUSI V., *L'amministratore di sostegno: il nuntius del paziente*, in *Famiglia e Diritto*, II, 2010, p. 187

BUSNELLI F.D., BRECCIA U., *Premessa*, in BUSNELLI F.D., BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 5

BUSNELLI F.D., PALMERINI E., *voce Bioetica e Diritto Privato*, in *Enciclopedia del Diritto*, V agg., Giuffrè, Milano

CALÒ E., *Autonomia e autodeterminazione del beneficiario*, in PATTI S. (a cura di) *L'amministrazione di sostegno*, in *Quaderni di Famiglia*, Milano, 2005

CALÒ E., *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in *Rivista del Notariato*, 2004

CALÒ E., *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Giuffrè, Milano, 2004

CALÒ E., *Il giudice tutelare e la vendetta di Puchta*, in *Notariato*, 2005

CALÒ E., *Il discrimen fra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Notariato*, V, 2004, p. 527

CAMPESE G., *L'istituzione dell'amministratore di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia e Diritto*, I, 2004, p. 122

CAMPESE G., *Il giudice tutelare e la protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2008

CANESTRARI S., FANTINI M.P., *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, IPSOA, 2006

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2002

CARAVITA B., *Articolo 32*, in CRISAFULLI V. – PALADIN L. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1990.

CARBONE E., *Stigma psichiatrico e diritto civile. Itinerari privatistici per la realizzazione personale e il coping*, in www.personaedanno.it, 2006

CARTABIA M., *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti*, in www.atridonline.it

CARUSI D., *Rifiuto di cure e direttive anticipate: diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, in *Politica del Diritto*, 4, 2011, p. 695 ss.

CASONATO C., *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni Costituzionali*, I, 2009, p. 99

CASONATO C., *Il caso Englaro: fine vita, il diritto che c'è*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, p. 100

CASONATO C., *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, III, 2009, p. 1052

CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2008, p. 545-576

CASSANO G., *L'amministrazione di sostegno. Questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, Halley ed., 2006

CASSANO G., *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno e disciplina processuale*, in www.altalex.com, 2006

CASTRONOVO C., *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 1990, p. 193

CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, p. 5

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006

CATTANEO G., *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, 1957, p. 950

CATTORINI P. (a cura di), *Le direttive anticipate del malato. Esperienze operative e questioni etico-giuridiche*, Milano, 1999

CELOTTO A., PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (rassegna giurisprudenziale 2001 – 2004), in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, p. 427

CENDON P., ROSSI R., *Amministratore di sostegno. Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia, Persone e Successione*, VII, 2007, p. 662

CENDON P., ROSSI R., *L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata*, in *Politica del Diritto*, III, 503, 2007

CENDON P., *Il risarcimento del danno esistenziale nel sistema di tutela della persona*, in *Studi in onore di SCHLESINGER P.*, III, Milano, 2004, p. 2092

CENDON P., *Infermità di mente e diritto privato*, in *Legislazione sanitaria e status del malato di mente*, XI Congresso internazionale di legge e psichiatria, Firenze, 2005, p. 182-197

CENDON P., *Le origini dell'amministrazione di sostegno*, in CENDON P. (a cura di), *Persona e Danno, Trattati*, 2004, Giuffrè, Milano, p. 1391-1445

CHERUBINI M.C., *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in BUSNELLI F.D, BRECCIA U. (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 98

CHIARLONI S., *Prime riflessioni su alcuni aspetti della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005, p. 149

CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno: primi «disorientamenti» applicativi*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, I, 2005, p. 27

CHIZZINI A., *I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno*, in BONILINI G., CHIZZINI A. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, CEDAM, Padova, 2007

CIAN V.G., *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 2004, p. 481

CILIBERTI R., *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Diritto, Famiglia e Persone*, 2001, p. 347

COBELLI E., *La riforma in Francia delle leggi sulle persone e sulla famiglia*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1976, p. 430

COLOMBO C., *Il consenso informato: quale spazio per il testamento biologico e l'amministrazione di sostegno?*, in *www.latribuna.it*, 2009

CORAGGIO C., *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, p. 4981-4994

COSENTINI L., *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura e autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza di Merito*, XI, 2009, p. 2692

COSENTINI L., *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 2005, p. 409

CRESPI A., *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Priulla, Palermo, 1955

CRICENTI G., *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1, 2009, p. 21

DANOVI F., *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, p. 779

D'ALOIA A., *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 237 ss.

D'APOLLO L., *Deficit informativo: sanitario responsabile anche se il trattamento è corretto*, in *www.altalex.it*, 2007

DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Giappichelli, Torino, 2006

D'AVACK L., *Scelte di fine vita*, in VERONESI U. (a cura di) *Testamento Biologico, riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 155

DE CUPIS A., *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1999

DELLE MONACHE S., *Prime note sull'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2004, p. 39

DE VERGOTTINI G., *Oltra il dialogo tra Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010

DI CIOMMO M., *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010

DI MASI M., *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2012, p. 145-160

DI MASI M., *A.D.S. e direttive anticipate: la Cassazione prova a far ordine*, in *www.personaedanno.it*.

