



TRIBUNALE DI CAGLIARI

UFFICIO DEL GIUDICE TUTELARE

Il Giudice dott.ssa Maria Grazia Cabitza ha pronunciato il seguente

DECRETO

nella causa iscritta al n. 1575 del ruolo generale degli affari di volontaria giurisdizione per l'anno 2009, promossa da

X, residente in Cagliari ed ivi elettivamente domiciliata, presso lo studio dell'avv.

Renato Chiesa, che la rappresenta e difende per procura speciale a margine dell'atto introduttivo,

ricorrente

nei confronti di

X

beneficiaria

e con la partecipazione del

Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore della Repubblica, dott.

Mario Marchetti

intervenuto per legge

Con ricorso, depositato il 22 maggio 2009, X ha esposto le seguenti circostanze:

- di essere persona in possesso di capacità piena di intendere e volere;
- di avere, con scrittura privata del 4 aprile 2009, autenticata nella firma dal consigliere comunale dott. Claudio Cugusi, designato, ai sensi dell'art. 408, comma 2°, c.c., come propria amministratrice di sostegno, la signora Y e, per il

caso di impossibilità di quest'ultima ad esercitare la funzione affidatale, il sig. Z, con l'incarico di pretendere dal personale sanitario il rispetto delle volontà manifestate nella scrittura in questione con riferimento ai trattamenti sanitari per l'ipotesi di propria eventuale e futura incapacità;

- di voler confermare integralmente il contenuto della scrittura privata del 4 aprile 2009, prodotta in giudizio unitamente al ricorso, ed in particolare i seguenti passaggi: *“... intendo attribuire valore alle dichiarazioni contenute nel presente documento anche nell'ipotesi in cui in futuro mi accada di perdere la capacità di decidere o di comunicare le mie decisioni ai medici curanti sulle scelte da fare riguardo ai trattamenti sanitari proposti; a tal fine prevedo la nomina di un fiduciario che si impegna a garantire lo scrupoloso rispetto delle mie volontà e, se necessario, a sostituirsi a me in tutte le decisioni. Dichiaro che: - qualora io divenga incapace di intendere e di volere in modo permanente e fossi affetta da una malattia allo stato terminale e/o una malattia e/o una lesione cerebrale irreversibile e invalidante e/o da una malattia che mi costringa a trattamenti permanenti con macchine e/o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione: 1) non voglio essere sottoposta ad alcun intervento chirurgico e/o terapeutico (con particolare riguardo a rianimazione cardipolmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata e artificiale) se il loro risultato fosse, a giudizio dei medici, dei quali uno specialista nominato da me o dal mio fiduciario: a) prolungamento del mio morire; b) mantenimento in uno stato di incoscienza permanente; mantenimento in uno stato di demenza avanzata; 2) non voglio essere sottoposta ad interventi comunemente definiti di sostegno vitale quali, ad esempio, l'alimentazione, l'idratazione e la ventilazione artificiale, interventi che se già iniziati debbono*

essere interrotti; 3) voglio che siano intrapresi tutti i provvedimenti atti ad alleviare le mie sofferenze, compreso l'uso di farmaci oppiacei, anche se essi dovessero avere come conseguenza l'anticipo della mia vita".

Tanto premesso, la ricorrente ha sollecitato la nomina di un amministratore di sostegno a proprio beneficio (da individuarsi concretamente nella persona designata nella scrittura privata prodotta in giudizio) ed ha chiesto che allo stesso fossero attribuiti i compiti di *"attuare le volontà espresse nel presente documento"*, volontà *"vincolanti per i medici sino a quando non saranno da me annullate o modificate con successiva dichiarazione"*.

All'udienza del 26 giugno 2009 si è proceduto all'audizione della ricorrente, che ha insistito nelle domande proposte con l'atto introduttivo ed ha espressamente ribadito la volontà manifestata nell'atto di designazione. Sono state altresì sentite le persone indicate nel predetto atto, che hanno confermato l'adesione piena alle richieste della ricorrente, dichiarandosi disponibili all'assunzione del ruolo di amministratore di sostegno.

La ricorrente ha inoltre chiarito le motivazioni che l'avevano indotta a designare ai sensi dell'art. 408 c.c. persone diverse dal proprio coniuge e dai propri familiari. A tale proposito ha spiegato che vi era il fondato pericolo che questi ultimi non rispettassero le sue volontà, se nominati amministratori di sostegno, avendo gli stessi manifestato ferma contrarietà, per motivazione etiche e religiose, alle scelte di fine vita indicate nella scrittura prodotta in giudizio.

Il Pubblico Ministero, intervenuto nel giudizio, ha concluso per l'accoglimento della domanda.

Il merito della questione posta all'attenzione di questo giudice riguarda la possibilità di utilizzare lo strumento giuridico dell'amministrazione di sostegno per garantire

adeguata tutela, in mancanza di un'espressa disposizione di legge riguardante l'efficacia delle direttive anticipate, al diritto di rifiutare trattamenti medici per l'eventualità che l'interessato, in futuro, non sia più in grado di esprimere validamente la propria volontà; ed altresì la possibilità di adire il giudice tutelare per la nomina di un amministratore di sostegno, al quale conferire l'incarico di rendere concreta ed attuale la volontà in precedenza manifestata in apposita scrittura, anche laddove, al momento della proposizione del ricorso, il verificarsi dello stato di incapacità non sia certo ma possa apprezzarsi solo in termini di mera probabilità o possibilità.

