

MINORI, INCAPACI E DAT: I PRIMI CONTENZIOSI

Abstract (IT): *Il contributo si propone di delineare il primo impatto della legge 219 del 2017 sul delicato profilo dell'autodeterminazione sanitaria del minore, o comunque della persona incapace.*

Abstract (EN): *The paper deals with the first impact of Act n. 219 of 2017 on the issues of minors' and incompetent persons' self-determination in health-related choices.*

Sommario: *1. Premesse: l'autodeterminazione dal diritto internazionale al diritto interno. - 2. Il nuovo quadro della legge 219 del 2017. - 3. Primi casi applicativi*

1. Premesse: l'autodeterminazione dal diritto internazionale al diritto interno

Le questioni relative all'autodeterminazione sanitaria dei minori, e più in generale dei soggetti non pienamente capaci, si presentano come uno dei punti più delicati della legge 22 dicembre 2017, n. 219, e non è certo un caso se con riferimento ad esse si sono avuti i primi interventi giurisprudenziali relativi alla nuova normativa.

Com'è noto, quella dell'autodeterminazione è una categoria che ci deriva non tanto dal lessico della nostra millenaria tradizione civilistica, quanto piuttosto da quello del diritto internazionale, in cui cent'anni orsono faceva irruzione con i Quattordici Punti di Wilson¹⁹⁴. Così, se l'imperialismo europeo aveva qualificato determinate genti come incapaci di gestire da sole i propri affari e le aveva quindi assoggettate a regimi di tutela, rappresentanza e ad altre misure di protezione, che ricalcavano anche nei nomi quelle del diritto privato delle persone¹⁹⁵, per contro l'idealismo d'oltreoceano, espressione di una

¹⁹⁴ Il riferimento è al celeberrimo discorso tenuto dal Presidente T.W. Wilson ai due rami del Congresso americano in seduta comune l'8 gennaio 1918, nel quale si indicava, non senza una certa pretenziosità, al mondo appena entrato nell'anno decisivo della Grande Guerra, "*the programme of the world's peace*", anzi "*the only possible programme*", articolato per l'appunto in XIV punti.

¹⁹⁵ Il diritto coloniale era stato costruito utilizzando in larga parte i materiali della tradizione civilistica. Se a fronte di isole disabitate o di genti prive di ogni riconoscibile organizzazione statale, e quindi qualificabili alla stregua di fauna, si ritenne di poter procedere direttamente all'occupazione della *terra nullius* (dottrina rigettata definitivamente solo in tempi recentissimi, con HIGH COURT OF AUSTRALIA, 3 giugno 1992, *Mabo vs. Queensland* [1992] HCA 23, 175 CLR 1), quando invece una tale organizzazione, benché inadeguata secondo lo *standard* dei Popoli Civili, comunque sussistesse, la soluzione consisteva nell'imporre regimi di Protettorato, in forza dei quali la Potenza tutrice avrebbe assunto la rappresentanza nelle sedi internazionali del Paese protetto, consentendo un efficiente esercizio dell'*Indirect Rule* (cfr. F.D. LUGARD, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, London, 1922; M. CROWDER, *Indirect Rule: French and British Style*, in *Africa*, 1964, 197-205; N. FERGUSON, *Impero: come la Gran Bretagna ha fatto il mondo moderno*, London, 2003, trad. it., Milano, 2007, 178-179). Così, C. Rhodes era convinto che la missione degli Anglosassoni fosse di "*save Africa from itself*", ed in un discorso del 1887 ebbe modo di esplicitare che "*the native is to be treated as a child*", mentre, più

Nazione che era pur sempre nata dalla rivolta contro un Impero¹⁹⁶, si ergeva ad alfiere del diritto dei popoli ad una libera determinazione del proprio sviluppo. Pur con tutti i limiti e le contraddizioni che emersero quando si trattò di dare attuazione a tale indirizzo¹⁹⁷, il principio di *self-determination*, brutalmente violato durante il successivo conflitto mondiale, riemerse poi nella Carta Atlantica ed in quella delle Nazioni Unite¹⁹⁸, per trovare quindi pieno svolgimento nei documenti O.N.U. che hanno accompagnato il sempre più generalizzato processo di decolonizzazione¹⁹⁹.

poeticamente, per R. Kipling il “*White Man’s burden*”, di cui nel 1899 egli invitava anche gli Americani a farsi carico nelle Filippine, consisteva nella necessità di vegliare su genti “*half-child*”.

¹⁹⁶ Si tende infatti a far risalire le origini dello stesso principio di autodeterminazione alla Dichiarazione di Indipendenza americana del 4 luglio 1776 (cfr., per tutti, D. THÜRER, T. BURRI, voce *Self-Determination*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008). Beninteso, occorrerebbe comunque tenere presente che quella indipendenza venne proclamata dai colonizzatori bianchi, e non certo dagli amerindi colonizzati, la cui condizione invero fondamentalmente peggiorò col venir meno della protezione inglese.

¹⁹⁷ Nei XIV punti si riconosceva espressamente il diritto alla “*independent determination*”, o alla “*political and economic independence*” o ad un “*autonomous development*”, di una serie di popoli bianchi e per lo più cristiani, già sudditi degli imperi zarista, asburgico ed ottomano, mentre per le questioni coloniali si diceva soltanto, ma per l’epoca era un passo in avanti di enorme portata, che la loro soluzione si sarebbe basata sul principio per cui “*the interests of the populations concerned must have equal weight with the equitable claims of the government whose title is to be determined*”. Invero, a Versailles si procedette poi ad una mera spartizione delle ex-colonie tedesche fra i vincitori, con l’utilizzo della nuova formula, anch’essa di chiara matrice privatistica, del Mandato della Società delle Nazioni, da esercitarsi, almeno teoricamente, in preparazione ad una futura indipendenza, mentre non ebbe alcun successo il tentativo egiziano di inviare una delegazione (in arabo *Wafd*) alla Conferenza di Pace per far valere direttamente il diritto all’autodeterminazione contro il protettorato britannico. Più in generale, è noto come gli sforzi dei negoziatori non condussero certo all’instaurazione di uno stabile ordine mondiale, ed anche come alle successive crisi abbia contribuito non poco proprio la punitiva distruzione degli imperi eurasiatici multinazionali, e la conseguente balcanizzazione che oggi qualcuno definirebbe “sovranista”, all’insegna di quella ricerca di “*clearly recognizable lines of nationality*”, che Wilson chiedeva, ad esempio, per il confine orientale italiano, ma che in buona parte dei casi in questione non potevano essere trovate, in quanto semplicemente inesistenti, ma semmai prodotte a forza di esodi e di scambi di popolazione. Si vedano al riguardo: J.M. KEYNES, *The Economic Consequences of the Peace*, London, 1919; D. FROMKIN, *A Peace to End All Peace: The Fall of the Ottoman Empire and the Creation of the Modern Middle East*, New York, 1989; R. GERWATH, *The Vanquished: Why the First World War Failed to End, 1917-1923*, London, 2016.

¹⁹⁸ Nell’*Atlantic Charter* del 14 agosto 1941 F.D. Roosevelt e W. Churchill, enucleando i principi di quello che sarebbe dovuto divenire il nuovo ordine mondiale dopo la sconfitta dei nazisti, proclamavano che cambiamenti territoriali si sarebbero realizzati solo “*with the freely expressed wishes of the peoples concerned*”, e, quando la guerra era ormai prossima alla fine, la Carta delle Nazioni Unite, siglata il 26 giugno 1945 a conclusione della Conferenza di San Francisco, includeva tra i suoi principi fondamentali, all’art. 1, comma 2, quello di “*self-determination*”, e ribadiva all’art. 76, lett. b, la meta finale di un “*progressive development towards self-government or independence*” come obiettivo del nuovo *International Trusteeship System* destinato a sostituire quello dei Mandati, con terminologia ancora una volta d’origine privatistica, ma orientata, essendo mutati i rapporti di egemonia culturale, verso le categorie del *common law*.

¹⁹⁹ Nemmeno i Trattati che seguirono alla fine della Seconda Guerra Mondiale avevano comportato, di per sé, particolari progressi da questo punto di vista, ed era stata anzi mantenuta in vita una parvenza di dominio coloniale persino in capo ad uno dei Paesi vinti, con la *Trusteeship* sulla Somalia (cfr. L.S. FINKELSTEIN, *Somaliland under Italian Administration: A Case Study in United Nations Trusteeship*, New York, 1955). I rapporti di forza erano però ormai definitivamente mutati e gli imperi europei si avviavano tutti verso un più o meno rapido declino, sino a che pure il diritto internazionale finì per adeguarsi alla nuova realtà. Così, al termine di un anno che aveva segnato un momento di particolare accelerazione di tale processo, con le diciassette indipendenze subsahariane che lo fecero definire “*Year of Africa*”, la Risoluzione 14 dicembre 1960, n. 1514, dell’Assemblea Generale dell’O.N.U. finalmente sanciva, senza voti contrari, che “*All peoples have the right to self-determination*” e che “*Inadequacy of political, economic, social or educational preparedness should never serve as a pretext for delaying independence*”, per cui “*Immediate steps shall be taken, in Trust and Non-Self-Governing Territories or all other territories which have not yet attained independence, to transfer all*

Frattanto, iniziava a porsi il problema di come la medesima impostazione potesse valere anche in quei rapporti interpersonali che avevano fornito il paradigma di diritto interno per le costruzioni che il nuovo diritto internazionale condannava in maniera progressivamente più decisa. Gli sviluppi del nostro diritto delle persone mostrano, infatti, l'emergere di una contrapposizione tra due paradigmi profondamente differenti, ed una tensione tuttora, almeno in parte, irrisolta fra di essi si riflette anche sulle scelte, o sulle mancate scelte, della legge 219 del 2017.