DOGLIOTTI M., *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1981, I, p. 27

DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO P., Torino, 1999

DONATI A., *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2000

DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 584

DWORKIN R., *Il dominio della vita*, Comunità, Milano, 1994

DWORKIN R., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), trad. it. di CORNALBA L., Feltrinelli, Milano, 2007

EBERLE E.J., *Dignity and Liberty: Constitutional Vision in Germany and United States*, Prager, Wetsport, 2002, p. 125

EMANUEL E.J. & EMANUEL L.L., *Four models of the physician-patient relationship*, in *Journal of the American Medical Association*, n. 267, 1992

EUSEBI L., *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, in *La ca' grande*, 1986

EUSEBI L., *Sul mancato consenso al trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, XVII, 1995

EUSEBI L., *Criteriologie etico-giuridiche dell'intervento medico: in particolare il caso dello stato vegetativo permanente*, in GALLETTI M., ZULLO S. (a cura di) *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, Firenze University Press, 2008, pp. 87-106

EUSEBI L., *Il rapporto con l' "altro" alla luce della Costituzione. I riflessi sulle problematiche di fine vita e l' "incostituzionalità" di ogni configurazione dell' "altro" come nemico*, in *Dignità e diritto. Prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del S. Cuore, Piacenza, II, 2010, pp. 40-71

FAILLA M.C., *I poteri del giudice tutelare. Le nuove regole al vaglio della prassi*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005

FELDMAN D., *Human dignity as a Legal Value*, in *Public Law*, 1999, p. 682 ss.

FERRANDO G., *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Famiglia e Diritto*, III, 2009, p. 277

FERRANDO G., *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione per soggetti deboli*, Milano, 2005

FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Rivista penale*, 2009, p. 1231

FIECCONI F., SANTOSUOSSO A., *Il rifiuto di trasfusioni tra libertà e necessità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2005, p. 38

FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 119-121.

FLICK G.M., *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Politica del Diritto*, 2009

FORTE F., *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*, in *Corriere Giuridico*, XII, 2008, p. 1674

FOSSIER T., *L'objectif de réforme du droit des incapacités: protéger sans jamais diminuir*, in *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2005

FOSSIER T., *La réforme de la protection des majeurs, Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007*, in *Semaine Juridique Notariat*, 2007

FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008, p. 102-103

FUCCI S., *Urgenza terapeutica, libertà del paziente di rifiutare anche un trattamento proposto come salvavita e responsabilità professionale?*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, 3, p. 1046

GAROFANO L., *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione romana*, 4, 2005

GAROFOLI R., *Scriminanti tacite*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2005

GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giuristi missionari della cd morte dignitosa*, in *Diritto Famiglia e Persone*, 2009, p. 277

GEMMA C., *Intervento*, annuario 2007, in PACE A. (a cura di), *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del 21° Convegno annuale (Napoli, 26-27 ottobre 2007), CEDAM, Padova, p. 493

GENNARI G., *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Responsabilità Civile e Previdenziale*, IX, 2008, p. 1825

GENNARI V., *Soggetto di diritto e soggetto umano: la condizione giuridica negli «stati intermedi», in Famiglia e Diritto, X, 2008, p. 943*

GENNARI G., *La protezione dell'autonomia del disabile psichico nel compimento di atti di natura personale, con particolare riferimento al consenso informato, in Famiglia, 2006, p. 733*

GIACOBBE E., *La parola è d'argento, il silenzio è d'oro: a proposito di autodeterminazione e scelte di fine vita, in Giustizia civile, 2010, III, p. 764 ss.*

GLENDON M.A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Simon & Schuster, New York, 1991

GORGONI M., *Libertà di coscienza vs. salute; personalismo individualista vs. paternalismo sanitario, in Responsabilità Civile e Previdenziale, I, 2009, p. 126*

GORGONI A., *Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari, in Europa e diritto privato, 2012, p. 547 ss.*

GORGONI M., *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario, in Responsabilità Civile e Previdenza, 2010, p. 1014*

GRASSO C., *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del corpo, in COCCO G. (a cura di), Lo statuto giuridico delle informazioni, Giuffrè, Milano, 2012, p. 70 ss.*

GRAZIADEI M., *Il consenso informato e i suoi limiti, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), Trattato di biodiritto, I diritti in medicina, Milano, 2011, p. 217*

GRISPRIGNI F., *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico, in La scuola positiva, 1921*

GRISPRIGNI F., *Corso di diritto penale, CEDAM, Padova, 1932*

GRISSE T., APPELBAUM P., *Assessing competence to consent to treatment*, Oxford University Press, 1998

GROSSI P., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962

GROSSI P., *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in SICLARI M. (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003, p. 43

GROSSI P., *La dignità nella Costituzione italiana*, in PISANESCHI A., VIOLINI L. (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007, II, p. 1357 ss.

GROSSO C.F., *Cause di giustificazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991

GUERRIERI T., *Studi monografici di diritto penale: percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Halley edizioni, 2007

HERGEMONIANO, *Digesta Giustiniano*, 1.5.2

HOOKE W., *Physician and patient*, 1849

IADECOLA G., *Potestà di curare e consenso del paziente*, CEDAM, Padova, 1998

IADECOLA G., *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonoma di disciplina*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2007, p. 551-552

IADECOLA G., *Sugli effetti penali della violazione colposa della regola del consenso nell'attività chirurgica*, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 2044

IADECOLA G., *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del caso Welby*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2007, p. 1002

IADECOLA G., *Nota a Corte di Appello di Milano del 9 luglio 2008*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2008, p. 2504 ss.