Prima di affrontare nello specifico il merito della questione, appare opportuna una premessa sull'evoluzione che negli ultimi anni ha caratterizzato il rapporto medico – paziente, specie con riferimento al principio del consenso informato; evoluzione che, ormai da tempo, ha condotto alla chiara affermazione della regola secondo cui il medico non può agire senza il consenso del paziente né, ancora di più, contro la volontà dello stesso.

1. Il principio del consenso informato nel sistema delle fonti nazionali ed internazionali.

Nel nostro ordinamento detto principio è, come noto, sancito da una pluralità di disposizioni normative, di cui la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha dato, nell'ultimo periodo, costante applicazione.

L'art. 32 della Costituzione, stabilendo che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*, è inequivocabile nel prevedere che ogni intervento terapeutico per poter essere praticato necessiti del consenso dell'individuo.

La lettura di detta disposizione in correlazione con i principi di cui agli articoli 2 e 13 della Costituzione, inoltre, rende palese come l'autodeterminazione del paziente in campo sanitario sia assicurata quale peculiare espressione dei diritti di libertà e di rispetto della

dignità umana (v. per tutte Corte costituzionale n. 438 del 2008).

Appare dunque evidente come dall'applicazione combinata di tutte le disposizioni costituzionali appena richiamate tragga vita un nuovo concetto di salute, non più da considerarsi quale oggettiva situazione di mera assenza di malattia, bensì, in chiave personalistica, quale condizione di piena realizzazione della persona umana, da promuoversi non solo con riferimento al versante della "fisicità", ma anche con riferimento al rispetto dell'idea che ciascun individuo ha della propria identità e della propria dignità.

A livello internazionale, il principio del consenso informato trova esplicito riconoscimento in particolare nella Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (*Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina*). L'art. 5 della Convenzione stabilisce che *"un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona abbia espresso un consenso libero e informato"*; l'art. 9, poi, dedicato alle direttive anticipate, dispone, per l'ipotesi in cui l'intervento medico concerna un paziente che non sia più in grado di esprimere il proprio volere, che *"devono essere presi in considerazione i desideri da lui precedentemente espressi."*

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (ora parte del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, firmato a Lisbona nel dicembre 2007) stabilisce specificamente che, nell'ambito della medicina e della biologia, deve essere *"in particolare rispettato il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge"* (art 2).

E' noto come le suddette fonti sovranazionali non siano ancora divenute parte integrante del nostro sistema normativo, ma è unanime l'opinione secondo cui esse debbano costituire per l'interprete un indispensabile punto di riferimento, specie allorquando rappresentino, come nel caso in esame, una sostanziale conferma di principi e valori già sanciti nella nostra Carta Costituzionale.

Il principio del consenso informato al trattamento sanitario trova infine espressa

conferma in numerose leggi speciali (tra le quali, la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, quella in tema di sperimentazione clinica, quella sulla procreazione medicalmente assistita, quella sulle attività trasfusionali), oltre che nel codice di deontologia della professione sanitaria (articoli dal 33 al 35 nella versione aggiornata del 16 dicembre 2006).

2. Il percorso giurisprudenziale

Nell'ultimo decennio la giurisprudenza ha dato concreta applicazione ai principi prima richiamati, ridefinendo globalmente il rapporto medico – paziente, nella prospettiva di una sempre maggiore valorizzazione della volontà dell'individuo, e giungendo, all'esito di un travagliato percorso, al riconoscimento del diritto del paziente a rifiutare anche trattamenti sanitari necessari per la sua stessa sopravvivenza.

Si tratta di un percorso inarrestabile che vede il suo esordio nella sentenza della Corte Costituzionale n. 471/1990, e che poi è stato costantemente seguito dalla giurisprudenza (v. Cass. 9 marzo 2001, n. 28132; Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2001; Cass. 29 maggio 2002, n. 26446; Cass. 14 febbraio 2006, n. 11640; Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748 (caso Englaro)).

L'evoluzione giurisprudenziale appena richiamata rende dunque evidente il superamento della tesi secondo cui l'esistenza di uno stato di necessità autorizzerebbe il medico ad interventi sanitari anche nel caso di dissenso validamente manifestato dall'interessato, e l'affermazione dell'opposto principio secondo cui le scelte riguardanti la propria esistenza, comprese quelle di fine vita, debbono essere salvaguardate, essendo espressione del diritto di libertà garantito dalla Costituzione e riguardando il rispetto della vita privata e della dignità di ciascuno, anche qualora esponano l'interessato ad un pericolo di vita.

3. Autodeterminazione terapeutica e perdita della capacità di intendere e volere

Tanto premesso, occorre adesso chiedersi quale sia la sorte del diritto di autodeterminazione in ambito sanitario, così come ricostruito dalla Corte Costituzionale, dalla Corte di Cassazione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (le cui sentenze è pacifico siano operanti nel nostro ordinamento giuridico alla stregua di parametri

interpretativi vincolanti per l'operatore – v. Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007-), quando la persona non sia più in grado di esercitare un valido consenso al trattamento sanitario.

