



diritto & religioni

Semestrale
Anno V - n. 2-2010
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

10



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno V - n. 2-2010
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
P. Colella, A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro
F. De Gregorio
S. Testa Bappenheim
G. Schiano
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Testimoni di Geova e rifiuto delle trasfusioni in caso di sopravvenuta incapacità del paziente: orientamenti giurisprudenziali

LUCIA SCALERA

1. *Consenso e dissenso ai trattamenti sanitari*

La discussione sulla legittimità o meno del rifiuto delle trasfusioni di sangue, anche se indispensabili per la sopravvivenza, propugnato dalla confessione religiosa dei Testimoni di Geova, presuppone una riflessione più generale sulla sussistenza (o meno) del potere di disporre della propria vita, per esempio rifiutando trattamenti sanitari salvifici.

Limitando la nostra attenzione al profilo esclusivamente giuridico del problema e partendo dalla Carta costituzionale, il principio del consenso o del dissenso informato ai trattamenti sanitari – fra questi, com'è ovvio, le trasfusioni di sangue – trova esplicito fondamento, in particolare, nell'art. 2, che tutela i diritti inviolabili dell'uomo, nell'art. 13, che consacra l'inviolabilità della libertà personale, e nell'art. 32 che, nel tutelare la salute quale “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”, afferma che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge”¹.

Un ruolo decisivo per giungere alla ‘consacrazione’ del principio dell'autodeterminazione in materia di consenso informato ai trattamenti sanitari è

¹ È difficile pensare che l'art. 32 Cost., configurando la salute, oltre che come diritto della persona, anche quale interesse della collettività, trasformi il diritto alla salute in un dovere di curarsi. Se così fosse, infatti, verrebbe svuotato di significato il secondo comma del medesimo art. 32, che afferma la non obbligatorietà dei trattamenti sanitari. Per di più lo stesso articolo, nel suo primo comma, considera la salute *in primis* quale diritto della persona e poi come interesse della collettività; da ciò si evince come la tutela del bene individuale prevalga sull'interesse collettivo. Inoltre l'art. 2 Cost., riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, pare configurarne l'inviolabilità anche da parte dello Stato, in tal modo escludendo un dovere individuale di tutela e di cura della salute. Cfr., in proposito, ROBERTO MASONI, *Direttive anticipate e trattamento sanitario*, nel vol. *L'amministrazione di sostegno*, a cura di Roberto Masoni, Maggioli Editore, Rimini, 2009, pp. 570 e 571.

stato svolto dalla Corte costituzionale che, già nella sentenza n. 471 del 22 ottobre 1990,² ha affermato che il potere di disporre del corpo dell'individuo può esplicarsi solo in modo compatibile con il rispetto della dignità della persona, coerentemente con il dettato dell'art. 32, secondo comma, Cost. e che tale potere trova il suo fondamento nell'art. 13 Cost.

Nella più recente decisione del 23 dicembre 2008, n. 438³, la Corte ha poi ribadito che il principio del consenso informato si pone come sintesi di due diritti fondamentali della persona: il diritto all'autodeterminazione ed il diritto alla salute.

Dal precitato inquadramento costituzionale – come specificato altresì dall'interpretazione datane dalla Consulta – sembra potersi ricavare che l'individuo ha un diritto assoluto di rifiutare terapie e cure, anche se si tratta di rimedi salvifici⁴, attesa l'inviolabilità di tale diritto.

Le persone, dunque, non possono essere assoggettate a trattamenti sanitari indesiderati, fatta eccezione per le ipotesi espressamente previste dalla legge, quali, ad esempio, i trattamenti sanitari obbligatori, come le vaccinazioni obbligatorie ed il ricovero dei malati nei casi stabiliti⁵.

Alle norme costituzionali si aggiungono numerosi provvedimenti legislativi ordinari, che affermano la natura volontaria degli accertamenti e dei trattamenti sanitari: fra queste norme, l'art. 1 della legge 13 maggio 1978, n. 180 (concernente i trattamenti sanitari volontari ed obbligatori), l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (concernente gli accertamenti e i trattamenti sanitari volontari ed obbligatori), la legge 4 maggio 1990, n. 107 (sulle attività trasfusionali), la legge 1 aprile 1999, n. 91 (in materia di consenso all'espianto di organi *post mortem*), il Decreto legislativo 24 giugno 2003, n. 211 (sulle sperimentazioni cliniche), l'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (sul consenso informato in materia di procreazione medicalmente assistita), l'art. 3, comma secondo, della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (sulle attività trasfusionali e sulla produzione di emoderivati).

Nell'ambito della disciplina nazionale possono essere annoverati anche il Codice deontologico medico del 2006, nel quale, all'art. 35, si afferma che “il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito ed informato del paziente” ed il parere

² V. in *Giust. civ.*, 1991, p. 10 ss. ed in *Giur. it.*, 1991, 1, c. 622 ss.

³ V. in *Foro it.*, 2009, c. 1328 ss.

⁴ Cfr., più di recente, oltre alla precitata Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, *loc. cit.*, anche Cass. civ. – sez. III – 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, p.1671 ss.; Cass., pen. – Sezioni Unite – 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1130 ss.

⁵ Cfr. artt. 33 e 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833.

del Comitato Nazionale per la Bioetica del 24 ottobre 2008 che, a maggioranza dei suoi membri, ha affermato l'inviolabilità dell'autodeterminazione del paziente e del dissenso dallo stesso manifestato⁶.

A livello sovranazionale, in materia di consenso e dissenso informato ai trattamenti sanitari, segnaliamo la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 4 aprile 1997⁷, i cui artt. 5 e 9 così rispettivamente stabiliscono: «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato La persona interessata può, in qualunque momento, ritirare il proprio consenso» e «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà, saranno tenuti in considerazione».

Ancora, va segnalata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 che, nell'art. 3, comma secondo, ribadisce il principio secondo cui «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

2. *I requisiti e le modalità di manifestazione di un valido consenso o dissenso*

Il presupposto perché possa essere effettuato un determinato trattamento sanitario, o perché lo stesso possa essere oggetto di rifiuto da parte del paziente, è la prestazione di un valido consenso o dissenso che, essa sola, legittima l'intervento o il non intervento da parte del sanitario.

Una valida manifestazione di volontà in tal senso si acquisisce attraverso un'ideale e completa informazione che il medico è tenuto a fornire in rela-

⁶ Nel parere del Comitato Nazionale per la Bioetica – organo istituito il 28 marzo 1990 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con funzioni consultive – si afferma, tra l'altro, che «poiché la malattia costituisce un aspetto dell'esistenza, accettare che faccia il suo corso rinunciando alle terapie, non rappresenta la trasgressione di un imperativo morale, ma la consapevole accettazione dei limiti intrinseci dell'esistenza umana» (V. in www.governo.it/bioetica/pareri.html).