LAING, R.D., *The Divided Self: An Existential Study in Sanity and Madness*, Harmondsworth, Penguin, 1960

LANDINI A., *Amministrazione di sostegno e autodeterminazione terapeutica*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, XI, 2008, p. 910.

LEGA C., *Il dovere del medico di informare il paziente*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1960, p. 203

LEGA C., *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952

LEOTTA C.D., *Consenso informato* (voce), in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, p. 100

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2002

LISELLA G., *I poteri dell'amministratore di sostegno*, atti del Convegno "L'amministratore di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli", Genova, 2004, in www.iusseek.it

LOMBARDI A., *Direttive anticipate, testamento biologico ed amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di Merito*, X, 2008, p. 2518

LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e Società*, 1980, p. 783

JANNUZZI A., LOREFICE P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2004

JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997

JONAS H., *Il diritto di morire*, 1985, traduz. it. a cura di PORTINATO P.P., Genova, 1991

KANT I., *Metafisica dei costumi*, 1797

KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1785

KLEMENT, *Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno, Sachwalterschaft*, in PATTI S. (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del convegno di studi "Capacità ed autonomia delle persone", Roma, 20 giugno 2002, Milano, 2002, p. 79

MAGLIONA B., DEL SANTE M., *Trasfusioni di sangue e Testimoni di Geova: il ruolo del medico tra rispetto della volontà del paziente e stato di necessità*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, I, 2009, p. 71

MALAVASI B., *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, III, 2004, p. 320

MALAVASI B., *Ancora sul discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Corriere Giuridico*, VI, 2006, p. 777

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2006

MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, CEDAM, Padova, 1974, p. 38

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007

MANTOVANI F., *Consenso informato: pratiche consensuali*, in *Rivista Italiana Medicina Legale*, 2000, p. 9

MANTOVANI F., *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1995

- MANTOVANI F., *Legge 14 aprile 1982 n. 164*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1985, II, p. 2
- MARINI G., *Il consenso*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 381
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006
- MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, IPSOA, 2006
- MARTINELLI P., *Interdizione e amministrazione di sostegno*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione di soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005
- MASCHERPA M., *Il consenso informato. Percorso formativo per il medico e per il paziente*, 2002/2003
- MASONI R., *Amministrazione di sostegno ed onere del patrimonio: primi contrasti tra le corti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006
- MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, in www.personaedanno.it
- MASONI R., *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, p. 104 ss.
- MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, in *La valutazione delle capacità di agire*, BIANCHI A., MACRÌ P.G. (a cura di), CEDAM, Padova, 2011
- MCCRUDDEN C., *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 655 ss.
- MEISEL A., CERMINARA K.L., *The right to die. The law of end-of-life decisionmaking*, Aspen Publisher, 2008

MILONE L., *Il disegno di l. n. 2189 sull'amministratore di sostegno*, in PATTI S. (a cura di) *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Giuffrè, 2002

MICHALOWSKI D., *Trial and error at the end of life. No harm done?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, p. 257 ss.

MICHALOWSKI D., *Advance refusals of life-sustaining medical treatment: the relativity of an absolute right*, in *Modern La Review*, 2005, p. 958 ss.

MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995

MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in www.forumcostituzionale.it

MONTSERRAT PAPPALETTERE E., *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno come espressione della "giurisdizione sensibile": il problema della difesa tecnica*, in www.personaedanno.it

MONTSERRAT PAPPALETTERE E., *Amministrazione di sostegno: la giurisdizione al servizio dei soggetti svantaggiati*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, p. 719

MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, p. 4970-4981

MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2001

MORETTI M., *Scelta dell'amministratore di sostegno*, in DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C. (a cura di), *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, IPSOA, 2004

NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico. Presupposti e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Giuffrè, Milano, 1989

NAPOLI E.V., *Una terza forma d'incapacità d'agire? Note a margine di una proposta di legge sull'amministrazione di sostegno*, in *Giustizia Civile*, 2002, p. 379

NARDELLI M., *Il giudice e gli atti personalissimi dei soggetti deboli, tra riforme incomplete e decisioni necessarie*, in *Giurisprudenza di Merito*, IX, 2009, p. 2103

NICOLUSSI A., *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, p. 269-296

NUSSBAUM M., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, CEDAM, Padova, 1972

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, CEDAM, Padova, 1992

PACILEO V., *Pubblico Ministero. Ruolo e funzioni nel processo penale e civile*, Utet, 2011

PAGLIANI G., *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di Merito*, VII-VIII, 2009

PAGLIANI G., *Disposizioni applicabili all'amministrazione*, in MASONI R. (a cura di) *Amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni*, Maggioli Ed., 2009

PAGLIANI G., *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giurisprudenza di Merito*, VII-VIII, 2009, p. 1776

PALAZZANI L., *Diritti umani e diritto alla salute*, in SANDRIN L. (a cura di), *Solidarietà e giustizia in sanità*, Edizioni Camilliane, Torino, 2006, p. 75