Il paradigma più risalente, pacificamente abbracciato dal Codice Civile nel 1942 ed imperante sino a pochi decenni fa, nella sostanza negava ogni rilievo giuridico all'autodeterminazione del minore, o comunque dell'incapace. Beninteso, era ormai superata l'impostazione romanistica che lo aveva assoggettato ad un potere di tipo dominicale, da esercitarsi cioè nell'interesse del titolare²⁰⁰, ed era in via di superamento pure quella moderna che ne funzionalizzava semmai l'esercizio a superiori interessi statuali²⁰¹, per cui la potestà finiva per poter essere configurabile come potere conferito

powers to the peoples of those territories, without any conditions or reservations, in accordance with their freely expressed will and desire, without any distinction as to race, creed or colour; in order to enable them to enjoy complete independence and freedom". Ad oggi la gran parte dei territori classificati in questi termini ha ottenuto l'indipendenza o un mutamento di *status*, ma vi sono tuttora problematiche aperte: la Risoluzione 22 giugno 2017, n. 71/292, dell'Assemblea Generale dell'O.N.U. ha rimesso il caso delle isole Chagos, dipendenti dalla Gran Bretagna, alla Corte Internazionale di Giustizia e le udienze sono iniziate il 3 settembre 2018. Peraltro, com'è ben noto, questioni di autodeterminazione possono essere sollevate anche nei più vari contesti diversi da quelli coloniali: dalla Scozia alla Catalogna, dalla Palestina al Kurdistan, dal Tibet alla Cecenia, etc.

²⁰⁰ Tale era stata certamente la *potestas* cui in diritto romano era sottoposto il *filius familias* di ogni età, che il *pater* poteva legittimamente uccidere, abbandonare o vendere non diversamente da come avrebbe fatto con uno schiavo. Le peggiori asprezze di tale sistema furono contenute già in età tardoantica, per l'influsso dei diritti degli altri popoli che acquisivano la *civitas*, o delle idee umanitarie di matrice stoica o cristiana, ma il tratto caratteristico che maggiormente colpiva gli antichi osservatori, cioè la durata perpetua dei poteri paterni sarebbe venuto meno, in Italia e nei *pays de droit écrit*, solo con la Rivoluzione. Cfr. G. LONGO, voce *Patria potestà (dir. rom.)*, in *Nss. D. I.*, XII, Torino, 1957, 575 ss.; A.M. RABELLO, *Effetti personali della "patria potestà". Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979; P. VOCI, *Storia della patria potestà da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 1980, 37-100; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Patria potestà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 243 ss.; G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestà*, Milano, 1984; P. VOCI, *Storia della patria potestà da Costantino a Giustiniano*, in *Studia*, 1985, 1-67; D. DALLA, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, in AA. VV., *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti VII Conv. intern. 16-19 ottobre 1985*, Napoli, 1988, 89 ss.; C. LORENZI, *Si quis a sanguine infantem... comparaverit: sul commercio di figli nel tardo impero*, Perugia, 2003; M. CAVINA, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, 2007.

²⁰¹ La formula dell'autorità maritale e paterna come "*magistrature domestique*", derivata da un passo di SENECA, *De beneficiis*, 3.11.2, si affermò, non a caso, con il modello rappresentato dalla codificazione napoleonica (cfr. X. MARTIN, *À tout âge? Sur la durée du pouvoir des pères dans le code Napoléon*, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1992, 227 ss.; ID., *Fonction paternelle et Code Napoléon*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 1996, 465-475; A. CAVANNA, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (ovvero il ritorno del flautista di Hamelin)*, in *Riv. stor. dir. it.*, 1994, 27 e ss.; A. DESRAYAUD, *Le père dans le Code civil, un magistrat domestique*, in *Napoleonica*, 2012, 2, 3-24). Correlativamente i diritti del padre sul patrimonio del figlio, in particolare l'antico usufrutto, potevano essere reinterpretati come "compenso" per l'esercizio della funzione (cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE, P.D. LOYNES, *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile. Delle persone*, trad. it., Milano, 1932, 176), mentre i suoi abusi potevano essere colpiti con la sanzione della *déchéance*, costruita in via pretoria stante la totale assenza di riferimenti nel *Code* francese sino alla riforma del 1889, ed invece codificata in Italia sulla base di modelli offerti dalla giurisprudenza dell'*Ancien Régime* e dall'*ABGB* austriaco, il che ai più reazionari poteva apparire come un'inaccettabile riduzione del padre a mero tutore (cfr. C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon. VI*,

nell'esclusivo interesse di chi vi fosse sottoposto²⁰². Ciò nondimeno, ad esprimere, valutare e gestire tale interesse era il titolare della potestà, o gli organi preposti a controllarne il corretto esercizio, e non già lo stesso interessato, la cui volontà era per l'appunto priva di rilevanza giuridica²⁰³. Tale configurazione consentiva dunque di distinguere, secondo linee formali nettamente tracciate, il soggetto pienamente capace, la cui volontà è idonea a tradursi in un valido precetto negoziale, dall'incapace di agire, la cui volontà deve essere invece sostituita, o almeno affiancata, da quella del titolare di un'autorità privata. Pertanto, laddove ciò non fosse possibile in ragione della natura personalissima dell'atto in questione, si ricadeva necessariamente in una situazione di radicale impossibilità di porre in essere validamente l'atto, e quindi, a ben vedere, di relativa incapacità giuridica del soggetto interessato²⁰⁴.

A coordinate sistematiche ben diverse si ispira invece il nuovo paradigma, progressivamente emerso con le riforme che hanno interessato le materie della filiazione e della protezione delle persone prive di piena autonomia, dapprima, in maniera dirimpente, negli Anni Settanta²⁰⁵ e poi, in modo meno drammatico, col nuovo Millennio²⁰⁶. Le nuove norme impongono, infatti, ai titolari di una posizione, configurata non più in termini di autorità bensì di responsabilità, di avere come primario punto di riferimento non solo l'interesse ma anche e soprattutto le aspirazioni, e cioè le volontà, del minore o

Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse; de la puissance paternelle, Paris, 1861, 289 ss.; M. CAVINA, *Il potere del padre*, Milano, 1995, 152 e 210-229).

²⁰² Una prevalenza del profilo doveroso su quello autoritativo emerge con le Costituzioni novecentesche: anzitutto quella di Weimar, il cui art. 120 definiva l'educazione della prole, finalizzata al suo sviluppo fisico, psichico e sociale come un "*oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern*", sul cui adempimento vigila lo Stato; quindi anche il nostro art. 30 cost. in base al quale "*è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio*". L'evoluzione da una concezione statualistica ad una paidocentrica è resa evidente dalle successive modifiche dell'art. 147 c.c.: il testo originario sanciva che educazione e istruzione dei figli "*devono essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista*"; dopo la caduta del regime l'art. 3, comma 2, del d.lgs.lgt. 14 settembre 1944, n. 247, sopprimeva le ultime parole; con la riscrittura di cui all'art. 29, comma 1, della l. 19 maggio 1975, n. 151, tali doveri andranno invece adempiuti "*tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*". Al riguardo si vedano, per tutti, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 10-12, e G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 218 ss.

²⁰³ Il concetto era espresso col massimo nitore, in tempi invero non così remoti, da A.C. PELOSI, *La patria potestà*, Milano, 1965, 171: «nessun rilievo può attribuirsi di per sé alla autodeterminazione del figlio... non può rinvenirsi un principio generale di tutela della libertà del minore nei confronti dell'investito della patria potestà».

²⁰⁴ Nell'impostazione tradizionale sono tipici esempi di atto personalissimo il matrimonio, il testamento, la donazione: in tali ipotesi, dunque, l'incapacità di agire si converte in incapacità giuridica (cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, 25). A proposito delle contraddizioni che si addensano attorno alla disciplina codicistica della capacità matrimoniale dei malati psichici si veda, però, G. FURGIUELE, *Il matrimonio dell'infermo di mente*, in *Quadr.*, 1986, 267 ss.

²⁰⁵ Per l'ambito familiare il riferimento è naturalmente alla già ricordata epocale riforma di cui alla l. 151 del 1975, mentre un radicale rinnovamento nella considerazione sociale e giuridica dei malati psichiatrici veniva segnato dalla l. 13 maggio 1978, n. 130, la cosiddetta Legge Basaglia, di abolizione dei manicomi civili.