⁷ Si tratta della Convenzione di Oviedo, recepita dall'Italia con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, ma della cui entrata in vigore tuttora si dubita, per non avere il Governo esercitato la delega, ai sensi dell'art. 3 della citata legge di ratifica, volta all'emanazione di uno o più decreti legislativi per adattare i principi della Convenzione al nostro ordinamento giuridico. Secondo Cass. civ. – sez. I – 16 ottobre 2007 n. 21748, in *Corr. giur.* 2007, p. 1683, alla Convenzione internazionale non ancora eseguita nell'ordinamento dello Stato può essere attribuita, specialmente dopo la legge di autorizzazione alla ratifica, «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: essa dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzata nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad essa conforme».

zione al trattamento da compiere e che è funzionale al rispetto della libertà di autodeterminazione della persona, consacrata nell'art. 32, comma secondo, Cost.⁸. L'informazione, che deve estrinsecarsi attraverso un linguaggio che tenga conto delle condizioni di salute della persona e del suo grado di cultura⁹, concerne tre distinti momenti: «la 'diagnosi', il 'decorso' della cura, ossia il tipo di intervento, la sua portata e le conseguenze che determina sulla salute del paziente ove sia eseguito oppure rifiutato; infine il 'rischio' in cui è probabile incorrere in caso di esito infausto o comunque non completamente fausto del trattamento».¹⁰ Viene così superata la visione 'paternalistica' del rapporto medico – paziente in virtù della quale quest'ultimo si affidava alle cure del medico, che non si sentiva affatto obbligato ad informarlo sulla diagnosi, sulle terapie e sui rischi.¹¹ Oggi, invece, con il cosiddetto consenso informato, il paziente esercita il diritto di partecipare alla decisione di sottoporsi – o meno – ad un trattamento sanitario, assumendo consapevolmente una scelta che determina conseguenze sulla sua salute e sul suo corpo.¹²

La manifestazione – o negazione – del consenso deve essere esplicita, univoca, attuale e provenire dal soggetto che ha la disponibilità del bene giuridico protetto.¹³ L'attualità dev'essere intesa in senso logico più che cronologico-temporale, potendo rilevare in concreto anche una previsione operata *ex ante*, purché caratterizzata da un contenuto univoco, preciso ed incondizionato. Diversamente, sorgerebbero ostacoli nell'effettuazione degli interventi chirurgici, atteso che il paziente presta il suo consenso prima della loro esecuzione e non può tenere conto degli eventuali problemi ed urgenze che possono sopravvenire¹⁴. L'attualità della manifestazione di volontà de-

⁸ Cfr. GIANLUCA MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 115 ss.

⁹ Cfr. Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937 ss. – con nota di GILDA FERRANDO, *Chirurgia estetica, consenso informato del paziente e responsabilità del medico* – che richiede l'idoneità dell'informazione a rappresentare al paziente un quadro chiaro della situazione clinica.

¹⁰ DAVID DURISOTTO, *Il valore del dissenso al trattamento sanitario nell'ordinamento giuridico. Un difficile bilanciamento di principi*, in *Dir. Eccl.*, 2009, p. 99.

¹¹ Cfr. *Id.*, *ivi*, p. 94.

¹² Cfr. ANDREA SIMONCINI-ERIK LONGO, *Commento all'art. 32 Cost.*, Utet, Torino, 2006, pp. 664-665.

¹³ Cfr. Cass. civ. – sez. III – 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1671 ss., con nota di FABRIZIO FORTE, *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*, *ivi*, p. 1674 ss. ed in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2403, con nota di MARCO ROSSETTI, *Dissenso all'atto medico e danno risarcibile*, *ivi*, p. 2406 ss.

¹⁴ Cfr. ANTONIO LOMBARDI, *Direttive anticipate, testamento biologico e amministrazione di sostegno*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2518 ss.

v'essere valutata anche in riferimento alla sua conservazione, da parte del malato, fino al momento in cui questi rimane cosciente e capace di esprimere un consenso, dovendosi considerare attuale «la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di siffatta situazione».¹⁵

Sul concetto di attualità, in particolare del consenso prestato *illo tempore*, va segnalato il parere reso il 18 dicembre 2003 dal Comitato Nazionale per la Bioetica, secondo cui «la persona chiede che i suoi desideri siano rispettati, ma chiede che lo siano a condizione che mantengano la loro attualità e cioè solo nel caso che ricorrano le condizioni da lui stesso indicate: si può infatti ragionevolmente presumere che nessun paziente intenda incoraggiare attitudini di abbandono terapeutico, privandosi così della possibilità di godere dei benefici che eventualmente si rendessero disponibili quando egli non fosse più in grado di manifestare la propria volontà Questo carattere non (assolutamente) vincolante, ma nello stesso tempo non (meramente) orientativo dei desideri del paziente non costituisce una violazione della sua autonomia e non costituisce neppure una violazione dell'autonomia del medico e del personale sanitario»¹⁶.

È superfluo aggiungere che il consenso – e il dissenso – al trattamento sanitario, come poc'anzi delineato, può essere espresso validamente e liberamente soltanto da un soggetto capace di intendere e di volere, dovendosi, in difetto di tale capacità, individuare la persona legittimata a decidere sull'atto medico in luogo dell'incapace.

3. *Il rifiuto delle trasfusioni di sangue da parte dei Testimoni di Geova*

Il rifiuto delle trasfusioni opposto dalla persona capace e maggiorenne seguace della confessione dei Testimoni di Geova configura un'evidente ipotesi di manifestazione di dissenso ad un trattamento terapeutico, che risponde a motivazioni di carattere religioso e che può riguardare anche situazioni in cui la terapia trasfusionale sia indispensabile per evitare un pericolo grave per la vita o per la salute del paziente. È noto, infatti, che il credo religioso professato dai Testimoni di Geova vieta le trasfusioni di sangue¹⁷, anche se indispensabili per la sopravvivenza.

¹⁵ FAUSTO GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 338.

¹⁶ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere 18 dicembre 2003*, in www.governo.it/bioetica/pareri.html.

¹⁷ Tale rifiuto trova il proprio fondamento nell'interpretazione di alcuni passi biblici tra cui Gene-

Il dissenso al trattamento emotrasfusionale viene spesso manifestato mediante una medaglietta o un tesserino, che il soggetto porta abitualmente con sé, con la dicitura ‘niente sangue’¹⁸, al fine di far rispettare – attraverso questa sorta di reiterazione quotidiana del diniego¹⁹ – la propria volontà anche in caso di sopravvenuta incoscienza o incapacità di intendere e di volere.

Nell’opera di individuazione di un punto di equilibrio fra il diritto all’autodeterminazione dell’individuo nel rifiuto della trasfusione ed il dovere del medico di salvaguardare la salute e la vita del paziente, occorre considerare che il mancato rispetto del predetto dissenso ha quale conseguenza non soltanto la violazione del diritto all’autodeterminazione ma anche del diritto di libertà religiosa garantito dall’art. 19 Cost., visto che «il rifiuto delle trasfusioni deriva dall’adempimento di un precetto religioso».²⁰

A questo punto, il problema relativo alla prevalenza o meno del diritto di autodeterminazione dell’individuo e di quello di libertà religiosa sulla tutela della vita umana si può risolvere sulla base dell’art. 32 Cost. che, sia per il tenore letterale sia per un’interpretazione sistematica, sembra configurare un diritto e non anche un dovere della persona alla propria salute. Poco convincente appare infatti il riferimento all’indisponibilità del bene vita, sulla scorta degli artt. 579 cod. pen. (...omicidio del consenziente) e 580 cod. pen. (...istigazione o aiuto al suicidio)²¹, in quanto in contrasto con il principio, ricavabile dall’art. 32, comma secondo, Cost., che impone un’interpretazione costituzionalmente orientata della tutela penale della vita, sulla base del principio dell’incoercibilità del vivere²². A conferma di ciò, va segnalato il parere reso il 20 giugno 1992 dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel quale, in relazione alla fattispecie del rifiuto delle trasfusioni da parte dei Testimoni di Geova, si legge che «nonostante la sofferenza del sanitario che vede morire il proprio assistito senza poter espletare l’atto terapeutico probabilmente risolu-

si, 9,4.: «Solo non mangerete carne che abbia ancora la vita sua, cioè il suo sangue».