Non appare soluzione appagante ritenere che la perdita della capacità di intendere e di volere sia tale da implicare sempre anche la perdita del diritto di autodeterminazione in materia sanitaria, poiché ciò sarebbe in palese contraddizione con il principio di uguaglianza sancito dall'art 3 della nostra Carta Costituzionale, ed altresì con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, dato che farebbe discendere un irragionevole diverso trattamento, ed il godimento o meno di determinati diritti costituzionalmente garantiti, dall'esistenza o meno di una situazione di incapacità.

Si tratta allora di verificare se nel nostro ordinamento vi siano strumenti idonei ad assicurare anche in queste ipotesi il rapporto dialogico tra medico e paziente e tali da consentire, anche a chi non possa più esprimere un valido consenso, di non essere mero oggetto dell'attività sanitaria effettuata nei suoi confronti, ma ancora soggetto di diritti.

Occorre in primo luogo considerare che nel nostro ordinamento non esiste un'espressa disposizione di legge che stabilisca quale valore ed efficacia debbano essere attribuiti alla volontà espressa dal paziente in un momento anteriore alla perdita della capacità di intendere e volere.

La giurisprudenza, facendo applicazione dei principi generali, è giunta ad attribuire valore alla volontà in precedenza manifestata qualora possa ritenersi che la stessa abbia i caratteri della concretezza e dell'attualità. Numerosi sono oramai i precedenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto l'esistenza nel nostro ordinamento del principio secondo il quale nelle ipotesi in cui sia possibile ricostruire, al di là di ogni ragionevole dubbio, una volontà del paziente, antecedente il sopraggiungere dello stato di incapacità, della stessa si debba tenere conto, purchè sia stata validamente manifestata nella piena consapevolezza dei benefici del trattamento sanitario e dei rischi concretamente derivanti dalla sua omissione.

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia di consenso informato al trattamento sanitario è unanime nel ritenere che il consenso (o il dissenso) per essere

valido deve essere informato ed attuale, cioè espresso in relazione ad una specifica situazione concreta, della quale si conoscano le caratteristiche essenziali (v. Cass. 23 febbraio 2007, n. 4211; Cass. 15 settembre 2008, n. 23676). In mancanza, i desideri precedentemente espressi dall'interessato, in quanto del tutto decontestualizzati, potrebbero al più *“essere tenuti in considerazione”* dal personale sanitario (come d'altro canto espressamente stabilito dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo e dal Codice di deontologia medica del 2006), ma non potrebbero, non presentando le caratteristiche prima richiamate, essere da soli idonei a far venire meno l'obbligo giuridico del medico di prestare le cure necessarie per la tutela della vita e della salute del paziente.

Rimane pertanto il problema di come garantire la piena soddisfazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria per le ipotesi in cui non sia rinvenibile una manifestazione di volontà che possieda le caratteristiche prima indicate, quale appunto quella espressa a distanza di tempo dall'intervento terapeutico da realizzare.

Anche in siffatte ipotesi non può infatti non riconoscersi come l'istanza personalistica che è alla base del principio del consenso informato, così come il principio di uguaglianza tra gli individui e quello di non discriminazione, impongano di ricreare il dualismo che caratterizza il rapporto medico – paziente nel processo di elaborazione della decisione riguardante i trattamenti sanitari.

Una soluzione positiva a tale problema è stata di recente individuata dal Supremo Collegio. La Cassazione, nella sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748 (caso Englaro), ha infatti chiarito come spetti al tutore (o all'amministratore di sostegno) la potestà di dare voce al beneficiario, manifestando, nell'interesse di quest'ultimo, il necessario consenso ovvero esternando il dissenso al trattamento proposto.

Quanto ai limiti di tale potestà, il Supremo Collegio ha avuto modo di precisare che, qualora il dissenso al trattamento sanitario sia tale da pregiudicare la vita del beneficiario, la scelta compiuta dal tutore nell'interesse dell'incapace è legittima *“(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”.

Sulla legittimità della soluzione interpretativa fatta propria dal Supremo Collegio si è espressa la stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo, che ne ha affermato la piena corrispondenza con i principi della Convenzione. Nella decisione del 16 dicembre 2008, infatti, la Corte Europea, nel dichiarare irricevibili i ricorsi presentati da soggetti privati e da associazioni che si affermavano lesi dalla pronuncia resa sul caso Englaro, ha espressamente affermato: *“La Cour rappelle, tout d'abord, que les articles 2 et 3 de la Convention protègent certains aspects de l'intégrité physique et font reposer des obligations positives sur les Parties Contractantes. L'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit, **ou de son tuteur s'il est incapable juridiquement,** s'analyse en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé qui peut mettre en cause notamment les droits protégés par les dispositions invoquées par les requérants ».*

Considerati dunque i principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella sentenza ora richiamata, e altresì ricordato quanto stabilito dall'art 6 della Convenzione di Oviedo, che prevede espressamente che *“Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo similare, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge”*, appare a questo punto evidente che qualora l'analisi delle disposizioni vigenti nel nostro ordinamento non consentisse, come taluni ritengono, di individuare in concreto adeguati strumenti attraverso i quali garantire la piena tutela del diritto all'autodeterminazione in campo sanitario anche nel caso in cui il paziente che

abbia validamente manifestato il dissenso a certi trattamenti medici non sia più in possesso della capacità di intendere e di volere nel momento in cui detti trattamenti debbono essere applicati, il nostro Paese sarebbe gravemente inadempiente rispetto agli obblighi internazionali assunti e si porrebbe, in particolare, in palese contrasto con i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, tanto da potersi fondatamente prospettare una sua responsabilità per violazione della Convenzione.