PALAZZANI L., *L'identità di genere come problema biogiuridico*, in D'AGOSTINO F. (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere*, *Quaderni di Iustitia*, Giuffrè, Milano, 2012

PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale, Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, CEDAM, Padova, 2000

PALMERI G., *Il cambiamento di sesso*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 729-781

PANDOLFELLI G., SCARPELLO G., STELLA RICHTER M., DALLARI G. (a cura di), *Codice civile, libro I, illustrato con i lavori preparatori*, Giuffrè, Milano, 1939

PANICO G., *voce Amministrazione di sostegno*, in PATTI S. (diretta da), *Enciclopedia Giuridica*, Milano, 2008

PASSACANTANDO G., *Il difetto del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1993

PASSACANTANDO G., *Il consenso e i suoi riflessi sulla responsabilità penale del medico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1999, p. 785

PASSANANTE L., *Il procedimento in materia di amministrazione di sostegno*, in FERRANDO G., LENTI L. (a cura di) *Soggetti deboli e misure di protezione*, Giappichelli Ed. 2006

PATTI S., *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, X, 2006, p. 811.

PATTI-WILL V., *Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986

PATTI S., *Amministrazione di sostegno: una corretta applicazione della nuova disciplina*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, II, 2005

PAVONE I.R., *La Convenzione europea sulla biomedicina*, 2009, Giuffrè, Milano

PAZÈ P., *L'amministrazione di sostegno*, in *www.minoriefamiglia.it*:

PEDRAZZI C., *Consenso dell'avente diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 140-153

PELAGATTI G., *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, Cisu, 1995, p. 20 ss.

PENASA S., *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *www.formucostituzionale.it*, 2007

PERLINGERI P., PISACANE P., *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, 2001;
ROLLA G., *La tutela dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2007

PESCARA R., *Amministrazione di sostegno e minore di età*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2004, II, p. 137 ss.

PETRELLI P., *Questioni aperte in tema di responsabilità civile*, in FERRANDO G. (a cura di) *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005

PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, p. 25

PICCINNI M., *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, XI, 2008, p. 1299

PIOGGIA A., *Brevi considerazioni sui profili di costituzionalità del ddl Calabrò*, in *www.astrid-online.it*, 2009

PIZZETTI F.G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008

PIZZETTI F. G., *Sugli ultimi sviluppi del "caso Englaro": limiti della legge e "progetto di vita"*, in *Politica del Diritto*, III, 2009, p. 445

PIZZOLATO F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999

PLATONE, *Leges*, 48

PUGLIESE D., *Amministrazione di sostegno "ora per allora" ed attualità dello stato di incapacità*, in *www.personaedanno.it*

QUADRI E., *Il codice deontologico medico e i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2002, p. 931

RACHELS J., *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Torino, 1989, p. 121 ss.

RECALCATI M., *Introduzione alla psicoanalisi contemporanea. I problemi del dopo Freud*, Bruno Mondadori, 2003, p. 181

RESCIGNO G.U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto Pubblico*, 2008

RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, p. 801

RIDOLFI A., *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, in *Politica del Diritto*, 4, 2011, p. 599 ss.

RIZ R., *Il consenso dell'avente diritto*, CEDAM, Padova, 1979

RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995

ROMA U., *Sunt certi denique fines (?): la Corte Costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, II, 2006, p. 851

ROMBOLI R., *La libertà di disporre del proprio corpo*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988

ROMBOLI R., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» e in quello «passivo»*, in *Foro italiano*, 1991, I, p. 17

ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita, Principi, decisioni, casi*, ESI, Napoli, 2012, p. 77-98

ROSSI R., *ADS e consenso sanitario in mancanza di dichiarazioni di volontà*, in www.personaedanno.it

ROSSI S., *Eppure il vento soffia ancora. ADS e substituted Judgement*, in www.personaedanno.it

RUGGERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale. Prime annotazioni*, in www.forumcostituzionale.it

RUGGERI A., *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in www.astrid-online.it, 2009

RUGGERI A., *Dignità versus vita?*, in *Rivista Aic*, 1, 2011

RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, in *Politica del Diritto*, 1991.

RUOTOLO M., *Appunti sulla dignità umana*, in *Direitos Fundamentais e Justica*, 2010, p. 131

Ruscello

SACCA B., *Down, ads, diritto di sposarsi, autodeterminazione terapeutica*, in www.personaedanno.it

- SACCHETTINI E., *Quando interviene uno stato di necessità la scelta della terapia passa al sanitario*, in *Guida al Diritto*, X, 2007, p. 31
- SALAZAR L., *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica*, in *Massimario della Cassazione Penale*, 1983, p. 53
- SALITO G., *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico*, in *Iustitia*, II, 2009, p. 207
- SANDULLI A., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1984, p. 85
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1986
- SANTOSUOSSO A., *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina, Milano, 2001
- SANTOSUOSSO A., *A proposito del living will e di advance directives: note per il dibattito*, in *Politica del Diritto*, III, 1990, p. 477 ss.
- SANTOSUOSSO A., *Sperimentazione dei farmaci sull'uomo e diritto all'integrità della persona*, in *Questione Giustizia*, 2002, p. 267
- SAVATIER R., *Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil*, in *Dalloz Sirey*, 1968, p. 116
- SAVORANI G., *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 129
- SAVORANI G., *Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biologico*, in *Politica del Diritto*, 4, 2011, p. 666
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo Digesto*, Torino, 1968, p. 673