¹⁸ Quanto alla portata da riconoscere alla scritta ‘niente sangue’, GIANLUCA MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, p. 84, ritiene che, con il rifiuto aprioristico delle trasfusioni, «il paziente accetti consapevolmente il rischio di morire, essendo notorio che può essere necessario ricorrere alla trasfusione per salvare la vita del malato».

¹⁹ Cfr. ELISABETTA PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel diritto penale. Profili problematici del diritto all’autodeterminazione*, CEDAM, Padova, 2000, p. 212.

²⁰ GIOVANNI FACCI, *I Testimoni di Geova e il “dissenso” all’atto medico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 119.

²¹ ID. *ivi*, p.122,

²² Cfr. GIOVANNI FIANDACA-ENZO MUSCO, *Diritto penale*, Foro Italiano, vol. II, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, p. 38.

tivo»²³, egli deve orientare il proprio comportamento sulla base del principio secondo cui «il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e terapeutico non essendo consentito alcun trattamento sanitario contro la volontà del paziente»²⁴

Non si potrebbe, d'altro canto, ipotizzare di riservare al medico il compito di stabilire quale degli interessi in gioco debba avere la priorità – se il diritto all'autodeterminazione e quello alla libertà di religione oppure il diritto alla vita –, perché, così facendo, si graverebbe il personale sanitario di una responsabilità non sorretta da alcuna garanzia giuridica, atteso che l'incerto e frammentario quadro legislativo di riferimento e le continue oscillazioni della giurisprudenza non gli consentono di conoscere «quale sia, sul piano giuridico, la scelta più corretta da intraprendere ove ricorrano situazioni di urgenza e sia opposto un diniego di terapie».²⁵

In questo senso esemplificativa è la sentenza “in chiaroscuro” pronunciata dal Tribunale di Milano, 5^a sez., in data 16 dicembre 2008²⁶, che ha accolto la domanda risarcitoria promossa nei confronti di un'azienda ospedaliera milanese e di alcuni medici da parte degli eredi di un Testimone di Geova deceduto mentre subiva forzatamente la terza trasfusione di sangue, pur a fronte del suo cosciente, reiterato e disperato rifiuto. Il Tribunale, dopo aver puntualizzato che «la emotrasfusione non è prevista tra i trattamenti sanitari obbligatori ex art. 32/2 Cost. e L. 13/3/1978 n. 180, dovendosi escludere una situazione di incapacità o malattia mentale del paziente»²⁷ e pur dopo aver accertato che «l'unica terapia indicata in quel momento era la somministrazione di globuli rossi concentrati, né erano ipotizzabili cure diverse»²⁸, è arrivato alla conclusione che il nostro ordinamento giuridico presenta «una soglia particolarmente elevata del consenso ai trattamenti sanitari, imponendo al medico di non attribuire alle sue valutazioni e decisioni una forza di giustificazione dell'intervento che esse di per sé sole non hanno»²⁹, non essendovi la possibilità di disattendere il dissenso cosciente in nome di un dovere di curarsi e di vivere come principio di ordine pubblico. Pur tuttavia, nonostante

²³ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, Parere 20 giugno 1992, *Informazione e consenso all'atto medico*, in www.governo.it/bioetica/pareri.html.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ RICCARDO CAMPIONE, *Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno*, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 529.

²⁶ V. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 620 ss.

²⁷ *Ivi*, p. 629.

²⁸ *Ivi*, p. 630.

²⁹ *Ivi*, pp. 632-633.

tali corrette premesse, il giudice milanese, muovendo dall'asserita titolarità in capo al medico di una posizione di garanzia nei confronti del paziente affidato alle sue cure – che troverebbe le sue radici nell'art. 40 cod. pen. – e dal rilievo che il paziente può rifiutare gli interventi terapeutici indesiderati o contrari alle sue convinzioni religiose ma solo a condizione che risolva il contratto di cura e lasci la struttura sanitaria, è arrivato ad affermare che il dovere giuridico e professionale dei convenuti era quello di procedere alle emotrasfusioni. Nonostante questa discutibile motivazione – che trasforma il rifiuto cosciente ed informato della terapia in una imposizione della stessa, non consentita dall'ordinamento perché invasiva della libertà personale ed esulante dalla competenza dei sanitari – il Tribunale ha tuttavia concluso per la mancanza di proporzionalità e di adeguatezza del trattamento trasfusionale praticato nel caso di specie, non improntato a modalità rispettose della dignità e della libertà del paziente e, anzi, attivato in modo tale da rivestire un ruolo concorsuale ed anticipatorio del decesso del malato, che sarebbe comunque sopraggiunto in difetto di trasfusioni. La ragione della condanna risarcitoria è sintetizzabile in una riga della sentenza: «c'è una dignità anche nel processo del morire che al ... è stata negata»³⁰.

La sentenza in questione sembra in parte mancare di coerenza logica, ma rispecchia «la situazione di incertezza in cui si trovano, oggi, a decidere giudici, medici e pazienti»³¹. Sui medici, in particolare, viene a ricadere la responsabilità per questioni così problematiche, intervenendo il diritto «*a posteriori*, per valutare con il senno di poi (e con esiti pressoché imprevedibili) il significato penale della vicenda»³².

In conclusione, in questa materia la carenza di fonti normative specifiche e la presenza di implicazioni scientifiche, etiche, religiose e politiche hanno fatto sì che «gli interventi giudiziari che si sono succeduti in questi ultimi anni rappresentano tappe, risposte contingenti nell'ottica dei principi costituzionali (art. 2 e art. 32/2 Cost.), ma non possono avere la pretesa di risposte definitive e assolute»³³.

³⁰ *Ivi*, p. 638.

³¹ VIRGINIA BUSI, *Sangue o no sangue? Questo è il problema dei medici. Commento a Trib. Milano 16 dicembre 2008*, in *Corr. merito*, 2009, p. 503, che auspica che il legislatore fornisca una risposta chiara e completa a questa complessa questione, in tal modo tutelando tanto i diritti dei pazienti quanto quelli dei medici.

³² ANTONIO VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabili" dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, I, p. 185.

³³ Trib. Milano, 16 dicembre 2008, cit., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 632.

4. *Consenso, dissenso e incapacità a manifestarli*

L'incapacità di esprimere il consenso o il rifiuto di un trattamento terapeutico può derivare da un trauma improvviso, da uno stato di incoscienza, da un'infermità invalidante, dal coma, da uno stato vegetativo permanente o dalla minore età.

Per le ipotesi di incapacità, l'ordinamento ha predisposto in tempi recenti un'apposita ed idonea misura, l'amministrazione di sostegno – di cui si dirà più avanti – che consente di nominare la persona legittimata ad esprimere il consenso o il dissenso al posto del soggetto incapace e, il più delle volte, a determinare il contenuto della manifestazione di volontà, che deve essere prestata dalla figura vicariale.