Né vi è dubbio che, presupponendo l'accesso alla Corte di Strasburgo il previo esaurimento dei rimedi interni, sussista l'obbligo per il giudice nazionale, chiamato in prima battuta a garantire le libertà ed i diritti riconosciuti dalla Convenzione, di interpretare il diritto interno alla luce dei principi affermati dalla CEDU.

La Corte di Cassazione nella sentenza Englaro peraltro, come accennato prima, ha in realtà già efficacemente chiarito come il nostro ordinamento preveda strumenti giuridici adeguati per la soluzione del problema, dato che, nel caso di incapacità, è al tutore o all'amministratore di sostegno, ai quali vengano attribuiti dal giudice tutelare compiti di cura della persona dell'incapace, che deve essere riconosciuta la potestà di esprimere il consenso ed il dissenso ai trattamenti sanitari, nel pieno rispetto della personalità del beneficiario e quindi nell'osservanza della volontà in precedenza manifestata.

Ha altresì chiarito la Corte come il tutore (o l'amministratore di sostegno) debba esternare l'opzione terapeutica non con riferimento a proprie convinzioni, ma se e nei limiti in cui possa contare e far valere una inequivoca ricostruzione della volontà dell'assistito in relazione alla situazione venutasi a determinare. Il tutore pertanto dovrà esercitare il potere – dovere di interpretare ed esprimere la scelta che in quella specifica situazione l'assistito medesimo avrebbe attuato, come comprovato dai desideri in precedenza manifestati; spettando, in definitiva, solo al tutore (e non al personale sanitario o al giudice) il peso della scelta morale da compiersi nell'interesse della persona non più capace di far sentire la propria voce.

4. Presupposti per la nomina di un amministratore di sostegno

Chiarita la portata delle potestà che ormai per giurisprudenza pacifica sono proprie

dell'amministratore di sostegno (o del tutore) in ambito sanitario, si tratta ora di individuare le condizioni alle quali il nostro ordinamento subordina la possibilità di ottenerne la nomina da parte del giudice tutelare.

Dalla giurisprudenza l'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto recentemente con la legge 9 gennaio 2004, n. 6, è stato ritenuto applicabile in maniera ampia, in sintonia con la *ratio* ispiratrice delle nuove disposizioni, ed è stato espressamente riconosciuto il diritto dell'interessato a richiedere la nomina di un amministratore non solo in caso di incapacità già conclamata ma anche in previsione della propria futura ed imminente incapacità (si trattava di procedimenti riguardanti persone che si trovavano ricoverate in ospedale in attesa di operazioni chirurgiche da effettuarsi previa anestesia, e quindi perdita di coscienza; ovvero di persone non ancora ricoverate ma in lista d'attesa per un intervento chirurgico programmato implicante una perdita della coscienza - Tribunale di Bologna, sez. di Imola, 4 giugno 2008; Tribunale di Parma, 2 aprile 2004; Tribunale di Roma, 19 marzo 2004; Tribunale di Siena, 18 giugno 2007 -; oppure riguardanti persone ancora pienamente capaci ma in situazioni di salute tali da far prevedere, nell'immediato futuro, la perdita della capacità - Trib Modena 13 maggio 2008; Tribunale Bologna, 4 giugno 2008; Tribunale Vibo Valentia, sez. distaccata Tropea, 30 novembre 2005; Tribunale Roma, 21 dicembre 2005; Corte d'Appello Cagliari 16 gennaio 2009 -).

In tutte queste ipotesi è stata accolta la domanda tesa alla nomina di un amministratore di sostegno ed a quest'ultimo, accertata la sussistenza di un dissenso del paziente, validamente manifestato prima che si verificasse lo stato di incapacità nella piena consapevolezza dei benefici del trattamento sanitario e dei rischi concretamente derivanti dall'omissione dello stesso, è stata poi riconosciuta la potestà di esprimere l'opzione terapeutica precedentemente indicata dall'interessato, anche nel caso in cui quest'ultima consistesse nel rifiuto di trattamenti salvavita.

Come già accennato prima, nella sentenza sul caso Englaro il Supremo Collegio ha poi operato un ulteriore passo avanti, avendo riconosciuto, seppure a determinate condizioni, al tutore (o all'amministratore di sostegno) la potestà di dare voce al beneficiario anche

allorquando il dissenso manifestato in relazione a determinati trattamenti sanitari prima della perdita della capacità di intendere e di volere non fosse riferibile ad una situazione di malattia già in atto, risalendo ad un momento temporalmente distante.

Resta allora da chiedersi se le disposizioni nazionali e sovranazionali ed i principi giuridici che hanno ispirato le decisioni appena richiamate possano orientare questo giudice verso l'accoglimento della domanda proposta da X con il ricorso depositato il 22 maggio 2009.