²⁰⁶ Una sorta di, forse un po' tardivo, completamento delle riforme menzionate alla nota che precede si può riconoscere nella 9 gennaio 2004, n. 6, introduttiva dell'amministrazione di sostegno, che, pur non abrogandole, ha reso residuali le antiche interdizione ed inabilitazione, e poi nella riforma della filiazione di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219, ed al relativo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Va altresì menzionato il d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito in l. 30 maggio 2014, n. 81, recante disposizioni per il superamento anche dei manicomi criminali.

del beneficiario²⁰⁷, e coerentemente, per renderne possibile l'espressione ed il doveroso recepimento, hanno generalizzato la regola dell'ascolto del soggetto che, a prescindere da soglie formali, abbia quel concreto grado di discernimento che gli consenta di manifestarle²⁰⁸. L'orientamento oggi dominante ritiene dunque che le norme su rappresentanza ed assistenza riguardino bensì la sfera dell'autonomia negoziale patrimoniale, ma debbano risultare recessive laddove si tratti di consentire ad ogni soggetto l'esercizio delle libertà di diritto pubblico o dei diritti della personalità²⁰⁹. Sfumano così quelle distinzioni che erano sembrate così nette: possono aprirsi spazi di sostanziale capacità del soggetto formalmente incapace, mentre la duttilità delle nuove regole consente alla giurisprudenza di elaborare forme di autonomia assistita tali da consentire al beneficiario di porre in essere validamente atti personalissimi²¹⁰. E proprio in

²⁰⁷ In seguito alla riforma del 2012-2013 il fulcro del titolo dedicato, non più alla potestà ma, alla responsabilità genitoriale è rappresentato dall'art. 315 bis c.c., in base al quale i doveri nei confronti dei figli devono essere adempiuti "nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni", ed in tal senso è stato riformulato anche il predetto art. 147 c.c. Analogamente, ai sensi del nuovo art. 410, comma 1, c.c. introdotto dalla l. 6 del 2004, "l'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario", il quale ai sensi del successivo comma 2 può ricorrere al giudice tutelare in caso di "contrasto di scelte", nonché di negligenza dell'amministratore non solo "nel perseguire l'interesse" ma anche "nel soddisfare i bisogni e le richieste" del beneficiario stesso. In ambo i casi si passa dunque dall'esercizio di un potere autoritario, sia pure funzionalizzato, all'adempimento di un'obbligazione: cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. RIZZUTI, *Che cosa rimane delle potestà familiari?*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 187-215.

²⁰⁸ I nuovi artt. 315-bis, comma 3, c.c., e 316, comma 3, c.c., nonché il successivo art. 336-bis c.c. sanciscono infatti la regola dell'ascolto del minore che abbia compiuto dodici anni, o anche di età inferiore se capace di discernimento, in tutte le questioni che lo riguardano.

²⁰⁹ Da tempo la dottrina extra-civilistica segnalava come le limitazioni di capacità derivanti dall'età in campo privatistico non si ripercuotessero sull'esercizio delle libertà di diritto pubblico e poi sui diritti costituzionali (cfr. SANTI ROMANO, *L'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, ed ora in ID., *Scritti Minori*, II, Milano, 1950, 177 ss.; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 36), mentre più di recente si sta prospettando l'estensione ai minori anche del diritto di voto (cfr. G. TARLI BARBIERI, *Votare a sedici anni? Le implicazioni costituzionali nel caso italiano*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguiele*, Mantova, 2017, II, 265-282). Frattanto, tale dicotomia antisistemica veniva ricomposta dal progressivo affermarsi anche fra i civilisti, sull'onda delle ricordate riforme, di un'impostazione intesa ad emancipare l'esercizio dei diritti della personalità dalle soglie formali della capacità di agire: cfr. P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 447 ss.; M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, 54 ss.; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984; M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 103 ss.; M. CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007; G. LISELLA, *La minore età e la capacità di agire*, in ID., F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, Napoli, II, 1, 2012, 222; D. DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 699 ss.; F. GIARDINA, "Morte" della potestà e "capacità" del figlio, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1609-1620; F. AZZARRI, *Sull'età per costituire l'unione civile*, in www.familia.it, 29 marzo 2017; F. PAPINI, *Minori di età o minori diritti?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 2, 543 ss.

²¹⁰ La duttilità del nuovo istituto introdotto dalla l. 6 del 2004 ha consentito alla giurisprudenza di rivoluzionare la materia dei cosiddetti atti personalissimi. In materia matrimoniale, T. VARESE, 24 ottobre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 287 ss., con nota di R. RUSSO, *Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare*, ha autorizzato la beneficiaria, portatrice della sindrome di Down, a sposarsi «accompagnata» dal suo amministratore di sostegno, mentre CASS. 30 giugno 2014, n. 14794, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 3, 824, ha autorizzato l'amministratore ad impugnare il matrimonio del beneficiario. D'altra parte, T. MODENA, 26 ottobre 2007, in *Fam. e dir.*, con nota di F. ANELLI, *La separazione e il divorzio dell'infermo di mente*, ha autorizzato l'amministratore ad aderire, in luogo della beneficiaria, alla domanda di divorzio

tale contesto va collocata anche quella vicenda giurisprudenziale che ha rappresentato in un certo senso il precedente della nuova legge sul fine-vita²¹¹.

Delle linee di tendenza sono dunque chiaramente enucleabili, ma ciò non toglie che il passaggio da un paradigma codicistico, non del tutto abbandonato, ad un nuovo, che si presenta in maniera alle volte fluida se non disorganica, non si sia ancora concluso e che non manchino quindi zone grigie e questioni aperte. In particolare, è proprio la materia dell'autodeterminazione nel campo sanitario, cioè a quella sorta di sovranità sul proprio corpo che implica il diritto di decidere se e come ricevere trattamenti terapeutici²¹², a

congiunto, mentre T. CAGLIARI, 15 giugno 2010, in www.personaedanno.it, ha autorizzato l'amministratrice a proporre ricorso per separazione personale in nome e per conto della sorella beneficiaria, alla luce delle manifestazioni di volontà espresse da costei, a fronte del progressivo deterioramento del rapporto col marito, prima del sopraggiungere dalla causa incapacitante, e T. MILANO, 19 febbraio 2014, in www.ilmfamiliarista.it, ha accolto l'istanza dell'amministratore di nominare alla beneficiaria un curatore speciale per consentire alla stessa di avviare una causa di separazione (cfr. G.R. CLERICI, *L'amministratore di sostegno nella crisi del matrimonio: assistenza, sostituzione o rappresentanza del coniuge disabile?*, in *Foro pad.*, 2014, 4, 87-98). Quanto agli atti di ultima volontà, T. VARESE, 12 marzo 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 779 ss., con nota di S. LANDINI, *Autonomia testamentaria dei soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno e formalismo degli atti di ultima volontà*, è giunto persino ad autorizzare l'amministratore a redigere un testamento discutibilmente qualificato come olografo, sulla base delle volontà espresse dal beneficiario, affetto da S.L.A., tramite un puntatore oculare, mentre T. VERCELLI, 4 settembre 2015, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, 251 ss., con nota di M. RIZZUTI, *Capacità testamentaria e amministrazione di sostegno*, valutate le condizioni psichiche ed il contenuto dell'ipotizzato atto di ultima volontà, ha autorizzato il beneficiario a testare. Venendo alle liberalità, T. LA SPEZIA, 2 ottobre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 77 ss., con nota di G. DONADIO, *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*, ha autorizzato l'amministratore a donare un immobile in nome e per conto della beneficiaria, affetta dal morbo di Alzheimer, ad un nipote a vantaggio del quale la stessa aveva in più occasioni, quando le condizioni di salute erano migliori, manifestato, nell'ambito della cerchia familiare ed amicale, la volontà di trasferire il compendio, e T. TERAMO, SEZ. ATRI, 16 dicembre 2011, segnalata da S. MONOSI, N. TACCONE, *L'amministrazione di sostegno. Studio n. 623-2016/C*, del Consiglio Nazionale del Notariato, nt. 21, ha autorizzato l'amministratrice, moglie del beneficiario, a donare alla nipote, in nome proprio e del marito, l'immobile di cui i due erano comproprietari, sotto la condizione risolutiva dell'inadempimento dell'onere di assistenza che la donataria si assumeva, e con riserva dell'usufrutto, mentre più di recente T. VERCELLI, 19 febbraio 2018, in *Fam. e dir.*, 2018, 7, 647 ss., con nota di A. AMBANELLI, *La capacità di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno al vaglio della Corte Costituzionale*, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 774 c.c., *in parte qua*, ad avviso del giudice, tali soluzioni non consentirebbe, e pertanto mortificherebbe ingiustamente l'espressione della personalità della beneficiaria, violando quindi gli artt. 2 e 3 cost.

²¹¹ Com'è noto, un significativo orientamento della giurisprudenza di merito, a partire da T. MODENA, 28 giugno 2004, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 185 ss., con nota di M. BARNI, *L'amministratore di sostegno tra opzioni mediche e autonomia del paziente*, aveva riconosciuto l'ammissibilità di un potere sostitutivo in punto di decisioni circa il consenso o il rifiuto dei trattamenti sanitari, nonostante la natura personalissima dell'atto in questione, e CASS. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 1711, aveva recepito tale impostazione per decidere il celeberrimo caso di E. Englaro.

²¹² Già nell'antica Grecia si distingueva tra una medicina dialogica, volta a persuadere il paziente libero alla cura, ed una medicina tirannica, utile per rimettere coercitivamente in piena efficienza il paziente schiavo (cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 25), mentre secondo J. STUART MILL, *On liberty*, London, 1859, 22: "Over himself, over his or her own body and mind, the individual is sovereign". Oggi, la garanzia fondamentale di una siffatta posizione di libertà si rinviene, com'è noto, nel nostro art. 32, comma 2, cost., in base al quale solo la legge può imporre trattamenti sanitari obbligatori, ed anch'essa non può comunque farlo violando "i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Come evidenziato da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 256-259, qui i Costituenti, che avevano ben presenti le atroci vicende della medicina nazista, in seguito ad un intenso dibattito decisero di andare oltre il tradizionale modello liberale dell'*habeas corpus*, di cui ad esempio all'art. 13 cost., nel quale l'esercizio del potere pubblico viene limitato ai casi previsti dalla legge e posto sotto il controllo del giudice, ed imposero un divieto assoluto, attuando dunque quello che l'Autore definiva per l'appunto "un vero e proprio

presentare oggi alcuni ambiti di particolare problematicità, cui si può in questa sede soltanto accennare.