Occorre precisare che l'amministrazione di sostegno – istituita dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6 – è un rimedio applicabile alle sole persone maggiorenni. A tale conclusione si perviene attraverso una valutazione della disciplina della materia nel suo complesso, che preclude un'interpretazione estensiva, in considerazione del rilievo che i minori si trovano in stato di incapacità legale, per far fronte alla quale l'ordinamento appresta già quale strumento di tutela la potestà dei genitori o, in caso di loro assenza o incapacità, del tutore nominato in forza dell'art. 343 cod. civ.³⁴ Dal punto di vista letterale, poi, soccorre la nuova formulazione dell'art. 405, comma secondo, cod. civ., che stabilisce che, nel caso di minore non emancipato, il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno «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».

Tornando quindi all'incapace maggiore di età, nel caso in cui questi venga a trovarsi nella necessità di subire un trattamento sanitario e versi in stato di incoscienza senza avere lasciato in proposito alcuna pregressa, precisa disposizione di volontà, soccorre il principio dell'esimente dello stato di necessità ex art. 54 cod. pen., con esclusione della punibilità del sanitario che ha posto in essere un intervento necessario per salvare il paziente «dal pericolo attuale di un grave danno alla persona», pericolo da lui non volontariamente causato, «né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo»³⁵. Quanto alla nozione di pericolo attuale, richiamato dal precitato art. 54 cod. pen., vengono considerati legittimi quegli interventi che non possono non

³⁴ Cfr. GIOVANNI CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e di inabilitazione*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 127.

³⁵ Art. 54 cod. pen.

essere eseguiti tempestivamente, pena un grave rischio di esito infausto per la salute del paziente³⁶. Anche la giurisprudenza di merito è pervenuta alla conclusione che la sussistenza dello stato di necessità consente di prescindere dal consenso informato³⁷, anche per quanto riguarda la sottoposizione ad emotrasfusioni, necessarie – ad esempio – per un intervento di resezione intestinale di un anziano incapace d'intendere e di volere di cui non risultavano contrarie disposizioni dettate in condizioni di capacità.³⁸

Del tutto diversa si palesa invece la situazione in cui viene a trovarsi il paziente che, prima di perdere la capacità d'intendere e di volere, abbia espresso il proprio dissenso ad un determinato trattamento sanitario e non sia in grado di confermare successivamente la sua originaria decisione. In questi casi, per evitare che il soggetto subisca un accanimento terapeutico non voluto, si deve procedere, nella scia della Convenzione di Oviedo (art. 9: «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico saranno tenuti in considerazione»), ad un'operazione ricostruttiva, particolarmente attenta e minuziosa, della volontà non viziata. Si tratta di una decisione molto difficile, dovendosi contemperare il rispetto della volontà del malato contraria al trattamento, l'attualità di tale scelta, il dovere deontologico e la responsabilità del medico. Ad un orientamento giurisprudenziale meno restrittivo, imperniato sul diritto di autodeterminazione del paziente e sulla ricostruzione della sua volontà attraverso le testimonianze dei familiari³⁹ nonché sul rispetto della sua sensibilità religiosa⁴⁰, si è opposto un altro filone interpretativo, più rigido, fondato sull'attualità e sulla specificità della scelta, che esclude di desumere la volontà del malato dalla deposizione

³⁶ Cfr. FABIO AMBROSETTI, MARCO PICCINELLI, RENATO PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'equipe*, Torino, UTET, 2003, p. 136.

³⁷ Così Trib. Trieste 17 dicembre 2008, in *www.personaedanno.it, ads/finalità della legge, destinatari*, 12/2008, che ha rigettato il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno proposto da una ASL per un intervento chirurgico lieve, ma senza alternative, di PEG (per consentire la nutrizione endoscopica) su un paziente in coma vegetativo da emorragia cerebrale e Trib. Trieste 11 marzo 2009, in *De iure*, voce *Tutela e curatela, amministrazione di sostegno*, che ha respinto il ricorso per amministrazione di sostegno nel rilievo della sussistenza dello stato di necessità per l'esecuzione di una pancolonscopia in sedazione profonda, in quanto intervento prospettato come urgente ed indifferibile dallo stesso medico curante e che, come tale, legittima l'intervento sanitario anche a prescindere dalla prestazione del consenso.

³⁸ Cfr. Trib. Modena 29 giugno 2009, in *www.personaedanno.it, ads/finalità della legge, destinatari*, 6/2009, che ha disposto il «non luogo a provvedere» alla nomina di un amministratore di sostegno per la prestazione del consenso informato all'esecuzione di emotrasfusioni se ritenute dai sanitari indispensabili per la cura della salute.

³⁹ Cfr. Trib. Messina, 11 luglio 1995, in *Riv. it. medicina legale*, 1996, p. 303 ss.

⁴⁰ Cfr. Trib. Pordenone, 11 gennaio 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 663 ss.

dei parenti più stretti o da un documento generico⁴¹

La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sull'argomento⁴² – segnatamente su una fattispecie concernente il rifiuto di trasfusioni manifestato dal paziente Testimone di Geova con la scritta “niente sangue” su un tesserino che portava con sé – ha fissato, quale requisito di validità e di efficacia del documento contenente la “dichiarazione anticipata” della persona, l’indicazione di elementi precisi da cui desumere inequivocabilmente la sua volontà di rifiutare un trattamento sanitario anche in caso di pericolo di vita. In alternativa, la Corte Suprema ha riconosciuto che la manifestazione di volontà possa provenire anche da un altro soggetto, indicato dallo stesso paziente quale proprio «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»⁴³.

Sempre a proposito dei Testimoni di Geova, in dottrina è stata ritenuta rilevante – ai fini del rifiuto del trattamento terapeutico – anche una manifestazione di volontà non espressa in maniera specifica, purché evincibile con certezza da circostanze oggettive come l’appartenenza alla Congregazione dei Testimoni di Geova⁴⁴.

Per la giurisprudenza di merito, sono da segnalare le seguenti pronunce:

- Tribunale di Messina 11 luglio 1995⁴⁵, che ha considerato valido il dissenso alle trasfusioni precedentemente espresso da un paziente ancora cosciente, sulla base della ricostruzione della sua volontà attraverso la testimonianza dei prossimi congiunti;
- Trib. Messina, Ufficio G.I.P., 26 luglio 1995⁴⁶, che ha escluso la responsabilità del medico che ha ommesso di eseguire un intervento altamente rischioso su un paziente Testimone di Geova in stato di incapacità, nel rilievo della difficile condivisibilità della sussistenza di un obbligo del medico di attivarsi per impedire l’evento a fronte di un dissenso espresso del paziente capace o delle persone che lo rappresentano;
- Pret. Roma 3 aprile 1997⁴⁷, che ha assolto dall’accusa di omicidio colposo, perché il fatto non sussiste, i medici che, avendo in cura un Testimone di Geova gravemente anemico a causa di un incidente stradale, non

⁴¹ Cfr. App. Trieste, 25 ottobre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 147 ss.

⁴² Cfr. Cass. civ. – sez. III – 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, p.1671 ss.

⁴³ Cass. civ. – sez. III - 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1673.

⁴⁴ Cfr. PIETRO RESCIGNO, *I trattamenti sanitari tra libertà e dovere (l’obiezione di coscienza dei Testimoni di Geova)*, in *Persona e Comunità*, Padova, 1988, p. 191.

⁴⁵ V. in *Riv. it. medicina legale*, 1996, p. 303 ss

⁴⁶ V. in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 203.