La peculiarità del caso in esame si coglie con riferimento al fatto che la ricorrente non presenta, allo stato attuale, alcuna patologia, né versa in una specifica situazione concreta (ad es. ricovero in attesa di intervento chirurgico) tale da fare ritenere certa, nel prossimo futuro, una perdita da parte sua della coscienza, e quindi della capacità di compiere scelte autonome.

La ricorrente ha infatti chiesto a questo giudice la nomina, in suo favore, di un amministratore di sostegno (da individuarsi secondo le indicazioni contenute nell'atto formale di designazione prodotto in giudizio) in vista di una sua solo possibile perdita di coscienza, derivante da improvvisa malattia o trauma imprevisto.

Ritiene questo giudice, pur consapevole delle serie argomentazioni di coloro che propendono per la soluzione negativa, di poter dare risposta positiva all'interrogativo, conformemente a quanto già sostenuto di recente in alcune pronunce di merito (v. Tribunale Modena, giudice dott. Stanzani, 5 novembre 2008; Tribunale di Modena, giudice dott. R. Masoni, 19 dicembre 2008; Tribunale Prato, 8 aprile 2009; Tribunale di Siena, 18 giugno 2007).

Va subito osservato come la recente legge sull'amministrazione di sostegno, contrariamente ai vecchi istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, ponga in primo piano non il patrimonio ma i bisogni ed i diritti essenziali dell'individuo. L'art. 404 c.c stabilisce infatti che il giudice debba scegliere l'amministratore di sostegno "*con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario*".

E' indubbio, poi, che anche una situazione di malattia fisica, che lasci integre le capacità di intendere e volere e quindi la capacità di autodeterminazione della persona, sia

sufficiente perché si proceda alla nomina di un amministratore di sostegno, al quale assegnare il compito di assistere e sostenere il beneficiario nello svolgimento degli atti della vita quotidiana.

E' oramai consolidato, inoltre, come prima diffusamente chiarito, l'orientamento secondo cui nell'ambito della cura della persona debba ricomprendersi anche l'esercizio delle prerogative riguardanti il diritto alla salute e quindi il compito di esprimere il consenso o il dissenso in campo sanitario, tenendo nella massima considerazione “*i bisogni e le aspirazioni del beneficiario*” (art. 410 c.c.).

Risulta evidente, dunque, come la *ratio legis* sia quella di approntare uno strumento che, con il minore costo possibile in termini di perdita da parte del beneficiario della capacità di agire, consenta il superamento degli ostacoli che impediscono la piena realizzazione della sua personalità. Anche da questo punto di vista, particolarmente significativa appare la previsione di cui all'art. 408 c.c., che prevede espressamente la possibilità per l'interessato, “*in previsione della propria futura incapacità*”, di designare il proprio amministratore di sostegno; designazione peraltro non del tutto vincolante per il giudice tutelare, il quale, nel provvedere in concreto alla nomina, potrà discostarsi dalle indicazioni del beneficiario seppure “*in presenza di gravi motivi*”, espressamente indicati nel provvedimento (art. 408, IV comma c.c.; diversamente da quanto accade invece nel caso in cui la designazione avvenga nel corso del procedimento in sede di audizione diretta dell'interessato – che sia ovviamente capace di intendere e volere –, poichè in tal caso, dato il diverso tenore della disposizione di cui all'art. 407 c.c., la discrezionalità del giudice è più limitata, essendo stato stabilito che egli “*deve tenere conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste*” del beneficiario).

La tesi che esclude la possibilità di procedere alla nomina di un amministratore di sostegno nell'ipotesi in cui l'incapacità si presenti quale situazione apprezzabile solamente in termini di mera probabilità o possibilità, si fonda su una interpretazione particolarmente rigorosa del dato letterale delle disposizioni normative.

Secondo la tesi in questione, il requisito dell'attualità dello stato di incapacità sarebbe presupposto indispensabile per la nomina dell'amministratore di sostegno. Necessaria dovrebbe essere, quanto meno, la certezza per il beneficiario di trovarsi a breve in una condizione di incoscienza o di incapacità.

Detta ricostruzione troverebbe fondamento: nel dato letterale della disposizione di cui all'art. 404 c.c., che, secondo la tesi qui contestata, consentirebbe la nomina solo per l'ipotesi in cui il beneficiario si trovi già (o sia altamente probabile che venga a trovarsi nell'immediato futuro) nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi; nella disposizione di cui all'art. 408 c.c., che si limiterebbe unicamente a disciplinare la possibilità per l'interessato di designare, in previsione della propria eventuale incapacità, un futuro amministratore mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata; nella differenza concettuale tra "designazione" e "nomina" dell'amministratore, da effettuarsi quest'ultima solo nel momento in cui esistano già le condizioni che rendono evidente la necessità della misura; nel fatto che l'esigenza di ottenere tempestivamente il decreto sarebbe pienamente soddisfatta dalla disposizione di cui all'art. 405 c.c., che prevede al quarto comma, che *"qualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio. Può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio indicando gli atti che è autorizzato a compiere"* (in tal senso, Tribunale di Roma, 1° aprile 2009; Tribunale di Firenze, 8 aprile 2009; Tribunale di Genova, 6 marzo 2009).

Le argomentazioni poste a fondamento della tesi negativa non appaiono peraltro condivisibili. La lettera della legge infatti non è del tutto univoca e, come vedremo, consente anche un risultato interpretativo differente, più in sintonia con *la ratio legis* prima richiamata, con i principi affermati dalla Corte di Cassazione e dalla stessa Corte

Costituzionale in materia di autodeterminazione terapeutica, con le disposizioni costituzionali e sovranazionali.