Basti pensare al groviglio fra autodeterminazione del minore, valutazioni dei genitori, anche in contrasto fra di loro, ed obblighi di fonte statale che sta alla base delle recenti polemiche in tema di vaccinazioni²¹³. Da una parte, si tratta dell'ipotesi paradigmatica di eccezionale compressione del diritto all'autodeterminazione sanitaria dell'individuo per ragioni di salute pubblica, e cioè non già in nome di un illiberale e paternalistico "dovere di essere sani", bensì allo scopo di contribuire all'eradicazione di certe patologie ed a proteggere la salute dei soggetti non vaccinabili grazie alla cosiddetta "immunità di gregge", operazione costituzionalmente legittima purché le conseguenze siano tollerabili e comunque indennizzabili²¹⁴. Dall'altra parte, va considerato che quando, come invero nella maggior parte dei casi, la vicenda riguarda bambini piccolissimi, più che di una questione di autodeterminazione, si tratta di uno scontro fra due eterodeterminazioni, quella statale e quella dei genitori *no-vax*, per cui la vera posta in gioco diviene l'equilibrio fra intervento collettivo e autonomia familiare nelle scelte che riguardano il minore²¹⁵. *Mutatis mutandis*,

trasferimento di potere, anzi di sovranità", tale da collocare la materia in discorso in un ambito "indecidibile" per l'ordinamento statale (cfr. anche P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 88). All'indomani di certe recenti polemiche, potrebbe colpire la constatazione che, durante il dibattito alla Costituente, il democristiano A. Moro si schierasse a favore della sovranità individuale, mentre i liberali G. Grassi e G. Martino vi vedevano un'indebita ingerenza nelle competenze del legislatore: tutto però si spiega agevolmente, se consideriamo che il problema concreto all'epoca sotteso a tali opzioni di fondo non era quello dell'idratazione ed alimentazione artificiali, ancora di là da venire, ma semmai quello delle sterilizzazioni eugenetiche, che la Chiesa cattolica aveva sempre avversato, mentre in vari contesti nordeuropei ed americani erano potute sembrare progressiste.

²¹³ Il riferimento è ai dibattiti che hanno accompagnato, e tuttora accompagnano, le vicende applicative del controverso d.l. 7 giugno 2017, n. 73, convertito con modificazioni in l. 31 luglio 2017, n. 119, che ha reintrodotta l'obbligatorietà di tutta un'ampia serie di vaccinazioni. Si vedano al riguardo: AA. VV., *Forum: Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *Rivista di Biodiritto*, 2017, 2, 15 ss.; M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 2, 455-482; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, 239 ss.; S. VICIANI, *Il decreto-legge "vaccini": uno spunto per riflettere sull'autodeterminazione individuale e l'obbligatorietà nei trattamenti sanitari*, in giustiziacivile.com, 6 aprile 2018; A. VALLINI, *Vaccine hesitancy ed obbligo vaccinale - Un dilemma medico-giuridico nell'era della "post-verità". La questione della responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1, 187-215; D. AMRAM, *Responsabilità genitoriali e vaccini*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1, 279-288; L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Diritto e Salute*, 2018, 3, 1-35; M. RENNA, *Vaccinazioni obbligatorie: tutela del minore e responsabilità genitoriale*, in *Diritto e Salute*, 2018, 3, 36-47.

²¹⁴ Cfr. CORTE COST. 22 giugno 1990, n. 307, in *Giur. cost.*, 1990, 1874, con nota di F. GIARDINA, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e "responsabilità" dello Stato*; nonché P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Id.*, *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli 2005, 124).

²¹⁵ Il primo caso americano in cui la Corte Suprema riconobbe la costituzionalità degli obblighi vaccinali imposti dallo Stato durante un'epidemia di vaiolo, a fronte della contestazione di un cittadino che li riteneva incompatibili col suo status di "freeman" (*Jacobson vs. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 25 S.Ct. 358, 20 febbraio 1905), venne poi utilizzato dalla stessa Corte per fondarvi la legittimità delle sterilizzazioni obbligatorie dei disabili mentali a scopo eugenetico, intervento reputato anch'esso sicuro e di interesse pubblico, in quanto inteso ad impedire la moltiplicazione di persone che rappresentavano un costo sociale ed un potenziale pericolo (*Buck vs. Bell*, 274 U.S. 200, 2 maggio 1927). Il celebre giudice *liberal* O.W. Holmes jr, estensore della *majority opinion* che si concludeva proclamando "three generations of imbeciles are enough", preferì infatti puntare sull'analogia con le profilassi vaccinali e sorvolare su altri precedenti, rispetto ai primi dei quali aveva, del resto, a suo tempo dissentito, ed in cui, con una reazione conservatrice e individualista contro certe tendenze in senso più collettivista, si era invece affermata l'idea che "the child is not the mere creature of the State", e sono

un ragionamento analogo vale per i casi in cui vengono invece in rilievo le antitetiche posizioni degli stessi genitori, specie se il problema viene a porsi in un contesto di crisi familiare conflittuale: del resto, ove così non sia, finisce per divenire problematica la stessa comminatoria nei confronti dei genitori, in quanto, se vogliamo prendere sul serio il passaggio dall'autorità alla responsabilità genitoriale, non è affatto agevole giustificare una sanzione inflitta per l'omessa costrizione di un "grande minore" a subire un trattamento sanitario.

Si pensi, inoltre, alle delicate problematiche che si prospettano in tutti quei casi in cui l'autodeterminazione sanitaria interseca il diritto all'identità personale, come accade di fronte alle discutibilissime prassi mediche della sterilizzazione delle persone disabili²¹⁶ o

pertanto incostituzionali leggi che impongano ai genitori come educare i propri figli, proibendo l'insegnamento della lingua del Paese d'origine, fosse anche il nemico germanico (*Meyer vs. Nebraska*, 262 U.S. 390, e *Bartels vs. Iowa*, 262 U.S. 404, 23 giugno 1923), o l'istruzione in scuole private religiose (*Pierce vs. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 1 giugno 1925): si vedano al riguardo B.B. WOODHOUSE, *Who Owns the Child? Meyer and Pierce and the Child as Property*, in *William & Mary L. Rev.*, 1992, 995-1122; W.G. ROSS, *Forging New Freedoms: Nativism, Education, and the Constitution, 1917-1927*, Lincoln (NE), 1994; W.K. MARINER, G.J. ANNAS, L.H. GLANTZ, *Jacobson v Massachusetts: It's Not Your Great-Great-Grandfather's Public Health Law*, in *Am. J. Public Health*, 2005, 581-590; P.A. LOMBARDO, *Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, the Supreme Court, and Buck v. Bell*, Baltimore (MD), 2010. In tempi molto più vicini a noi, è stato sottoposto alla Corte di Strasburgo, e risulta tuttora pendente, un ricorso che contesta la legittimità dell'obbligo vaccinale dal punto di vista del diritto al rispetto della vita privata e familiare e di quello alla libertà di coscienza dei genitori, protetti dagli artt. 8 e 9 Conv. EDU (*Vavříčka et autres c. République tchèque*, n. 47621/13), ed è noto come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbia già avuto occasione di sposare opzioni valoriali più individualistiche e meno collettivistiche di quelle fatte proprie pure da legge e giurisprudenza italiane, ad esempio in materia di proprietà, con le sentenze sull'occupazione acquisitiva della P.A. o quella ancor più emblematica in tema di "beni comuni" (CEDU, 23 settembre 2014, *Valle Pierimpiè società agricola s.p.a. c. Italie*, ric. 46154/11), ma anche con specifico riferimento ai diritti genitoriali, con la condanna della prassi dei nostri giudici minorili di disporre l'allontanamento dei figli dalle famiglie ritenute inadeguate in ragione di condizioni di debolezza socio-economica, pur in assenza di situazioni di pericolo grave, quali abusi o violenze (CEDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italie*, ric. 33773/11).

²¹⁶ Si è già accennato alle leggi eugenetiche che tali interventi imponevano: oggi non vi sono dubbi sulla inammissibilità, alla luce delle convenzioni internazionali sui diritti umani, di norme che li prescrivano su basi etniche, come la Corte di Strasburgo ha recentemente avuto modo di chiarire con riguardo alle pratiche recentemente implementate dalle autorità sanitarie slovacche allo scopo di imporre trattamenti di sterilizzazione più o meno forzata alle donne di etnia Rom (cfr. CORTE EUR., 28 aprile 2009, *K.H. & Others vs. Slovakia*; ID., 8 novembre 2011, *V.C. vs. Slovakia*; ID., 12 giugno 2012, *N.B. vs. Slovakia*; ID., 13 novembre 2012, *I.G., M.K. & R.H. v. Slovakia*, tutte in www.echr.coe.int). Quanto alle persone disabili, però, prassi analoghe non sono affatto scomparse, sebbene non vengano più giustificate in nome della tutela della stirpe contro tare ereditarie, bensì appellandosi ai "best interests" dello stesso paziente, formula che invero ricorreva già nel *Virginia Sterilization Act of 1924* del caso *Buck vs. Bell*, e che tuttora ricorre nelle argomentazioni delle Corti di vari Paesi quali la Spagna, la Gran Bretagna o la Francia, che, pur in assenza di norme che rendano cogente l'intervento, spesso accolgono le richieste in tal senso, avanzate da genitori, tutori, ospedali ed altre istituzioni, per proteggere gli, o più di frequente le, incapaci dal rischio di generare figli di cui non sarebbero in grado di prendersi cura, così privandole paternalisticamente dal diritto alla genitorialità (cfr. *Ending forced sterilisation of women and girls with disabilities*, rapporto congiunto dello *European Disability Forum* e della *CERMI Women's Foundation*, adottato nel febbraio 2017). Nel nostro Paese vanno, invece, segnalate la condanna espressa dal Comitato Nazionale per la Bioetica, col parere *Il problema bioetico della sterilizzazione non volontaria*, del 20 novembre 1998, e più di recente il risoluto intervento di un giudice tutelare che ha fermamente rigettato una richiesta di questo tipo, traendone anzi motivo per sospendere il tutore dal suo ufficio, mentre il medico che si era espresso in senso favorevole è stato segnalato ai competenti organi disciplinari (cfr. T. CATANZARO, 18 novembre 2013, in www.personaedanno.it, con nota di S. ROSSI, *Per il suo bene: note sulla sterilizzazione coatta dell'interdetta*).