⁴⁷ V. in *Dir. eccl.*, 1997, II, p. 323 ss.

hanno praticato al paziente le trasfusioni di sangue necessarie a tenerlo in vita, al fine di rispettare la volontà del ricoverato contraria, per motivi di fede religiosa, a tale terapia, volontà non superabile, non essendo le emotrasfusioni ricomprese fra i trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge a norma dell' art. 32 Cost;

- Trib. Pordenone 11 gennaio 2002⁴⁸, che ha affermato che la trasfusione eseguita contro la volontà del paziente incide sull'esistenza della persona, offendendone la sensibilità religiosa, con il conseguente obbligo di risarcimento del danno non patrimoniale;
- App. Trieste 25 ottobre 2003⁴⁹ che, dopo aver escluso la sussistenza di un potere rappresentativo da parte dei congiunti in quanto tali, ha concluso nel senso che il tesserino, rinnovato ogni anno e contenente la scritta 'niente sangue', abitualmente portato dai Testimoni di Geova, non costituisce «espressione efficace di volontà del paziente contraria alle trasfusioni e non è di per sé ostacolo all'effettuazione di tale trattamento terapeutico», rappresentando una volontà «non concreta, ma astratta, non specifica ma programmatica, non informata ma ideologica e soprattutto passata, preventiva e non attuale»⁵⁰;
- App. Trento 19 dicembre 2003⁵¹ che ha escluso la valenza del rifiuto di subire trasfusioni di sangue stante l'assenza del documento da cui ricavare una volontà concreta, specifica ed attuale in tal senso.
- Trib. Roma – sez. G.I.P. – 16 gennaio 2006⁵², che ha ritenuto non punibile, sulla base della causa di giustificazione rappresentata dall'adempimento di un dovere, un medico che – dopo un intervento chirurgico – aveva effettuato alcune terapie trasfusionali su una paziente in stato di incoscienza, ma che in precedenza aveva manifestato il rifiuto cosciente, consapevole e reiterato a trattamenti comprendenti emotrasfusioni.

Anche la Corte di Cassazione si è occupata del rifiuto delle terapie trasfusionali opposto dai Testimoni di Geova con due pronunce: la n. 4211 del 23 febbraio 2007⁵³ e la n. 23676 del 15 settembre 2008⁵⁴.

⁴⁸ V. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 664 ss.

⁴⁹ V. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 145 ss.

⁵⁰ App. Trieste 25 ottobre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 148.

⁵¹ V. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 145 ss.

⁵² V. in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 114 ss.

⁵³ V. in *Quaderni dir. pol. eccl.*, 2007, p. 978 ss., che ha respinto il ricorso proposto contro la citata decisione della Corte d'appello di Trento 19 dicembre 2003.

⁵⁴ V. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 170, che ha respinto il ricorso proposto contro la citata decisione della Corte d'appello di Trieste 25 ottobre 2003.

Nella prima decisione la Suprema Corte, pur non ritenendo censurabile la motivazione della sentenza impugnata – che aveva confermato la sentenza di rigetto, emessa in primo grado, della domanda risarcitoria per danni morali promossa da un Testimone di Geova per essere stato costretto a subire una trasfusione di sangue espressamente rifiutata – ha affermato il valore assoluto del dissenso pronunciato in virtù di un determinato credo ideologico e religioso. Il dissenso originario, tuttavia, secondo la Cassazione non può considerarsi operante in un momento successivo «davanti a un quadro clinico fortemente mutato e con imminente pericolo di vita e senza la possibilità di un ulteriore interpello del paziente ormai anestetizzato»⁵⁵.

Nella seconda sentenza la Cassazione ha ritenuto corretto l'impianto motivazionale adottato dalla Corte d'Appello triestina – che aveva riformato *in toto* la sentenza di primo grado, di accoglimento della domanda risarcitoria del Testimone di Geova a cui erano state praticate alcune trasfusioni contro la sua volontà – pur ribadendo il principio, di rilevanza costituzionale, in forza del quale va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche a rischio della vita e pur riconoscendo che il conflitto tra il bene-salute e la libertà di coscienza «non può essere risolto sic et simpliciter a favore del primo, sicché ogni ipotesi di emotrasfusione obbligatoria diverrebbe per ciò solo illegittima perché in violazione delle norme costituzionali sulla libertà di coscienza e della incoercibilità dei trattamenti sanitari individuali (così, un rifiuto “autentico” della emotrasfusione da parte del Testimone di Geova capace – avendo, in base al principio personalistico, ogni individuo il diritto di scegliere tra salvezza del corpo e salvezza dell'anima – esclude che qualsiasi autorità statale - legislativa, amministrativa, giudiziaria – possa imporre tale trattamento: il medico deve fermarsi)»⁵⁶.

5. *L'amministratore di sostegno della persona incapace di formulare il consenso*

La Corte di Cassazione, nella precitata sentenza n. 23676 del 2008, nel richiedere, al fine di esprimere un valido dissenso alle terapie emotrasfusionali, una manifestazione di volontà inequivocabile, specifica ed attuale, tale non potendosi ritenere – secondo la Suprema Corte – il semplice biglietto con la scritta 'niente sangue', ha sottolineato l'esigenza che ad esprimere la volontà, ove il Testimone di Geova non sia in grado di farlo, possa essere un

⁵⁵ Cass. civ. – sez. III – 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Quaderni dir. pol. eccl.*, 2007, p. 979.

⁵⁶ Cass. civ. – sez. III – 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1672.

rappresentante *ad acta* che ne garantisca la corretta manifestazione del volere. Con tale affermazione il giudice di legittimità sembra riferirsi implicitamente all'istituto dell'amministrazione di sostegno⁵⁷.

L'amministrazione di sostegno è un istituto di protezione giuridica, che si aggiunge all'interdizione ed all'inabilitazione e che risponde ad esigenze da tempo evidenziate nell'ambito del sistema di protezione dei soggetti incapaci⁵⁸. La finalità della legge è quella «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» (art. 1). Dunque, i soggetti cui è destinata l'amministrazione di sostegno sono tutti coloro che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovano nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi civili e/o patrimoniali: si pensi alla maggior parte delle persone affette da disabilità psichica o motoria, agli anziani non autosufficienti, agli alcolisti, ai lungodegenti, ai tossicodipendenti, ai depressi....

Partendo dalla necessità di introdurre nuove linee di equilibrio fra le esigenze – spesso contrastanti - di libertà e di protezione della persona disabile, è stabilita una graduazione tra le misure poste a tutela delle persone disagiate, rimettendo all'interprete, di volta in volta, la scelta, tra le tre figure ora esistenti – amministrazione di sostegno, inabilitazione ed interdizione – dell'istituto più adeguato alle specifiche infermità in questione. Ma nel nuovo sistema l'interdizione assume i connotati dell'*extrema ratio*.

La scelta dell'amministratore di sostegno può cadere su una persona fisica – di solito un familiare o un parente – o giuridica, incaricata a tempo determinato o indeterminato e segue, come criterio esclusivo, 'la cura e gli interessi della persona del beneficiario', secondo il novellato art. 408 cod. civ.

Il nuovo rimedio viene spesso impiegato dai giudici di merito in casi in cui il paziente versi in stato di incoscienza o di incapacità tale da non poter

⁵⁷ Cfr. DAVID DURISOTTO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 116.