Non va dimenticato, con specifico riferimento alla Carta Costituzionale, il dovere del giudice di scegliere, tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare al caso concreto, quella che assicuri una lettura costituzionalmente orientata della norma.

Certamente l'interprete deve prima di tutto ricercare ed individuare il significato dei termini utilizzati dal legislatore, che deve essere rinvenuto in quello *“fatto palese dal significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”* (art. 12 delle preleggi del codice civile); ma quando la disposizione nel suo tenore letterale non sia univoca, come nel caso di specie, ha il dovere di interpretarla in modo compatibile con i valori ed i principi sovraordinati sanciti dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione (oltre che ovviamente del diritto comunitario, qualora esistente).

Con riferimento poi ai principi e alle disposizioni di carattere sovranazionale, è utile richiamare quanto già detto prima, e ricordare che seppur *“non possa darsi alla diversa giurisprudenza CEDU diretta applicazione nell'ordinamento giuridico italiano, disapplicando la normativa interna”* (Cass. n. 14 del 3 gennaio 2008), non possa ragionevolmente negarsi come alla stessa debba essere riconosciuto il ruolo di parametro interpretativo del diritto interno di fondamentale importanza (v. in tal senso la sentenza della Corte Costituzionale del 23 novembre 2006, n. 393; nonché le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007).

Vi è da osservare allora che, considerati i principi già espressi dalla giurisprudenza Cedu in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione, appare indispensabile individuare strumenti adeguati (amministratore di sostegno o tutore a seconda della specificità della situazione) per assicurare a tutti, a prescindere dallo stato di capacità o incapacità, il diritto di effettuare le necessarie scelte in materia sanitaria, poichè sarebbe

gravemente discriminatorio, rispetto alle facoltà riconosciute ai soggetti capaci, negare tale possibilità a coloro che, pur avendo in precedenza manifestato il proprio volere in relazione a determinati trattamenti sanitari, si trovino poi, in ragione del loro stato di incapacità, nella materiale impossibilità di ribadire, nel momento in cui i trattamenti debbono essere somministrati, l'opzione terapeutica in precedenza effettuata.

Tanto premesso, e passando all'analisi delle disposizioni riguardanti più in dettaglio la disciplina positiva dell'istituto introdotto con la legge n. 6 del 2004, ritiene questo giudice, dissentendo con la tesi prima richiamata, che la lettera dell'art. 404 c.c. non indichi con evidenza l'attualità dello stato di incapacità quale requisito indispensabile per la nomina dell'amministratore di sostegno. La disposizione in esame non stabilisce affatto che solamente colui che già versi in una situazione di incapacità (o di difficoltà fisica o psichica) possa richiedere al giudice tutelare la nomina di un amministratore di sostegno, limitandosi piuttosto a tratteggiare la funzione e le peculiarità del nuovo istituto giuridico.

Dalla norma viene, in particolare, posta in evidenza la specifica funzione della nuova figura dell'amministratore di sostegno, funzione rappresentata dalla previsione di una nuova e più duttile (rispetto agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione) forma di assistenza per chi versi in situazioni di difficoltà. Nulla viene invece stabilito quanto ai presupposti del procedimento finalizzato alla nomina.

Il tenore letterale della disposizione in esame non è pertanto incompatibile con la ricostruzione interpretativa, che questo giudice ritiene preferibile, secondo la quale l'attualità dello stato di incapacità del beneficiario non costituisce un requisito indispensabile per la nomina dell'amministratore di sostegno, rappresentando unicamente l'immane presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo disposto.

Neppure dai principi generali in tema di interesse ad agire derivano ostacoli per l'interpretazione qui indicata, conoscendo il nostro ordinamento numerosi casi di tutela anticipata del diritto e di provvedimenti giudiziali condizionati (azioni di mero

accertamento, convalida di sfratto, denuncia di danno temuto, sentenze condizionate di condanna, azioni cautelari etc).

D'altro canto, sia la natura del procedimento (volontaria giurisdizione) che la natura del diritto fatto valere, e l'irreparabilità del pregiudizio che potrebbe derivare nell'ipotesi che si verificano le circostanze temute dalla ricorrente, depongono per una interpretazione dell'interesse ad agire tale da assicurare la più ampia tutela.

Tanto premesso, ritiene questo giudice che nel caso in esame ben possa individuarsi un interesse della ricorrente ad ottenere subito la nomina di un amministratore di sostegno.

Il palese interesse ad agire in giudizio, nonostante la non attualità della situazione di incapacità, e pur in mancanza di situazioni concrete dalle quali desumere con certezza il pericolo per la beneficiaria di perdere la capacità di intendere e di volere nel prossimo futuro, ben può apprezzarsi in primo luogo in considerazione del diritto per la ricorrente stessa di partecipare attivamente (e quindi quando ancora si trovi nella pienezza delle proprie facoltà mentali) al procedimento, anche al fine di orientare la decisione del giudice in relazione alla scelta della persona da nominare quale amministratore (indicando e sostenendo personalmente, ad esempio, le motivazioni per le quali le persone indicate nell'atto di designazione sono da preferire rispetto ad altre, in quanto più idonee a tutelare gli interessi in relazione ai quali la nomina è richiesta - potendo il giudice, seppure per gravi motivi, anche discostarsi dalla volontà espressa dal beneficiario nell'atto di designazione -).