della normalizzazione chirurgica dei neonati intersessuali²¹⁷, ovvero ai dubbi in ordine all'accesso degli adolescenti con disforia di genere ai trattamenti di transizione²¹⁸, ma anche, da un diverso punto di vista, nei casi in cui interventi sul corpo del minore

²¹⁷ Sul presupposto che sarebbe comunque nell'interesse del nato intervenire sul suo corpo per evitargli un'esistenza "mostruosa" (cfr. E.K. FEDDER, *Beyond Good Intentions*, in *Narrative Inquiry in Bioethics*, 2015, 2, 133-138), la prassi medica è di trasformare i genitali ambigui in femminili, essendo tale operazione più agevole tecnicamente, a prescindere sia dal sesso cromosomico sia dall'orientamento della persona, che un neonato non potrebbe certo manifestare: cfr. L. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 4, 597-636, il quale assume una posizione drasticamente critica al riguardo e paragona l'ipotesi alle mutilazioni genitali femminili, tipiche di alcune culture africane e da sempre criticate in Occidente. La giurisprudenza ha avuto poche occasioni di pronunciarsi su queste problematiche: con una decisione di dubbia compatibilità con i principi costituzionali, TRIB. MIN. POTENZA, 29 luglio 1993, in *Dir. fam. pers.*, 1993, II, 1199, arrivò a sospendere dalla potestà i genitori che esitavano a procedere con gli interventi chirurgici sul figlio ermafrodito, che venne affidato alla USL affinché, d'intesa con un curatore speciale nominato all'uopo, si provvedesse in tal senso, agendo sul corpo del minore in maniera tale da "riportarlo a normalità anche sul piano scolastico e sociale". Il Comitato Nazionale di Bioetica, col parere *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici* del 28 febbraio 2010, pur ritenendo tali interventi medici leciti e persino doverosi, ha però auspicato che si evitino mutilazioni e sterilizzazioni non necessarie, ammettendo che in casi eccezionali sia opportuno non procedervi immediatamente ma posticiparli, e quindi coinvolgere il minore nella decisione, e suggerendo di riformare l'ordinamento di stato civile, con l'introduzione di un'annotazione circa la patologia del neonato, da affiancare all'attribuzione del sesso in modo da legittimare l'interessato ad ottenerne poi l'eventuale rettifica tramite una procedura semplificata. Il d.d.l. Lo Giudice, n. 405, presentato al Senato il 9 aprile 2013, e mai approvato, nel contesto di una complessiva riforma della disciplina in tema di modifica dell'attribuzione di sesso, all'art. 13, significativamente rubricato "*Diritto all'autodeterminazione del sesso*", proponeva di proibire gli interventi sui neonati intersessuali, con l'unica eccezione dei casi in cui essi siano resi necessari da situazioni di pericolo di vita o da esigenze attuali di salute fisica tali da escludere la possibilità di un rinvio, ed un divieto degli interventi sui minori intersessuali è stato frattanto introdotto a Malta, con la legge sull'identità di genere del 14 aprile 2015, n. 11. In proposito si vedano anche G. CERRINA FERONI, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, 2, 303-341, ed A. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, 2, 109-127, nonché EAD., a cura di, *Focus. Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'inceppamento del sistema*, in *GenIus*, 2018, 1, 5-58.

²¹⁸ Di solito la disforia di genere si manifesta già in età prepuberale, per cui può darsi che sia un minore a manifestare la volontà di intraprendere una transizione sessuale, o almeno di sottoporsi ad un trattamento reversibile di sospensione della pubertà che renderebbe meno problematica una transizione in età adulta (cfr. S. GIORDANO, N. VETTORI, *Aspetti etici e giuridici del trattamento medico degli adolescenti con disforia di genere*, in D. DOTTORE, J. RISTORI, P. ANTONELLI, a cura di, *La disforia di genere in età evolutiva. Implicazioni cliniche, sociali ed etiche*, Roma, 2015, 177-209). Nel silenzio della l. 14 aprile 1982, n. 164, la giurisprudenza risalente non ammetteva una sostituzione da parte dell'esercente la potestà, in ragione della natura personalissima dell'atto in questione, che rimaneva dunque precluso ai minori (cfr. T. CATANIA, 17 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, 4, 1109, con nota di L. FAMULARO). Una pronuncia più recente ha invece ritenuto che i genitori possano validamente consentire ad un intervento considerato suscettibile, specie se effettuato per tempo, di giovare alla salute fisiopsichica del minore, e possano quindi richiedere l'autorizzazione in rappresentanza del figlio, che dovrà comunque essere sentito personalmente dal giudice per l'accertamento della sua effettiva volontà (T. ROMA, 11 marzo 2011, in *Fam. e dir.*, 2012, 500, con nota di M.G. RUO, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*). Ulteriori problemi si possono porre qualora non vi sia accordo tra i genitori sul punto, o la volontà manifestata dal figlio risulti in contrasto con quella di entrambi (cfr. A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 77; L. VIZZONI, *Transessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore*, in *Famiglia*, 2016, 1-2, 109). Il predetto d.d.l. Lo Giudice, proponeva anche di procedimentalizzare la modifica dell'attribuzione di sesso dei minorenni, disciplinando un apposito ricorso al giudice tutelare. Più di recente, il Comitato Nazionale di Bioetica, col parere *In merito alla richiesta di AIFA sulla eticità dell'uso del farmaco triptorelina per il trattamento di adolescenti con disforia di genere* del 13 luglio 2018, si è espresso in termini favorevoli con riferimento alle terapie di sospensione della pubertà, raccomandando di verificare la piena consapevolezza del consenso informato espresso dal minore.

vengano posti in essere, o al contrario rifiutati, non per motivi sanitari ma in ragione di opzioni culturali dei genitori²¹⁹.

2. Il nuovo quadro della legge 219 del 2017

È su questo sfondo che va collocato l'intervento della legge 219, una ricostruzione normativa che ci sembra possibile definire in un certo senso a metà del guado, se la osserviamo attraverso il prisma del processo storico che abbiamo tentato di schematizzare col riferimento ai due paradigmi. Ne deriva un quadro denso di tensioni, se non anche di contraddizioni.

Il primo articolo del testo legislativo in esame si apre, invero, sancendo il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione sanitaria, con tutta la sua valenza anche costituzionale, in capo ad ogni persona. Se dovessimo fermarci a tale enunciazione di apertura, potremmo anche, sulla scorta della più recente impostazione sistematica richiamata pocanzi, dedurre che l'esercizio di un siffatto diritto fondamentale della personalità compete per l'appunto a tutti i soggetti dell'ordinamento. Senonché il successivo comma 5 ci consegna un precetto di segno diametralmente opposto, in cui il diritto a rifiutare le terapie, che dell'autodeterminazione sanitaria è evidentemente parte essenziale, viene riservato ai soli soggetti capaci di agire. Nella prima disposizione ritroviamo dunque un afflato universalistico e costituzionalmente orientato, nella seconda la tradizionale restrizione codicistica della capacità sulla base di soglie formali^{220 221}.

²¹⁹ Si è già fatto riferimento alle mutilazioni genitali femminili, praticate soprattutto tra gli immigrati africani, rispetto al quale il nostro legislatore penale è intervenuto in maniera draconiana con l'introduzione degli artt. 583 bis e 583 ter c.p. ad opera della l. 9 gennaio 2006, n. 7, ma in altri Paesi è stata recentemente messa in discussione pure la liceità della circoncisione maschile, tipica delle religioni islamica ed ebraica (C. CARON, *Bill Banning Circumcision in Iceland Alarms Religious Groups*, in *The New York Times*, 28 febbraio 2018; A.E. BERKOWITZ, *Ongoing War for the Covenant: Norwegian Hospitals Refuse to Circumcise Male Infants*, in www.breakingisraelnews.com, 15 luglio 2018; J. GREVE, *The German debate on male circumcision and Habermas' model of post-secularity*, in *Bioethics*, 20 ottobre 2018): invero, in tale ipotesi il problema non riguarda tanto la salute, posto che la pratica non è neanche lontanamente comparabile a quella femminile sul piano della lesività fisica, quanto piuttosto il profilo dell'identità personale, che il rito ha per l'appunto lo scopo di imprimere indelebilmente nella carne di un soggetto che non ha certo espresso alcuna determinazione al riguardo (cfr. R.J.L. DARBY, *The child's right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision?*, in *J. Med. Ethics*, 2013, 463-468). Nella medesima area problematica può rientrare poi anche l'ipotesi inversa, quella in cui i genitori, in ottemperanza ad un precetto religioso o ad altra loro convinzione ideologica, neghino il consenso a determinate terapie disponibili per il minore, come nel caso del rifiuto delle trasfusioni di sangue da parte dei Testimoni di Geova: si veda in proposito S. CACACE, *Autodeterminazione dei minori e trattamenti sanitari. Il caso del rifiuto alle cure per motivi religiosi*, in D. AMRAM, A. D'ANGELO, a cura di, *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, 2011, 359 ss.