⁵⁸ In particolare, già negli anni '80, un gruppo di ricercatori, coordinati dal prof. Cendon, aveva elaborato una proposta di riforma del codice civile – c.d. Bozza Cendon (v. in www.personaedanno.it/cms/data/articoli) – che prevedeva l'introduzione di un nuovo istituto, l'amministrazione di sostegno, per colmare la lacuna, presente nell'ordinamento giuridico italiano, di un regime che fosse tale da comprimere al minimo i diritti e le possibilità di iniziativa dell'infermo mentale a fronte di una speculare assistenza che potesse coprire i momenti più o meno lunghi di crisi o di inerzia del disabile stesso. Sull'amministrazione di sostegno, in generale, cfr. GIOVANNI BONILINI-AUGUSTO CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, CEDAM, Padova, 2007 e PAOLO CENDON-RITA ROSSI, *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, UTET, Torino, 2009.

formulare un valido consenso o dissenso⁵⁹. Tuttavia mai il provvedimento del giudice tutelare e/o la volontà dell'amministratore di sostegno potranno sostituirsi, nell'ambito sanitario, alla volontà del beneficiario non viziata dalla patologia in corso o da altra patologia psichica: pertanto, nel caso in cui quest'ultimo manifesti una volontà non viziata contraria alla sottoposizione ad una determinata terapia, il trattamento non potrà essere effettuato.⁶⁰

Diversa, ovviamente, è l'ipotesi in cui la volontà del beneficiario non risulti espressa o non sia esprimibile oppure sia espressa in una certa direzione, ma risulti viziata: in questi casi, fatto salvo il cosiddetto stato di necessità, l'amministratore di sostegno potrà richiedere al giudice tutelare gli opportuni provvedimenti per essere autorizzato a rappresentare la volontà del beneficiario.

⁵⁹ Fra i tanti provvedimenti di nomina di un amministratore di sostegno a favore di un beneficiario non in grado di manifestare una volontà consapevole ad un trattamento sanitario, si vedano Trib. Modena, decr. 15 settembre 2004, in *www.altalex.com*; Trib. Cosenza, decr. 29 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 1319 ss.; Trib. Roma, decr. 22 dicembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 2344 ss.; Trib. Milano, decr. 21 giugno 2006, in *www.personaedanno.it, ads/amministratore, poteri, doveri*, 6/2006; Trib. Milano, decr. 5 aprile 2007, in *www.personaedanno.it, ads/amministratore, poteri, doveri*, 4/2007; Trib. Roma, decr. 24 maggio 2007, in *www.personaedanno.it, ads/beneficiario, poteri e diritti*, 5/2007; Trib. Modena, decr. 13 maggio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p.1928 ss.; Trib. Roma, decr. 18 giugno 2009, in *www.personaedanno.it, ads/beneficiario, poteri, diritti*, 6/2009; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *De Iure*, voce *Tutela e curatela, amministrazione di sostegno*; Trib. Roma, decr. 24 marzo 2010, *ibid.*. In senso contrario, Trib. Torino – sez. Moncalieri – 26 luglio 2006, in *www.personaedanno.it, ads/interdizione, inabilitazione*, 7/2006.

⁶⁰ Cfr. Trib. Venezia, 20 settembre 2006-4 dicembre 2006, R.G. 2603/2006, in *www.personaedanno.it/ads/interdizione, inabilitazione*, 12/2006 che, pur non escludendo il tentativo, da parte dell'amministratore di sostegno, eventualmente coadiuvato dagli ausiliari tecnici del giudice tutelare, di una corretta opera d'informazione e di convincimento del beneficiario per fargli superare le paure o le titubanze ingiustificate che lo hanno indotto al diniego della cura, ribadisce che né il giudice tutelare né l'amministratore di sostegno possono scavalcare la libera e non viziata volontà contraria del beneficiario, onde evitare che possa configurarsi un'ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio al di fuori dei casi previsti dalla legge. Nel solco della pronuncia veneziana, vanno annoverate due significative decisioni di rigetto. Nel primo caso il Tribunale di Modena, con decreto 27 dicembre 2007 (in *ads/finalità della legge, destinatari*, 12/2007), nel rispetto della volontà del malato, ha rifiutato la nomina dell'amministratore di sostegno per esprimere il consenso ad un indispensabile intervento di amputazione della gamba, rifiutato dal paziente capace d'intendere e di volere. Nel secondo caso il Tribunale di Sassari – sez. distaccata di Alghero – con decreto 14-16 luglio 2007 (in *Giur. merito*, 2008, p. 1260 ss.) ha ritenuto inutile la nomina di un amministratore di sostegno a favore di un soggetto, capace ma gravemente sofferente, che aveva manifestato inequivocabilmente, a mezzo di un sintetizzatore vocale, la volontà che gli venisse staccato il respiratore artificiale. Ha invece ritenuto necessaria la nomina dell'amministratore di sostegno al limitato fine di redigere atti ed istanze alla Pubblica Amministrazione, senza da questo far derivare la sostituzione della volontà del beneficiario.

6. Il rifiuto delle emotrasfusioni per motivi religiosi e l'amministrazione di sostegno

In non poche occasioni i giudici tutelari si sono occupati del rifiuto opposto da aderenti alla Congregazione dei Testimoni di Geova che, dopo aver manifestato, in un tempo più o meno recente e quasi sempre per iscritto, la volontà di non essere sottoposti a trasfusioni di sangue, si sono venuti a trovare in condizioni di incapacità d'intendere e di volere o nell'imminenza di un intervento chirurgico nel corso o a seguito del quale si sarebbe potuta verificare, nell'incoscienza del paziente anestetizzato o in coma, la necessità di una o più trasfusioni.

Il problema ha riguardato in modo particolare casi in cui il diniego era stato espresso mediante un tesserino o una medaglia (recante la dicitura "niente sangue") e la persona interessata versava in stato di incoscienza, così da non poter esprimere o, meglio, confermare, in concreto ed *expressis verbis* il rifiuto della terapia trasfusionale.

Si tratta di provvedimenti che investono svariati rilevanti problemi – il rifiuto delle cure, l'efficacia delle direttive anticipate, i compiti dell'amministratore di sostegno in materia sanitaria – la cui corretta soluzione presuppone l'applicazione dei principi dell'autodeterminazione⁶¹ e del consenso informato.

Segnaliamo in particolare:

- Tribunale di Vibo Valentia - sez. distaccata di Tropea – decr. 30 novembre 2005⁶², che ha disposto l'apertura di un'amministrazione di sostegno a favore di una beneficiaria incapace d'intendere e di volere, autorizzando l'amministratore, nel rispetto della volontà dell'amministrata – che, in precedenza, aveva manifestato il rifiuto ad essere sottoposta ad emotrasfusioni – ad esprimere la volontà della stessa. Si tratta di un provvedimento alquanto scarno, che non contiene alcun limite all'efficacia delle "direttive anticipate" lasciate dalla beneficiaria, limitandosi apoditticamente ad affermarne l'obbligo del rispetto;
- Tribunale di Roma – sez. I – decr. 21 dicembre 2005⁶³, che ha provveduto alla nomina di un amministratore di sostegno autorizzato a manifestare la volontà – precedentemente espressa dall'amministrato – di non essere sottoposto ad emotrasfusioni ed a prestare il consenso informato ai trattamenti terapeutici necessari. Nel provvedimento si specifica che

⁶¹ Cfr. RICCARDO CAMPIONE, *op. cit.*, pp. 525-526.