Tale aspetto dell'interesse ad agire si apprezza con particolare intensità nel caso in esame solo se si considera che la ricorrente ha, spiegandone le ragioni in sede di audizione, designato quale suo amministratore di sostegno non il proprio coniuge o un proprio familiare ma una persona a lei legata da meri vincoli di amicizia, e cioè una persona diversa da quelle che sono normalmente ascoltate nel corso del procedimento (art. 407, III comma, c.c.) e che normalmente vengono scelte dal giudice tutelare per lo svolgimento dell'incarico.

L'interesse ad agire si apprezza inoltre, ed in particolar modo, in funzione della piena tutela del diritto all'autodeterminazione in campo sanitario con riferimento al sempre

possibile verificarsi di malattie improvvise ed immediatamente invalidanti, ovvero eventi traumatici non preannunciati ma con conseguenze lesive tali da determinare in via immediata uno stato di incoscienza. Situazioni in relazione alle quali, anche per l'impossibilità di provvedere in tempo reale alla nomina di un amministratore di sostegno (deputato a far valere, nei rapporti con il personale sanitario, le eventuali indicazioni di volontà precedentemente redatte dall'interessato), la persona rimarrebbe, altrimenti, per un certo lasso di tempo, del tutto priva di tutela.

Non vi è dubbio, infatti, che in situazioni siffatte la mera designazione di un amministratore di sostegno ai sensi dell'art. 408 c.c., e la mera esistenza di una scrittura contenente l'indicazione di direttive anticipate sarebbero inidonei, per le ragioni prima diffusamente indicate, a fornire effettiva tutela.

Attraverso lo strumento dell'amministratore di sostegno è possibile recuperare, invece, anche in queste situazioni, il dualismo del rapporto medico – paziente. E' possibile cioè, in sintonia con i principi di uguaglianza e di non discriminazione, assicurare anche alla persona che abbia perduto la capacità di intendere e di volere per cause improvvise ed imprevedibili la possibilità di continuare ad essere, oltre la soglia della coscienza, interlocutore attivo nell'ambito del rapporto terapeutico. L'amministratore di sostegno (e non la persona designata ai sensi dell'art. 408 c.c.), infatti, nell'esercizio dei compiti affidatigli, ben potrà dare voce al beneficiario esprimendo, nella particolare situazione venutasi a determinare, il consenso ovvero il dissenso alle cure mediche, nel pieno rispetto, come è suo precipuo dovere, della personalità e delle volontà in precedenza manifestate dal beneficiario stesso.

Limite a questa potestà sarà, da un lato, un'eventuale contraria manifestazione di volontà dell'interessato, esternata in qualsiasi forma, ovvero un mutamento, rispetto all'epoca del decreto giudiziale, delle conoscenze mediche, tale da far ritenere che se il beneficiario le avesse conosciute avrebbe manifestato una diversa volontà.

Delle possibili interpretazioni delle disposizioni in esame appare dunque preferibile quella che riconosce l'ammissibilità di richiedere ed ottenere la nomina di un amministratore di sostegno non solo nel caso di imminente perdita della capacità

nell'immediato futuro (come già affermato in svariate pronunce dalla giurisprudenza di merito, tra cui la Corte d'Appello Cagliari nel provvedimento del 16 gennaio 2009 prima richiamato), ma anche nelle ipotesi di solo probabile o possibile perdita della capacità, possibilità da ritenersi sempre sussistente in relazione al sempre possibile verificarsi di improvvise malattie invalidanti (più probabili in relazione all'avanzare dell'età), ovvero in relazione al sempre possibile verificarsi di incidenti stradali o di infortuni (questa volta paradossalmente più probabili al diminuire dell'età).

Detta interpretazione, non ostacolata dal dato testuale del disposto normativo, appare preferibile in quanto maggiormente conforme alla *ratio legis*, oltre che in sintonia con i principi costituzionali di uguaglianza e con il divieto di discriminazione ribadito dalla giurisprudenza della CEDU. Appare preferibile proprio perchè assicura il rispetto dei principi costituzionali sulla dualità del rapporto medico paziente anche nell'ipotesi di perdita della capacità; garantisce il principio di uguaglianza tra le persone nel delicatissimo ambito delle scelte terapeutiche; evita discriminazioni in ragione della situazione di capacità o incapacità dell'individuo o in ragione delle cause più o meno prevedibili alla base della perdita della capacità o della coscienza.

Ritenere l'attualità della situazione di incapacità requisito indispensabile per l'instaurazione del procedimento teso alla nomina di un amministratore di sostegno significherebbe negare pienezza di tutela nel delicatissimo ambito delle scelte in materia sanitaria a tutti i soggetti che vengano a trovarsi in una situazione di incapacità in maniera improvvisa (incidente stradale, malattia improvvisa, etc.), discriminandoli di fatto rispetto a coloro che, per la diversità delle cause che hanno condotto alla perdita della coscienza (ad es. malattia degenerativa), abbiano avuto tutto il tempo di richiedere la nomina di un amministratore di sostegno al quale far conoscere le proprie volontà nell'ambito dei trattamenti sanitari.