²²⁰ Si riportano per comodità del lettore, dal testo dell'art. 1 della legge 219, il comma 1: "*La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge*", e l'incipit del comma 5: "*Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso*". Con riferimento a questo perdurante ancoraggio alle categorie astratte della capacità di agire G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 2, 123 parla di "eccessiva timidezza" del legislatore.

A tentare un bilanciamento fra queste due impostazioni, che sono evidentemente figlie dei due paradigmi su cui ci siamo soffermati, risulta quindi destinato, nella sistematica della legge 219, il fondamentale art. 3, in cui la prospettiva nuova sembra nettamente prevalere su quella tradizionale. Infatti, l'incapacità di agire con riguardo ad un atto personalissimo come quello di esercizio del diritto all'autodeterminazione sanitaria, cioè l'espressione o il diniego del consenso informato alle terapie, non si traduce in incapacità giuridica, ma viene superata col riconoscimento di un potere sostitutivo in capo al soggetto investito di un ufficio di diritto privato. Peraltro, in piena coerenza con le ricordate riforme, tale soggetto non dovrà solo valutare l'interesse della persona affidata alle sue cure, ma anzitutto tenere conto della sua volontà, dignità e livello di discernimento. Infatti, pur non riconoscendo in maniera diretta un diritto all'autodeterminazione sanitaria da esercitare in prima persona, la disciplina arriva molto vicino a tale esito, riconoscendo un diritto alla valorizzazione delle proprie capacità decisionali, all'informazione ed all'espressione di una propria volontà, di cui sarà poi obbligatorio tenere conto, tutti elementi che fanno riferimento al parametro concreto dell'effettivo discernimento o, in termini più tradizionali, capacità naturale, e non alle classiche soglie formali, connesse all'età o a provvedimenti dell'autorità, tipiche della capacità di agire²²².

²²¹ Incidentalmente, è possibile osservare come la sottolineatura del carattere consensuale e relazionale del rapporto medico-paziente, che del principio di autodeterminazione è, a ben vedere, un corollario e che emerge con particolare evidenza dall'art. 1, comma 2, per cui "è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico", si presta anche a fornire un supporto argomentativo per sostenere che il maldestro tentativo della l. 8 marzo 2017, n. 24, la cosiddetta Legge Gelli-Bianco, di reimpostare in termini extracontrattuali la responsabilità del medico, impedendo solo in questo campo di ricorrere alla teoria del contatto sociale, debba considerarsi già tramontato, essendo appunto subentrata la successiva l. 219 del 2017 (cfr. N. TODESCHINI, *Gelli-Bianco: dopo la legge sulle DAT addio definitivo al doppio binario*, in www.personaedanno.it, 11 maggio 2018).

²²² Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 219: "La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà". Viene quindi specificato che il consenso informato ai trattamenti sanitari dovrà essere espresso o rifiutato, a seconda dei casi, dall'esercente la responsabilità genitoriale o tutoria "tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità" (comma 2), dal tutore "sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità" (comma 3), dall'amministratore di sostegno, ove munito in materia sanitaria di poteri di rappresentanza, nella cosiddetta amministrazione sostitutiva ex art. 405, comma 5, n. 3, c.c., o assistenza, in quella cosiddetta concorrente ex art. 405, comma 5, n. 4, c.c., sempre "tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere" (comma 4). Alla luce della complessa vicenda che ha preceduto l'approvazione della legge (cfr. per ulteriori riferimenti D. CARUSI, *Tentativi di legiferare in materia di testamento biologico. Un dibattito da rianimare*, Torino, 2016), emerge la netta distanza rispetto alle previsioni del ben più paternalistico art. 2 del cosiddetto d.d.l. Calabrò, approvato solo in prima lettura il 26 marzo 2009, in base al quale il rappresentante avrebbe dovuto bensì attentamente ascoltare quanto espresso dal rappresentato, ma poi comunque decidere "avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute dell'incapace", e dando quindi pieno rilievo all'interesse di quest'ultimo e nessuno alla sua volontà. Oggi invece, secondo l'icastica espressione di M. FOGLIA, *op. cit.*, 92: "il rappresentante è il «ventriloquo» della persona incapace, dà voce ai suoi desideri, al massimo se ne fa interprete, ma è indissolubilmente legato e vincolato all'interesse del rappresentato". Si veda al riguardo anche G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 1, 46-52. In tale prospettiva assume notevole importanza il problema delle modalità impiegabili per rilevare le volontà della

Da questo punto di vista sono significative anche la rubrica e la formula d'apertura dell'articolo, nelle quali si affiancano minori ed incapaci, per cui potrebbe anche sembrare che nella *mens legislatoris* non si tratti di categorie necessariamente collimanti o meglio ricomprese la prima nella seconda, giacché altrimenti, a rigore di termini, sarebbe bastato menzionare quest'ultima, e subito dopo si richiama, certo non a caso, proprio il comma 1 del ricordato art. 1. Peraltro, collocando la disciplina nell'odierno quadro sistematico delle misure di protezione delle persone non del tutto autonome, quadro rispetto al quale, come si è detto, essa si dimostra pienamente coerente, si potrebbe parlare di una piena capacità in materia sanitaria del soggetto formalmente incapace, e quindi di un diretto esercizio del suo diritto all'autodeterminazione senza neanche la mediazione dell'ulteriore soggetto tenuto a rispettarne la volontà, per quelle ipotesi suscettibili di rientrare nella nuova nozione di atti della vita quotidiana²²³.

Un'impostazione differente si ritrova invece nel successivo art. 4, dedicato alla disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento, le cosiddette DAT, che possono provenire solo da persone maggiorenni e capaci di intendere e di volere: si può quindi notare una discrasia nei criteri utilizzati. Per le persone maggiori d'età si guarda, anche in questo caso, ad un parametro concreto e non, a quanto pare, alla capacità di agire in senso formale, per cui, secondo il tenore letterale della disposizione, un interdetto in un momento di lucido intervallo potrebbe esprimere valide DAT. Invece, per quanto riguarda i minorenni, è solo una soglia formale a risultare decisiva, senza che il concreto livello di discernimento del soggetto interessato assuma alcun rilievo, né residui spazio per forme di intervento sostitutivo altrui o di autonomia assistita²²⁴.

Ad ogni modo, la legge è totalmente silente con riguardo al regime della patologia, per cui in tali casi, come anche a fronte del difetto delle forme prescritte, occorrerà domandarsi se e quale efficacia possa avere una DAT invalida ma non ancora impugnata, nonché chi sia legittimato a tale impugnazione²²⁵. Peraltro, anche a fronte di una DAT già

persona cui occorre dare voce, e del contributo che possono offrire al riguardo gli sviluppi delle neuroscienze: cfr. C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 330 ss., e L. TAFARO, *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, 3, 251-272.

²²³ Ai sensi dell'art. 409, comma 2, c.c. il "beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana", principio che ci sembra ragionevolmente estensibile, *a fortiori*, al minore dotato di discernimento. Fra tali atti E. PALMERINI, voce *Atto della vita quotidiana*, in *Enc. dir., Ann. X*, Milano, 2017, 95 e 101, include anche alcune ipotesi che rientrano nella sfera medico-sanitaria, quali ad esempio, la richiesta di prescrizioni farmaceutiche, il prelievo ematico, il ritiro di analisi o referti, la visita routinaria, per le quali andrebbe dunque esclusa la necessità di una sostituzione del diretto interessato.

²²⁴ L'art. 4, comma 1, della legge 219 prevede infatti che: "Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie". Come osserva M. FOGLIA, *op. cit.*, 188, richiamando quanto a suo tempo argomentato in prospettiva *de jure condendo* da P. RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 21 ss., sarebbe stato preferibile prevedere come criterio unitario quello della capacità naturale, senza escludere il "grande minore" capace di discernimento.

²²⁵ Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare, sulla base di più generali tendenze sistematiche della materia negoziale, che per i difetti di capacità di cui al predetto art. 4, comma 1, operi un meccanismo di annullabilità, con potere di impugnazione riservato al soggetto protetto, laddove per la carenza delle forme prescritte dal

vittoriosamente impugnata, o di cui si ritenesse in ipotesi non necessaria l'impugnazione ai fini del diniego di efficacia, o comunque di una volontà anteriormente espressa dal paziente ma non riconducibile al modello legale, ci si potrebbe chiedere se e quando, pur in assenza di quel vincolo per il medico che le nuove norme hanno introdotto, il professionista possa comunque, alla stregua dei canoni deontologici, tenerne conto, andando esente da responsabilità²²⁶. In valutazioni di questo genere, ove le si ritenga prospettabili, tornerebbe con ogni probabilità a giocare un ruolo di primo piano, alla luce delle coordinate sistematiche che si sono ricordate, anche la considerazione del concreto livello di discernimento dell'autore dell'atto.