⁶² V. in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 523 ss.

⁶³ V. in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 523 ss.

l'applicazione, nella fattispecie, del principio del consenso presunto al trattamento medico avrebbe configurato una «palese violazione del valore della persona, implicitamente consacrato nella disposizione di cui all'art. 32, comma 2, della Carta costituzionale, e dell'espressione dell'identità religiosaessendo a confronto diritti inviolabili della persona costituzionalmente riconosciuti e garantiti quali il diritto all'integrità fisica e la libertà religiosa, il cui ordine di priorità non può essere determinato o, peggio, alterato dall'attuale impossibilità dell'interessato di esprimere tale volontà»⁶⁴;

- Tribunale di Siena, decr. 18 giugno 2007⁶⁵, con cui la figlia è stata nominata amministratore di sostegno dell'anziana madre capace, Testimone di Geova, con il compito di esprimere il consenso informato ad eventuali trattamenti sanitari nel caso in cui la beneficiaria, in procinto di essere sottoposta ad un intervento chirurgico, non fosse stata in grado di prestarlo. L'amministratore di sostegno avrebbe espresso il consenso secondo le direttive sottoscritte in precedenza dall'amministrata. È da segnalare che, trattandosi di beneficiaria capace, nell'auspicabile previsione della buona riuscita dell'intervento chirurgico, la misura protettiva è stata applicata "a tempo", avendo termine con il compimento dell'attività per cui è stata disposta;
- Tribunale di Tivoli – sezione distaccata di Palestrina – decr. 10 ottobre 2007⁶⁶, con il quale è stato nominato un amministratore di sostegno con il compito di manifestare la volontà dell'amministrato, Testimone di Geova in coma farmacologico, di non essere sottoposto ad emotrasfusioni, pur in mancanza di un documento scritto da cui ricavare tale volontà. Nella fattispecie il giudice tutelare ha argomentato basandosi sul «fatto notorio che coloro che professano detto credo religioso rifiutano ogni trasfusione di sangue e di emoderivati»⁶⁷;
- Tribunale di Modena, decreti 16 settembre 2008⁶⁸ e 1 dicembre 2008⁶⁹, con cui il giudice tutelare è ricorso all'istituto dell'amministrazione di sostegno per consentire di negare il consenso a trasfusioni di sangue

⁶⁴ Trib. Roma, decr. 21 dicembre 2005, in *Famiglia e diritto*, 2006, p. 524

⁶⁵ V. in *www.personaedanno.it, ads/amministratore, poteri, doveri*, 6/2007.

⁶⁶ V. in *www.personaedanno.it, ads/beneficiario, poteri, doveri*, 10/2007.

⁶⁷ Trib. Tivoli – sez. distaccata di Palestrina – 10 ottobre 2007, in *www.personaedanno.it, ads/beneficiario, poteri, doveri*, 10/2007.

⁶⁸ V. in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 261 ss.

⁶⁹ V. in *www.personaedanno.it, ads/amministratore, poteri, doveri*, 12/2008.

nei confronti di pazienti Testimoni di Geova. Le motivazioni dei provvedimenti sono speculari e riferibili alla «sovraesigenza di rispetto dell'individuo e dell'insieme delle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che ne improntano le determinazioni»⁷⁰;

- Trib. di Bologna – sezione distaccata di Imola – decr. 4 giugno 2008⁷¹, con il quale è stato nominato un amministratore di sostegno – a favore di un Testimone di Geova capace d'intendere e di volere ed in procinto di essere sottoposto ad intervento chirurgico – con il compito di esprimere il dissenso alle emotrasfusioni, secondo la volontà dichiarata precedentemente dall'amministrato, nel caso in cui fosse sopraggiunto uno stato d'incapacità;
- Trib. di Mantova, decr. 24 luglio 2008⁷², con il quale è stata negata la nomina di un amministratore di sostegno – a favore di un Testimone di Geova capace d'intendere e di volere ed in procinto di essere sottoposto ad intervento chirurgico – al fine di esprimere il dissenso alle emotrasfusioni, secondo la volontà dichiarata precedentemente dall'amministrato. Si tratta di una fattispecie analoga alla precedente, ma risolta con un provvedimento di segno diametralmente opposto. Secondo questo giudice, infatti, una diversa conclusione «finirebbe con l'aggravare 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».⁷³ È evidente che il giudice mantovano non ha tenuto conto da un lato dell'imminenza del pericolo del sopravvenire di uno stato di incoscienza e della probabile necessità di emotrasfusioni – data la complessità dell'intervento chirurgico – dall'altro della contrarietà della larga maggioranza dei medici a consentire o a favorire una morte “ingiustificabile” secondo i principi della medicina, con la probabile conseguenza «che non siano pochi i sanitari i quali, fintantoche non impediti da un carabiniere armato di sciabola, farebbero/faranno comunque luogo alla trasfusione di un paziente il quale sia portatore di chances apprezzabili di vita, incuranti delle sanzioni minacciate»⁷⁴;

⁷⁰ Trib. Modena, decr. 1 dicembre 2008, *ibid.* e Trib. Modena, decr. 16 settembre 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 263.

⁷¹ V. in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 245 ss.

⁷² V. in *www.ilcaso.it*, - sez. I, *Giurisprudenza, doc. 1808/2009*.

⁷³ Trib. Mantova, decr. 24 luglio 2008, *ibidem*.

⁷⁴ PAOLO CENDON, *Testimoni di Geova, trasfusioni di sangue e principio di autodeterminazione*, in *Minori e giustizia*, 2008, p. 338.

- Trib. Modena, decreto 29 giugno 2009,⁷⁵ che ha respinto il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno a favore di un soggetto incapace d'intendere e di volere, allo scopo di esprimere o di negare il consenso ad emotrasfusioni – ove necessarie per la tutela della sua salute e della sua stessa vita – in occasione di un intervento chirurgico. Il rigetto è stato motivato dal duplice rilievo che nel potenziale pregiudizio grave alla salute e nel pericolo di vita è ravvisabile uno stato di necessità e che nella fattispecie non risultavano disposizioni contrarie – lasciate dalla persona nel tempo in cui era capace d'intendere e di volere – alle trasfusioni di sangue. Per di più la moglie ed il figlio, Testimoni di Geova, avevano dichiarato che il paziente non aveva mai aderito al loro credo religioso;
- Tribunale di Trieste, decreto 3 luglio 2009⁷⁶, che ha proceduto alla nomina di un amministratore di sostegno ad una persona gravemente cardiopatica, capace d'intendere e di volere, per prestare, in caso di futura incapacità di questi, il rifiuto a trasfusioni di sangue quando fossero accertate condizioni di salute senza speranza; la nomina è stata giustificata nel rilievo che, pur non essendo attuale la condizione d'incapacità, tuttavia le condizioni di salute passate ed attuali facevano ritenere probabile – e non solo astrattamente possibile – il subentrare di una condizione di incapacità di esprimere il proprio consenso/dissenso alle cure;
- Corte d'Appello di Cagliari, 21 gennaio 2009⁷⁷, che ha attribuito all'amministratore di sostegno, precedentemente nominato, anche il potere di rifiutare – sulla scorta di analitiche ed inequivocabili direttive, scritte e firmate dal beneficiario – eventuali emotrasfusioni necessarie per la vita del paziente, in caso di perdita di coscienza di questi. Sono interessanti le osservazioni della Corte riguardo al concetto di “contestualità” fra la manifestazione di volontà e l'esecuzione del trattamento sanitario rifiutato. Rileva, infatti, il giudice del reclamo che la contestualità «non deve intendersi come coincidenza assoluta tra il momento in cui la volontà è resa e quello in cui il trattamento è eseguito, perché, se così fosse, non sarebbe mai possibile tener conto della volontà del soggetto in ipotesi ad esempio di anestesia praticata per l'intervento chirurgico, o anche in altri casi di perdita di coscienza per altri motivi.... Ed allora è evidente che il requisito dell'attualità del consenso deve essere

⁷⁵ V. in *www.personaedanno.it*, ads/finalità della legge, destinatari, 6/2009.