Tanto premesso, in accoglimento del ricorso, in conformità alle richieste dell'interessata, deve provvedersi alla nomina, quale amministratrice di sostegno della

ricorrente, della signora Y, non sussistendo alcun motivo per cui non possa ritenersi accoglibile la designazione effettuata dalla beneficiaria nella scrittura prodotta in giudizio, anche considerate le motivazioni illustrate in sede di audizione.

Considerata la peculiarità dei compiti da attribuirsi all'amministratrice di sostegno, appare opportuno nominare sin da ora, per il caso in cui Y si trovi nell'impossibilità di svolgere l'incarico a lei assegnato, il signor Z, attribuendo allo stesso i medesimi compiti, come indicato dalla stessa beneficiaria nella scrittura del 4 aprile 2009.

Debbono essere attribuiti all'amministratrice il compito di esprimere il consenso ovvero il dissenso ai trattamenti sanitari, previa acquisizione della necessaria informazione in relazione alla concreta situazione di salute in cui dovesse venire a trovarsi la ricorrente, e ai costi e benefici delle cure proposte, nel pieno rispetto delle volontà manifestate dalla beneficiaria nella scrittura prodotta in giudizio.

La potestà attribuita all'amministratrice di sostegno dovrà dalla stessa essere esercitata alla condizione che la beneficiaria non manifesti, in qualsivoglia forma, una volontà diversa da quella espressa nella scrittura del 4 aprile 2009.

L'incarico deve ritenersi operante qualora e nel momento in cui si verifichi l'ipotesi della perdita di capacità di intendere e volere dell'interessata, e deve ritenersi determinato con riferimento ai compiti specificamente attribuiti all'amministratrice.

Per quanto motivato

Il Giudice tutelare nomina Y, nata a ..., il ..., residente in ..., amministratrice di sostegno a tempo indeterminato di X, nata a ..., il ..., residente in ..., con le seguenti prescrizioni:

- 1) l'incarico è condizionato al verificarsi dell'ipotesi della perdita di capacità di intendere e volere da parte dell'interessata, così come indicato nella scrittura prodotta in giudizio;
- 2) l'incarico è a tempo determinato, limitato alla durata dell'eventuale futura insorgenza patologia;

3) l'amministratrice avrà il compito di esprimere il consenso o il dissenso in campo sanitario, tenendo nella massima considerazione i bisogni e le aspirazioni della beneficiaria ed in particolare dovrà, dopo avere ottenuto adeguata informazione dal personale sanitario in relazione alle concrete condizioni di salute in cui dovesse venire a trovarsi la ricorrente e adeguata informazione sui rischi e benefici dei trattamenti proposti, rendere operativa la volontà manifestata dalla beneficiaria nella scrittura del 4 aprile 2009, tenendo in particolare considerazione, nel rispetto della identità e della dignità della beneficiaria medesima, i seguenti desideri: *“qualora io divenga incapace di intendere e di volere in modo permanente e fossi affetta da una malattia allo stato terminale e/o una malattia e/o una lesione cerebrale irreversibile e invalidante e/o da una malattia che mi costringa a trattamenti permanenti con macchine e/o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione: 1) non voglio essere sottoposta ad alcun intervento chirurgico e/o terapeutico (con particolare riguardo a rianimazione cardipolmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata e artificiale) se il loro risultato fosse, a giudizio dei medici, dei quali uno specialista nominato da me o dal mio fiduciario: a) prolungamento del mio morire; b) mantenimento in uno stato di incoscienza permanente; mantenimento in uno stato di demenza avanzata; 2) non voglio essere sottoposta ad interventi comunemente definiti di sostegno vitale quali, ad esempio, l'alimentazione, l'idratazione e la ventilazione artificiale, interventi che se già iniziati debbono essere interrotti; 3) voglio che siano intrapresi tutti i provvedimenti atti ad alleviare le mie sofferenze, compreso l'uso di farmaci oppiacei, anche se essi dovessero avere come conseguenza l'anticipo della mia vita;*

- 4) dispone che la potestà attribuita all'amministratrice di sostegno sia dalla stessa esercitata alla condizione che la beneficiaria non manifesti, in qualsivoglia forma, una volontà diversa da quella espressa nella scrittura del 4 aprile 2009; ovvero si verifichi un mutamento, rispetto all'epoca delle volontà manifestate nella scrittura prodotta in giudizio, delle conoscenze mediche, tale da far ritenere che se la beneficiaria le avesse conosciute avrebbe manifestato una diversa volontà;
- 5) l'amministratrice dovrà riferire tempestivamente per iscritto a questo Ufficio, verificandosi le situazioni di cui ai punti 1, 2, 3 e 4, circa l'attività svolta a favore della beneficiaria e sulle condizioni di vita personali e sociali della medesima;
- 6) per il caso in cui per qualsiasi ragione Y, non possa svolgere l'incarico assegnatole, nomina, in sua sostituzione e per lo svolgimento dell'incarico sopra specificato, amministratore di sostegno a tempo indeterminato di X, il signor Z, nato a ..., residente in

Manda alla cancelleria per quanto di sua competenza.

Così deciso in Cagliari il 22 ottobre 2009.

Il Giudice tutelare