Qualche indicazione a favore di quello che potremmo considerare un principio di conservazione della DAT, coerente con quello che più in generale vale per ogni atto di autonomia, si potrebbe trarre anche dalla un po' più esplicita disciplina che attiene ai vizi attinenti alla capacità non già del suo autore, bensì del fiduciario che con la stessa venga nominato. Anche in tal caso, si prescrive, reiterando la discrasia dei criteri di riferimento, che debba trattarsi di soggetto maggiorenne e capace di intendere e volere, ma questa volta viene presa in considerazione anche almeno qualcuna delle ipotesi patologiche prospettabili. Si prevede infatti che, nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità del nominato, equiparata a quelle di una sua rinuncia o decesso, la DAT conservi efficacia per quanto riguarda la manifestazione delle volontà del suo autore in merito alle scelte terapeutiche, mentre alla caducazione della sola parte relativa all'indicazione del fiduciario potrà supplire il giudice tutelare provvedendo, se del caso, alla nomina di un amministratore di sostegno²²⁷. Nulla invece si dice con riguardo alle ipotesi di un vizio originario, sussistente

successivo comma 6, venendo in rilievo una più generale esigenza di certezza, si potrebbe parlare di nullità assoluta, azionabile da qualunque interessato, mentre per le ipotesi di DAT apocrife, che non abbiamo pertanto niente a che fare con la volontà del preteso dichiarante, non resterebbe che fare riferimento all'inesistenza. In realtà, distinzioni così rigide non sono esatte neanche a livello codicistico, come può dimostrare, proprio in materia di vizi formali del testamento, l'anomala annullabilità, prescrittibile ma assoluta, di cui all'art. 606 c.c., mentre in ambito contrattuale le nullità formali protettive, e quindi relative, non sono più una novità (cfr. almeno G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995). Ad ogni modo, l'estensione alla nostra tematica di categorie elaborate con riguardo all'autonomia negoziale patrimoniale andrebbe sempre ponderata con grande attenzione, senza indulgere a semplicistici automatismi.

²²⁶ A ben vedere, la questione coincide con quella, in passato dibattutissima, del valore che le disposizioni anticipate di trattamento potevano assumere prima dell'entrata in vigore della nuova legge, solo in forza di una *Drittwirkung* dei principi generali di rango costituzionale ed internazionale (cfr., anche per ulteriori riferimenti, G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, 163-204). Quel medesimo livello di efficacia che si poteva riconoscere in assenza di ogni disciplina positiva, potrebbe infatti essere ragionevolmente riconosciuto pure a quelle ipotesi che oggi fuoriescano dall'ambito regolato dalle nuove norme. Tra i primi interpreti della nuova normativa è stata pure avanzata, con riferimento ai requisiti di forma ma con un'argomentazione ragionevolmente utilizzabile anche in tema di capacità, la proposta di un radicale superamento delle scelte restrittive del legislatore, in quanto l'art. 32 cost. imporrebbe comunque al medico di rispettare il dissenso manifestato dal paziente, purché ragionevolmente certo (cfr. M. DI MASI, *Prima lettura della legge recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"*, in www.diritticomparati.it, 8 gennaio 2018, il quale si richiama a P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 1, 22): a nostro avviso, però, un esito del genere potrebbe essere raggiunto appieno solo in seguito ad un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni in esame.

²²⁷ Ai sensi dell'art. 4, comma 4, della legge 219: "*Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile*".

cioè al momento della nomina o forse meglio della sua accettazione, per cui può ragionevolmente ritenersi applicabile il medesimo disposto, ed a quelle di un sopravvenuto venir meno del vizio, qualora ad esempio il designato compia i diciotto anni o guarisca dalla sua condizione di incapacità naturale, fattispecie alle quali invero, richiamandosi al predetto principio di conservazione, si potrebbe, altrettanto ragionevolmente, arrivare a riconoscere un effetto sanante.

Nessun riferimento esplicito al profilo della capacità è dato infine rinvenire nell'art. 5, dedicato alla pianificazione condivisa delle cure. La fattispecie potrebbe essere considerata riconducibile a quella della manifestazione del consenso ad un trattamento sanitario, e quindi assoggettata al regime di cui all'art. 3, il che renderebbe pertanto ammissibile un intervento sostitutivo ispirato al criterio del rispetto della volontà dell'interessato sulla base del suo concreto livello di discernimento. Senonché, trattandosi di un consenso espresso in via comunque anticipatoria, la legge parrebbe piuttosto accostarlo all'ipotesi della DAT e dunque al diverso regime dell'art. 4, al quale l'ultimo comma rinvia per ogni aspetto non espressamente disciplinato, per cui, seguendo tale impostazione, lo strumento finirebbe per risultare precluso alle persone minori di età²²⁸.

3. *Primi casi applicativi*

Il quadro sin qui sommariamente delineato, dominato dall'ancora irrisolta tensione fra i menzionati paradigmi di fondo, appare dunque denso di incertezze, e, come si accennava in apertura, è proprio sui profili dell'incapacità che si è registrata la necessità dei primi interventi giudiziali riferibili alla nuova legge. Del resto, ciò non deve stupire: nonostante il maggior clamore mediatico suscitato, la parte della normativa dedicata al biotestamento ha in realtà minore rilevanza applicativa²²⁹, almeno per il momento, in quanto ad avvalersi dello strumento sarà una minoranza di soggetti particolarmente consapevoli delle problematiche implicate, e comunque le questioni pratiche da affrontare si presenteranno solo in futuro, magari tra anni, se e quando le ipotizzate situazioni di infermità dovessero concretizzarsi. Al contrario, i problemi dell'autodeterminazione sanitaria delle persone non pienamente autonome, in assenza di preve indicazioni dell'interessato, si presentano *hic et nunc*, in tutta la loro complessità e delicatezza, potendo scatenare conflitti di

²²⁸ La normativa di cui all'art. 5 della legge 219 presenta invero alcune ambiguità: i primi quattro commi si richiamano al consenso informato ed all'art. 1 della legge, mentre il successivo comma 5 sancisce che “*per quanto riguarda gli aspetti non espressamente disciplinati dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 4*”. Pertanto, in ragione dell'assenza di esplicite previsioni in punto di capacità, G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine*, cit., 140, ha potuto sostenere che anche minori ed incapaci abbiano diritto di partecipare ad una pianificazione condivisa delle cure.

²²⁹ A ben vedere, lo stesso era accaduto con l'altra recente legge “eticamente sensibile”, quella del 20 maggio 2016, n. 76, la cosiddetta Legge Cirinnà: l'attenzione mediatica ed il dibattito politico si sono infatti largamente concentrati sulla prima parte, dedicata alle unioni *same-sex*, ed in particolare sulle questioni attinenti alla filiazione, benché sia la seconda parte, sulle convivenze cosiddette di fatto, quella suscettibile di incidere concretamente sulla vita di un ben più elevato numero di persone (cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in giustiziavivile.com, 12 maggio 2016).

valutazione all'interno dello stesso ambito familiare²³⁰, per cui rappresentano davvero il primo banco di prova dell'applicazione dei principi fatti propri dalla nuova legge.

Nemmeno deve stupire che i primi approcci giurisprudenziali divergano, in una materia in cui le precomprensioni dell'interprete assumono inevitabilmente un peso anche maggiore di quello che, a ben vedere, hanno in ogni attività ermeneutica, mentre il quadro normativo manifesta le non poche incertezze che si sono richiamate. Volendo schematizzare, potremmo dunque distinguere, tra gli interventi giudiziali in esame, quelli che hanno celebrato l'arrivo della nuova disciplina, quelli che l'hanno contestata e qualcuno che sembra prescindere.

Nella prima categoria vanno senz'altro inseriti i provvedimenti emiliani che, l'uno richiamandosi in via interpretativa alla legge 219 già pubblicata ma non ancora vigente²³¹ e l'altro rappresentandone il primo specifico episodio applicativo, ne hanno abbracciato i principi ispiratori²³². In particolare, nel caso menzionato per secondo si è ribadito come, all'indomani dell'entrata in vigore delle nuove norme, non vi dovessero essere più dubbi sulla possibilità del conferimento all'amministratore di sostegno di un potere sostitutivo in punto di decisioni circa il consenso o il rifiuto dei trattamenti sanitari, nonostante la natura personalissima dell'atto in questione, e non si è mancato di segnalare, con una punta di orgoglio giudiziario, come tale sviluppo rappresentasse la definitiva affermazione di un orientamento già propugnato in via interpretativa proprio a partire da un provvedimento della stessa sede modenese²³³.

A distanza di un giorno dall'emissione di tale provvedimento, sull'altra sponda del Po un diverso tribunale prendeva anch'esso atto dell'affermazione di tale indirizzo, ma per sollevare un dubbio di costituzionalità circa le norme che l'hanno determinata²³⁴. Secondo

²³⁰ Con riferimento a tali ipotesi, M. DI MASI, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2018, 3, 245, nt. 9, parla infatti di "un pluralismo valoriale all'interno dello stesso nucleo familiare, che finisce per contrapporre i vari membri della famiglia" (cfr. *amplius* ID., *Il fine vita*, Roma, 2015).

²³¹ Il riferimento è a T. MODENA, 18 gennaio 2018, in www.personaedanno.it, che si richiama in via argomentativa all'art. 1, comma 7, della legge 219 non ancora vigente, per escludere la necessità del consenso informato per i trattamenti sanitari da rendere in situazioni di urgenza o emergenza, e quindi rigetta la richiesta dell'amministratore che chiedeva di essere autorizzato ad esprimere tale consenso. Il medesimo assunto è stato poi ribadito anche, sotto l'imperio della legge 219 del 2017 ormai pienamente vigente, da T. MODENA, 12 aprile 2018, in www.dejure.it.

²³² Il riferimento è a T. MODENA, 23 marzo 2018, in www.personaedanno.it, che fa applicazione diretta della legge 219 per sancire che, in sede di nomina dell'amministratore di sostegno, gli si possono conferire anche i poteri di consentire o rifiutare i trattamenti sanitari, avendo la nuova legge definitivamente risolto in senso positivo la questione della possibilità di rappresentanza sostitutiva *in subiecta materia*.