⁷⁶ V. in *www.personaedanno.it*, ads/beneficiario, poteri, diritti, 7/2009.

⁷⁷ V. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 620 ss.

interpretato diversamente intendendosi consenso attuale quello che sia stato prestato in tempi recenti, da un soggetto cosciente e consapevole, che lo abbia confermato al momento dell'ingresso in ospedale e *non sia stato revocato*⁷⁸. La Corte ha altresì precisato che il rifiuto della terapia trasfusionale derivante dall'adesione ad una determinata religione è una ragione che di per sé comporta la permanenza nel tempo di tale volontà, quale espressione dell'osservanza incondizionata delle regole imposte dalla professione religiosa di appartenenza. Quanto, poi, alla figura ed alle funzioni dell'amministratore di sostegno nominato, la Corte ha scelto la strada del vicario-esecutore, che si limiti a controllare che venga eseguita la volontà del beneficiario, il quale, dunque, decide della sua vita. Diverso è il caso in cui l'amministratore di sostegno venga nominato in situazioni di urgenza o comunque di assenza di una precedente manifestazione di volontà dell'interessato, nel qual caso dovrà decidere al posto del beneficiario «ma solo se si tratta di prestare consenso alle cure da praticare»⁷⁹, non potendolo invece fare ove «sia chiamato a decidere della sorte del paziente (rifiuto di una cura salvifica, interruzione di una terapia di alimentazione) in mancanza di una volontà dell'interessato espressa in precedenza»⁸⁰.

7. Conclusioni

Le decisioni riportate nei paragrafi precedenti costituiscono la “spia” di un mutamento di prospettiva, che pone al centro dell'attenzione l'uomo in tutte le sue dimensioni, e che sta trovando sempre più attuazione da parte dei giudici tutelari⁸¹. E poiché la legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno esalta la centralità della persona, nell'applicazione di tale innovativo rimedio non possono venire trascurati tutti gli aspetti più strettamente connessi con la vita, la salute e l'espressione della personalità umana; aspetti che, attesa la loro assoluta rilevanza, devono essere fatti oggetto di protezione.

A conferma di siffatto mutato atteggiamento verso la persona, va richiamato l'art. 410, comma primo, cod. civ., che fa obbligo all'amministratore

⁷⁸ Corte d'Appello Cagliari, 21 gennaio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 626.

⁷⁹ GIUSEPPE CRICENTI, *Il rifiuto delle trasfusioni e l'autonomia del paziente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 645.

⁸⁰ *Id.*, *ibidem*.

⁸¹ Cfr. CLAUDIO TAGLIAFERRI, *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, 2010, p. 202.

di sostegno di tenere conto, nello svolgimento dei suoi compiti, non soltanto dei bisogni ma anche delle aspirazioni del beneficiario. Nell'applicazione pratica della legge n. 6/2004, è spesso accaduto che i giudici tutelari, nel rispetto della *littera legis* e della *ratio* dell'intera riforma, non si sono limitati ad affidare all'amministratore il compito di sostituirsi al beneficiario per manifestare una determinata volontà, ma – ove possibile – gli hanno attribuito l'espresso incarico di «farsi interprete della volontà dell'interessato, anche se flebile, nelle proprie scelte di vita». ⁸² Si può allora concludere che la cura della salute della persona (e quindi la decisione circa la terapia trasfusionale necessaria al testimone di Geova) non trova legittimazione nella sostituzione dell'amministratore di sostegno al beneficiario nelle scelte terapeutiche, essendo il primo tenuto a conoscere e a rispettare la volontà del secondo con riguardo alle scelte di cura. Infatti «il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace 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 o permanente incoscienza. egli deve decidere non “al posto” dell'incapace, né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza ...» ⁸³.

Da qualsiasi angolazione si esamini la questione, occorre cercare un punto di equilibrio fra i principi della volontarietà e del consenso al trattamento sanitario (art. 32 Cost.) e del consenso libero ed informato (art. 5 della Convenzione di Oviedo), da un lato, e il diritto della persona a ricevere cure adeguate, ivi comprese le emotrasfusioni, dall'altro. In ogni caso, occorrerà sia evitare

⁸² Id., *ivi*, p. 203. Nel senso che la manifestazione di volontà del tutore non costituisce espressione né del principio del consenso al trattamento medico né del meccanismo di sostituzione tipico della rappresentanza legale, atteso il carattere personalissimo dell'atto dispositivo di situazioni esistenziali, Cfr. LAURA DI BONA, *Riflessioni in tema di rifiuto delle trasfusioni di sangue*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 684.

⁸³ Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 96. Questa sentenza si può leggere anche in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 106 ss. Tra gli svariati commenti, cfr. EMANUELE CALÒ, *La Cassazione «vara» il testamento biologico*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1686 ss.; C. GHIONNI, *Il «consenso dell'incapace» alla cessazione del trattamento medico*, in *Dir. giur.*, 2007, p. 573 ss.; GIULIO M. SALERNO, *L'apertura al testamento biologico non cancella i problemi applicativi*, in *Guida al diritto. Il Sole 24 ore*, 2007, n. 43, p. 42 ss.; ANNA GALIZIA DANOVÌ, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 131 ss.; GIOVANNI GALUPPI, *Brevi osservazioni sulla sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 138 ss.; DOMENICO MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 125 ss.; DARIO SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1727 ss.; ANGELO VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 100 ss.

di affidare all'amministratore di sostegno una "delega multi-sanitaria" per le cure al di fuori dell'ordinario⁸⁴ sia prevedere, per gli interventi ed i trattamenti più complicati, un'autorizzazione espressa da parte del giudice tutelare.

Infatti, sebbene la tendenza della giurisprudenza, anche di legittimità, sia senza dubbio quella di riconoscere il diritto del paziente di autodeterminarsi, fino ad arrivare al rifiuto consapevole delle cure salvifiche, non si può tuttavia dire che si sia radicato un orientamento uniforme in questo senso, con la conseguenza che i medici (che in larga parte sono di parere diametralmente opposto, stante la loro contrarietà alla cd. morte "ingiustificabile" secondo i principi della medicina⁸⁵) non sanno come comportarsi, con immaginabili effetti negativi nei rapporti con il paziente.

⁸⁴ Cfr. R. ROSSI, *Amministrazione di sostegno ed esercizio dei diritti personalissimi*, in *www.personae-danno.it, ads/beneficiario, poteri, diritti*, 7/2006.

⁸⁵ Cfr. PAOLO CENDON, *op. cit., loc. cit.*, p. 338.