SCOGNAMIGLIO R., *Danni alla persona e danno morale*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2008, p. 463

SCOTTI R., *La lettura costituzionale dei rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, in *Notariato*, IV, 2006, p. 393

SERRAO E., *Interdizione, inabilitazione ed amministrazione di sostegno*, in *www.personaedanno.it*

SESTA M., *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in AA.VV. *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 173

SILINGARDI E., SANTUNIONE A., *Il rifiuto anticipato dei trattamenti trasfusionali: la Cassazione civile ancora in bilico tra un passato che non passa e un futuro ipotetico*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, I, 2009, p. 213

SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*:

SIMEOLI D., *Amministrazione di sostegno, Profili sostanziali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani, Volume di Aggiornamento*, Roma, 2008, p. 1

SIMEOLI D., *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giustizia civile*, 2008, p. 1727 ss.

SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M.(a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Milano, 2006

SNEAD O.C., *Science, public bioethics and the problem of integration*, in *www.works.bepress.com*, 2009

SOCCI A.M., *L'amministrazione di sostegno, tra esigenze di modernità e snellezza e di tutela dei diritti coinvolti*, in *Giurisprudenza Italiana*, X, 2007, p. 2264

STANZIONE P., *Transessualismo e tutela della persona: la l. 164 del 1982*, in *Legalità e Giustizia*, 1984, p. 746

STANZIONE A.G., *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1991, p. 523

STEFANI A., *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, p. 96

SZASZ T.S., *The myth of mental illness*, in *American Psychologist*, 15, 1961

TAGLIAFERRI C., *C'era una volta... una terra di nessuno. L'amministrazione di sostegno, una favola a lieto fine*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

TAGLIAFERRI C., *L'amministrazione di sostegno*, La Tribuna, Piacenza, 2011

MASONI R., *Il procedimento di sostegno*, in MASONI R. (a cura di) *L'amministrazione di sostegno. Orientamenti giurisprudenziali e nuove applicazioni*, Maggioli Ed., 484, 2009

TESCARO M., *Amministratore di sostegno*, in *Digesto delle Discipline privatistiche – sezione civile – aggiornamento*, UTET, Torino, 2007, p. 9

TOMMASEO F., *Introduzione al commento agli art. 404-413 c.c.*, in CIAN G., TRABUCCHI A. (a cura di) *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2004

TOMMASEO F., *I processi a contenuto oggettivo*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1988, p. 495

TOMMASEO F., *Il Procedimento*, in BONILINI G., TOMMASEO F., *Dell'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 183 ss.

TOMMASEO F., *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, in *Studium Iuris*, 2004, p. 1061

TOMMASEO F., *Sui profili processuali dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in CENDON P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988;

TOMMASEO F., *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in PATTI S. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005

TOMMASEO F., *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in un'ambigua sentenza della Corte di Cassazione*, è rinvenibile in *Famiglia e Diritto*, VI, 2004, p. 609

TOMMASEO F., *L'amministrazione di sostegno: i profili processuali*, in *Studium Iuris*, 2004, p. 1061

TOMMASEO F., *Sui profili processuali dell'interdizione e dell'inabilitazione*, in CENDON P. (a cura di) *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988

TOMMASEO F., *La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in PATTI S. (a cura di) *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005

TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bonomia University Press, 2008

TOSCANO G., *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2006

TURCO A., *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, ESI, 2010

VALLINI A., *Il valore del rifiuto di cure «non confermabile» dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Diritto Pubblico*, 2003, I, p. 185 ss.

VALORE P., *Il dissenso al trattamento terapeutico*, in *Giurisprudenza Italiana*, IV, 2009, p. 1397

VASSALI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Archivio penale*, 1973, I, p. 81

VASSALI G., *Limiti del divieto di analogia nel diritto penale*, Milano, 1942

VERGALLO G.M., *Il rapporto medico-paziente*, Giuffrè, Milano, 2008

VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione, Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007

VICECONTE N., *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul caso Welby*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 2369

VIGANÒ F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 2004

VIGANÒ F., *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto Penale e Processo*, 2007, p. 2

VIGNUDELLI L., *Amministrazione di sostegno e incapacità fra autonomia e nesso imprescindibile*, in *Famiglia e Diritto*, p. 993 ss.

Villone M., *Costituzione liberale v legislatore illiberale*, in www.costituzionalismo.it

VILLONE M., *Il diritto di morire*, Scriptaweb, Napoli, 2011

VINCENZI AMATO D., *Il secondo comma dell'art 32 Cost.*, in *Rapporti etico sociali*, AA.VV., Zanichelli, Bologna, 1976

VIOLA F., *Etica dei diritti*, in VIGNA C. (a cura di), *Introduzione all'etica*, Vita e Pensiero, Milano, 2001, p. 319-338

VIOLINI L., GENNUSA M., *Dignità umana e diritto alla vita*, in corso di pubblicazione in GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, I diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli

VISINTINI G., *Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole*, in FERRANDO G. (a cura di), *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005

VOCATURO S., *L'amministrazione di sostegno: verso la promozione dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista del Notariato*, 2005, 5, p. 1152 ss.

VOCATURO S., *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, in *Rivista del Notariato*, 2004, 3, p. 241 ss

VON SACHSEN GESSAPHE, *La legge tedesca sull'assistenza giuridica e la programmata riforma italiana in materia di interdizione e di inabilitazione*, in PATTI S. (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del convegno di studi "Capacità ed autonomia delle persone", Roma, 20 giugno 2002, Milano, 2002, p. 65

VULLO V., *Alcuni problemi della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 4, p. 431

VULLO E., *Ancora sull'onere del patrocinio nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 432 ss.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992

ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 403

WARREN S.D., BRANDEIS L.D., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, p. 193

WHITMAN J., *Human Dignity in Europe and the United States: the Social Foundation*, in *Human Rights Law Journal*, 2004, p. 17 ss.

WHITMAN J., *The two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 1151 ss.

WALDRON J., *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, 1999

BIBLIOGRAFIA DELLA GIURISPRUDENZA

DECRETI

2004

Tribunale di Roma, decreto 19 marzo 2004, in *www.diritto.it*

Tribunale di Campobasso, decreto 26 aprile 2004, in *Giurisprudenza Civile*, I, 2005, p. 3175

Tribunale di Torino, decreto 22 maggio 2004, in *www.studioaquilani.it*

Tribunale di Modena, decreto 28 giugno 2004, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, I, 2005

Tribunale di Nocera Inferiore, decreto 8 luglio 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, V, 2005

Tribunale di Pinerolo, decreto 4 novembre 2004, in *www.altalex.com*.

Tribunale di Modena, 15 settembre 2004, in *Famiglia e Diritto*, I, 2005, p. 85

Tribunale di Cosenza, 28 ottobre 2004, in *www.altalex.com*

Tribunale di Pinerolo, decreto 9 novembre 2004, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Roma, decreto 22 dicembre 2004, in *Giurisprudenza di Merito*, IV, 2005, p. 2344

2005

Tribunale di Roma, decreto, 19 febbraio 2005, in *Famiglia, Persone e Successioni*, II, 2005, p. 271

Tribunale di Milano, decreto 2 marzo 2005, in *www.leggiditalia.it*

Tribunale di Milano, decreto 21 marzo 2005, in *Giurisprudenza di Merito*, I, 2007, p. 35
Tribunale di Modena, decreto 21 marzo 2005, in *Corriere del Merito*, 2005, p. 753

Tribunale di Reggio Emilia, decreto 4 novembre 2005, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Roma, decreto 21 dicembre 2005, in *Famiglia e Diritto*, V, 2006, p. 523

Tribunale di Vibo Valentia, decreto 30 novembre 2005, in *Famiglia e Diritto*, 2006

Tribunale di Roma, decreto 28 gennaio 2005, in *www.personaedanno.it*

2006

Tribunale di Milano, decreto 21 giugno 2006, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Torino, sez. distaccata di Moncalieri, decreto 26 luglio 2006, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Reggio Emilia, decreto 13 settembre 2006, in *www.leggiditalia.it*

Corte di Appello di Venezia, decreto 16 gennaio 2006, in *Notariato*, 2006, p. 249.

2007

Tribunale di Torino, decreto 26 febbraio 2007, in *Famiglia e Diritto*, VII, 2007

Tribunale di Modena, decreto 20 marzo 2008, in *www.dirittoelege.it*;

Tribunale di Milano, decreto 5 aprile 2007, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Siena, decreto 18 giugno 2007, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Ravenna, decreto 21 agosto 2007, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Sassari, decreto 16 luglio 2007, in *Foro Italiano*, 2007, p. 3025

Tribunale di Tivoli, decreto 10 ottobre 2007, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Modena sez. II, decreto 26 ottobre 2007, in *Famiglia e Diritto*, III, 2008

Tribunale di Cagliari, decreto 4 novembre 2008, in *www.olir.ir/documenti*

2008

Tribunale di Modena, decreto 19 marzo 2008, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Modena, decreto 13 maggio 2008, in *Famiglia e Diritto*, X, 2008, p. 923

Tribunale di Bologna, sez. Imola, decreto 4 giugno 2008, in *www.leggiditalia.it*

Tribunale di Mantova, decreto 24 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*

Tribunale di Piacenza, decreto 16 settembre 2008, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Modena, decreto 16 settembre 2008, in *www.dirittoegiustizia.it*

Tribunale di Modena, decreto 5 novembre 2008, in *Giurisprudenza Italiana*, VIII, 2008, p. 1928

Tribunale di Modena, decreto 1 dicembre 2008, in *Massima redazionale*

Tribunale di Modena sez. III, decreto 19 dicembre 2008, in *www.dejure.it*

Tribunale di Trieste del 17 dicembre 2008, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Bologna, Sez. 1, decreto 31 gennaio 2008, in *Guida al Diritto*, I, 2008, p. 23

2009

Tribunale di Modena, decreto 7 febbraio 2009, in *Famiglia e Diritto*, VI, 2009, p. 640

Tribunale di Genova, decreto 6 marzo 2009, n. 6058, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 187

Tribunale di Roma, decreto 10 marzo 2009, in *Famiglia, Persone e Successioni*, IV, 2009, p. 368

Tribunale di Trieste sez. riesame, decreto 11 marzo 2009, in *www.dejure.it*

Tribunale di Pistoia, decreto 1 aprile 2009, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 52

Tribunale di Roma, sez. I bis, decreto 1 aprile 2009, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Firenze, decreto 8 aprile 2009, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Catanzaro, decreto 9 aprile 2009, in *Notariato*, IV, 2009, p. 363

Tribunale di Pistoia, decreto 8 giugno 2009, in *Corriere del Merito*, VIII-IX, 2009, p. 841

Tribunale di Varese, decreto 6 ottobre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 287

Tribunale di Cagliari, decreto 22 ottobre 2009, in *Famiglia e Diritto*, I, 2010, p. 161

Tribunale di Palermo, decreto 9 dicembre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 492

Tribunale di Cagliari, decreto 14 dicembre 2009, in *Famiglia e Diritto*, 2010, II, p. 161

2010

Tribunale di Cagliari, decreto 15 giugno 2010, in *www.altalex.it*

Tribunale di Roma, decreto 6 dicembre 2010, in *www.personaedanno.it*

Tribunale di Firenze, decreto 22 dicembre 2010, in *www.personaedanno.it*

2011

Tribunale di Trani, decreto 17 maggio 2011, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 799

Tribunale di Parma, decreto 7 giugno 2011, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 791

2012

Tribunale di Reggio Emilia, decreto 24 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*

SENTENZE

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., sent. n. 11 del 1956, in *www.giurcost.org*

Corte cost., sent. n. 49 del 1959, in *www.giurcost.org*

Corte cost., sent. n. 45 del 1960, in *www.giurcost.org*

Corte cost., sent. n. 30 del 1962, *www.giurcost.org*

Corte cost., sent. n. 68 del 1964, in *www.giurcost.org*

Corte cost. sent. n. 161 del 1985, in *Foro Italiano*, 1985, p. 2162

Corte cost., sent. n. 943 del 1988, in *www.giurcost.org*

Corte cost., sent. n. 135 del 2002, in *www.giurcost.org*

Corte cost., sent. n. 233 del 2003, in *www.giurcost.org*.

Corte cost., sent. n. 440 del 9 dicembre 2005, in *Famiglia*, II, 2006, p. 361

Corte cost., sentt. nn. 393 e 394 del 2006, in *www.giurcost.org*

Corte cost., sent. n. 349 del 2007, in *www.giurcost.org*

Corte cost., sentt. nn. 182 e 251 del 2008, in *www.giurcost.org*.

Corte cost., sent. n. 438 del 2008, in *www.giurcost.org*

Corte cost., sent. n. 1 del 15 gennaio 2013, in *www.giurcost.org*

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE

Cass. Civ., Sez. III, sent. 25 luglio 1967, n. 1950, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1967, p. 152

Cass. Civ. Sez. III, sent. 6 dicembre 1968, n. 3906, in *Monitore dei Tribunali*, 1969, p. 230

Cass. Civ., sent. 13 giugno 1972, n. 1847, in *Foro italiano*, 1972, I, p. 2399

Cass. Civ., sent. 1975, n. 2439, in *Giustizia Civile*, 1975, I, p. 1389-1399

Civ., sent. 3 aprile 1980, n. 2161, in *Giurisprudenza italiana*, 1980

Cass. Civ. Sez. III, sent. 26 marzo 1981, n. 1773, in *Foro Italiano*, 1981, II, p. 1540

Cass. Civ. Sez. II, sent. 8 agosto 1985, n. 4394, in *Foro Italiano*, 1986, p. 121

Cass. Civ., SSUU, sent. 17 gennaio 1991, n. 401, in *Foro Italiano*, 1992, I, p. 2243

Cass. Civ. SSUU, sent. 23 luglio 1993, n. 8239, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1993

Cass. Civ. Sez. III, sent. 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Foro Italiano*, 1993, I, p. 1469

Cass. Civ. Sez. III, sent. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro Italiano*, 1995, I, p. 2913

Cass. Civ. Sez. III, sent. 4 maggio 1994, n. 4285, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1994

Cass. Civ. Sez. III, sent. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro Italiano*, 1995, I, p. 2913

Cass. Civ. Sez. II, sent. 19 luglio 1995, n. 7863, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1995

Cass. Civ. Sez. lavoro, sent. 24 settembre 1996, n. 8435, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1996

Cass. Civ. Sez. I, sent. 9 gennaio 1997, n. 124, in *Massimario Giurisprudenza Italiana*, 1997

Cass. Civ. Sez. III, sent. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro Italiano*, 1997

Cass. Civ. Sez. III, sent. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 12, p. 1165

Cass. Civ., sent. 12 giugno 2006, n. 13584, in *Giustizia Civile, Massimario*, 2006

Cass. Civ., Sez. III, sent. 11 ottobre 2006, n. 21732, *CED Cassazione*, 2006

Cass. Civ. Sez. III, sent. 14 marzo 2006, n. 5444, in *CED Cassazione*, 2006

Cass. Civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 1, p. 27

Cass. Civ., Sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2008, p. 86

Cass. Civ., sent. n. 21748 del 2008, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, I, 2008, p. 86

Cass. Civ. Sez. III, sent. 15 settembre 2008, n. 23676, in *Giurisprudenza Italiana*, V, 2009, p. 1124

Cass. Civ. SSUU, sent. 11 novembre 2008, n. 26974, in *Rivista di Diritto Civile*, 2009, p. 97

Cass. Civ. Sez. I, sent. 22 aprile 2009, n. 9628, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2009, p. 963

Cass. Civ., sent. 29 novembre 2009, n. 25366, in *Giurisprudenza Civile*, 2006, p. 2685

Cass. Civ, sent. 9 febbraio 2010, n. 611426, in *Il Corriere giuridico*, 2010, p. 1201 ss.

Cass. Civ., sent. 10 maggio 2011, n. 10187, in *Giustizia Civile*, 2011, p. 1998

Cass. Civ. Sez. III, sent. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 12, p. 1165

Cass. Civ. Sez. I, sent. 2 agosto 2012, n. 13917, in *www.personaedanno.it*

CORTE DI CASSAZIONE PENALE

Cass. Pen. Sez. I, sent. 13 dicembre 1983, n. 667, in *Foro Italiano*, 1984, p. 361

Cass. Pen., sent. 13 giugno 1986, in *Foro Italiano*, 1986, II, p. 606

Cass. Pen. Sez. IV, sent. 9 marzo 2001, n. 28132, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 521

Cass. Pen. Sez. IV, sent. 27 marzo 2001, n. 36519, in *Corriere del Merito*, 2009, 3, p. 304

Cass. Pen. Sez. IV, sent. 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 2041

Cass. Pen. Sez. I, sent. 29 maggio 2002, n. 26446, in *Rivista Italiana di Diritto Penale Processuale*, 2004, p. 607

Cass. Pen. Sez. VI, sent. 14 febbraio 2006, n. 11640, in *Cassazione Penale*, 1996, p. 1495

Cass. Pen. Sez. IV, sent. 16 gennaio 2008, n. 11335, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 8-9, p. 897

Cass. Pen. Sez. IV, sent. 24 giugno 2008, n. 37077, in *Corriere del Merito*, 2009, 3, p. 303

Cass. Pen. SSUU, sent. 21 gennaio 2009, n. 2437, in *www.altalex.it*

GIUDICI ORDINARI

Corte d'Appello di Milano, sent. 18 Aprile del 1939, in *Monitore dei Tribunali*, 1939, p. 587

Corte d'Appello di Roma, sent. 26 gennaio 1970, in *Giustizia Penale*, 1971, I, p. 222

Corte d'Appello di Firenze, sent. 27 ottobre 1970, in *Giurisprudenza di Merito*, 1972, p. 292

Tribunale di Milano, sent. 2 aprile 1974, in *Diritto e Famiglia*, 1975, p. 1400

Corte d'Appello di Napoli, sent. 6 dicembre 1978, in *Diritto e Famiglia*, 1979, p. 709

Corte d'Assise d'Appello di Cagliari, sent. 10 marzo del 1982, in *Foro Italiano*, II, p. 27

Tribunale di Napoli, sent. 12 ottobre 2001, in *Giurisprudenza Napoletana*, 2002, p. 36

Trib. Palmi, uff. Giudice Tutelare, ordinanza 24 maggio 2004, in *Famiglia, Persone e Successioni*, II, 2005, p. 132

Tribunale di Venezia, sez. Chioggia, ord. 24 settembre 2004, in *Notariato*, 2005, p. 249

Tribunale di Milano, Sez. V Civile, sent. 29 marzo 2005, n. 3520, in *Rassegna Diritto Farmaceutico*, 2006, p. 34.

Tribunale di Napoli, ord. 3 luglio 2006, in *Corriere del Merito*, 8-9, 2006, p. 985

Gup del Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *www.aiaf-avvocati.it*

Corte d'Appello Cagliari, sent. 16 gennaio 2009, in *Guida al Diritto*, I, 2009, p. 55

PRONUNCE STRANIERE

Schloendorf v. Society of New York Hospital (211 NY 125, 105 NE 92 del 1914)

Grinswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

Strunk v. Strunk, 445 S.W. 2d 145, 147-48 (Ky. Ct. App. 1969)

Hart v. Brown, 29 Conn. Sup. 368, 289 A. 2d 386, 387-88 (Super. Ct. 1972)

In Re Conroy, Corte Suprema del New Jersey, 1985 (485 A.2d 1209)

Corte Edu, caso *Pretty v UK*, 2002, in www.echr.coe.int

Corte Edu, sent. 5 maggio 2009, *Sellem v. Italia*, in www.echr.coe.int

Corte Edu, sent. 13 aprile 2010 *Trabelsi v. Italia*, in www.echr.coe.int

Corte Edu, caso *Haas v Switzerland*, 20 gennaio 2011, in www.echr.coe.int

Corte Edu, caso *Ulrich Koch v Germany*, 10 luglio 2012, in www.echr.coe.int

Corte Edu, caso *Tysia v. Polonia*, 20 marzo 2007, in www.echr.coe.int