²³³ Nelle motivazioni del provvedimento citato alla nota che precede si ricorda, infatti, come la prima apertura in tal senso risalisse per l'appunto a T. MODENA, 28 giugno 2004, *cit.*, cui avevano quindi fatto seguito ulteriori pronunzie della stessa e di altre sedi, sino a che CASS. 16 ottobre 2007, n. 21748, *cit.*, aveva recepito tale orientamento nella decisione sul caso Englaro. Anche dopo quest'intervento dei giudici di legittimità un diverso orientamento continuava, però, a negare tale potere all'amministratore di sostegno, ritenendolo ammissibile solo con riguardo al tutore della persona interdetta, com'era stata appunto E. Englaro, per cui la questione appariva ancora aperta (cfr. C. PARDINI, *Scelte di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 4, 513 ss.) ed è al definitivo superamento di questi dubbi ad opera della legge 219 che fa esplicito riferimento la pronunzia modenese in discorso. Invero, si tratta di dubbi tuttora non completamente fugati, come può dimostrare la ben diversa impostazione accolta dalla ulteriore pronunzia di cui alla nota che segue.

²³⁴ Il riferimento è a T. PAVIA, 24 marzo 2018, in www.biodiritto.it, che ha ritenuto di non procedere alla nomina di un amministratore di sostegno munito dei poteri a lui conferibili in materia sanitaria ai sensi della

il giudicante, infatti, il potere di esprimere il rifiuto dei trattamenti terapeutici, e quindi disporre della vita del beneficiario, sarebbe stato configurato in capo all'amministratore di sostegno in maniera inaccettabile, non essendo prevista la necessità di un intervento autorizzativo del giudice tutelare, in un'irragionevole discrasia con le norme in tema di atti dispositivi patrimoniali. Nemmeno varrebbe a compensare tale carenza la possibilità di un, solo eventuale, intervento di tale giudice in caso di contrasto tra l'amministratore e il medico²³⁵, giacché continuerebbe a mancare in ogni caso un'istanza di controllo circa il diverso profilo dell'effettiva corrispondenza fra la volontà manifestata dall'amministratore e le intime, per l'appunto personalissime, convinzioni etiche e religiose del beneficiario²³⁶. Parrebbe, invero, che un siffatto argomentare oscilli fra, da una parte, un'apparente adesione ai principi più avanzati della nuova legge, in ordine all'effettiva valorizzazione della volontà del soggetto incapace, che al giudice pavese sembrano però traditi a livello applicativo e procedimentale, e, dall'altra, un ritorno alla categoria degli atti personalissimi come tali insuscettibili di sostituzione, e quindi al rischio di configurare una relativa incapacità giuridica della persona priva di autonomia, posta nella sostanziale impossibilità di disporre al riguardo.

legge 219, con riguardo ad un paziente in stato vegetativo, e quindi ormai completamente privo di discernimento, dubitando per l'appunto della legittimità costituzionale delle sue previsioni al riguardo, ed ha quindi rimesso la questione all'esame della Consulta.

²³⁵ Ai sensi dell'art. 3, comma 5, della legge 219: "*Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria*". Come hanno subito segnalato i primi commentatori (cfr. D. CARUSI, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, 3, 296), la norma contiene un errore materiale, in parte qua richiama un rappresentante legale della persona inabilitata, figura che nel nostro ordinamento in realtà non esiste, tanto che lo stesso art. 3, comma 4, prevede che: "*il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata*". Ad ogni modo, da ciò non sembrano poter derivare serie conseguenze applicative, in quanto per salvare la stessa coerenza interna della nuova normativa occorrerà necessariamente considerare *pro non scriptae* le parole "*o inabilitata*" del comma 5. Del resto, anche se il richiamo dell'art. 415, comma 2, c.c. alla "*prodigalità*" ed all'abuso di alcool o stupefacenti lo renderebbe potenzialmente riattualizzabile per il contrasto della ludopatia e delle dipendenze, si tratta di un istituto ormai del tutto recessivo, ancor più della stessa interdizione, a fronte del generale successo dell'amministrazione di sostegno, il che potrebbe peraltro contribuire a spiegare perché il legislatore si sia in sostanza dimenticato del suo esatto meccanismo di funzionamento. Venendo alle problematiche più concrete, la norma, come denunciato dal giudice pavese, non contiene alcun riferimento all'ipotesi di un conflitto fra il rappresentante legale e la, in qualunque modo ricostruibile, volontà del rappresentato circa l'espressione o il diniego del consenso informato alle terapie, il che non ci sembra però escludere, specie alla luce delle ricordate disposizioni che sottolineano la centralità dell'autodeterminazione del diretto interessato, la possibilità di un ricorso anche in tale ipotesi, su istanza dei legittimati ex artt. 321, 336 e 410 c.c. o anche d'ufficio ex artt. 384, 411 e 424 c.c., nonché 78 c.p.c., ai rimedi ordinari, quali la nomina di un curatore speciale o la rimozione del rappresentante dal suo ufficio. L'invocato intervento della Consulta dovrebbe però andare oltre, introducendo un generalizzato meccanismo di autorizzazione giudiziaria per ogni decisione dell'amministratore di sostegno in materia di fine-vita.

²³⁶ Almeno in ipotesi come quella oggetto dell'ordinanza pavese, in assenza di DAT e con il paziente impossibilitato ad esprimere qualsiasi volontà attuale versando in stato vegetativo, l'unica possibilità di effettuare un tale controllo consisterebbe evidentemente nell'ardua ricostruzione di una volontà ipotetica sulla base del vissuto, della personalità e degli atteggiamenti etici e religiosi manifestati dall'interessato prima del sopravvenire dell'attuale situazione patologica, sulla base del noto paradigma rappresentato dalla citata sentenza Englaro.

Ci sembra infine opportuno menzionare due ulteriori decisioni, provenienti da una diversa sede settentrionale. Il primo, emesso a distanza di pochi giorni da quelli su cui ci siamo appena soffermati, a differenza di questi non menziona affatto la nuova legge, pur andando a toccare proprio il tema dell'autodeterminazione sanitaria dell'incapace: nella specie viene infatti disposto il ricovero di un'anziana beneficiaria, a tutela della sua salute, in struttura sanitaria protetta, e si afferma in maniera abbastanza netta che il dissenso manifestato dalla stessa al riguardo non rilevarebbe²³⁷. Prescindendo pure dalle particolarità del caso, desta comunque perplessità l'assenza in motivazione di un qualsivoglia riferimento alle indicazioni della legge 219 circa il diritto alla valorizzazione delle proprie capacità decisionali, all'informazione ed all'espressione di una volontà, di cui tener conto in relazione al livello di discernimento della persona interessata: un riferimento che, beninteso, avrebbe anche potuto essere superato da ulteriori argomentazioni intese a dimostrare come, nella peculiare situazione oggetto di esame, dovevano prevalere considerazioni differenti, ma del quale stupisce proprio la radicale assenza.

Molto più apprezzabile appare invece il successivo intervento del medesimo giudice vercellese²³⁸, in cui emerge una piena valorizzazione dell'autodeterminazione sanitaria del soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno, con ampi ed argomentati richiami alla nuova normativa, e con le importanti precisazioni che il rappresentante deve comunque agire nel rispetto degli intendimenti del beneficiario²³⁹, e che, in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, il menzionato ricorso al giudice tutelare, per l'ipotesi di un contrasto fra medico e rappresentante, va ritenuto esperibile anche nel

²³⁷ Il riferimento è a T. VERCELLI, 28 marzo 2018, in www.personaedanno.it, provvedimento emesso in seguito ad un esame personale della beneficiaria svolto presso la sua abitazione del giudice tutelare in compagnia dell'amministratore di sostegno, dal quale era emersa la condizione di fragilità e non autosufficienza della stessa, ma anche il suo chiaro, benché cortesemente espresso, dissenso rispetto all'ipotesi del ricovero. Ulteriori ipotesi non potevano secondo il giudice essere prese in considerazione, in quanto, nonostante il cospicuo patrimonio di cui la beneficiaria è titolare, la modesta abitazione in cui viveva era inadatta ad accogliere anche una badante, mentre il recupero della villa di sua proprietà, occupata *sine titulo* dalla compagna del di lei figlio defunto, risulterebbe problematico per l'atteggiamento conflittuale della stessa occupante, tale da rendere necessaria un'azione giudiziaria che l'amministratore viene invitato a valutare, ma che presenterebbe comunque tempistiche non compatibili con l'urgenza di mettere subito in condizioni di sicurezza la beneficiaria. Il provvedimento mette infine a disposizione dell'amministratore anche la forza pubblica per l'eventualità di un'esecuzione coattiva del disposto ricovero.

²³⁸ Il riferimento è a T. VERCELLI, 31 maggio 2018, in www.ilcaso.it, che conferisce all'amministratore di sostegno poteri di rappresentanza esclusiva per l'espressione o il diniego del consenso informato ai trattamenti sanitari della moglie beneficiaria, senza minimamente incidere sulla sfera patrimoniale, come richiedeva la stessa interessata, schizofrenica ma capace di ampi intervalli di lucidità, onde evitare le letali conseguenze di un dissenso ai periodici trattamenti dialitici che ella potrebbe manifestare in un momento di crisi psichica.

²³⁹ Come si legge nel citato provvedimento: *“ogni manifestazione di consenso e/o di dissenso agli accertamenti ed ai trattamenti terapeutici dovrà comunque essere prestata con il beneficiario, e non al posto dello stesso, nel senso che l'amministratore nominato dovrà esprimere quello che risulterà essere il reale intendimento del soggetto beneficiario, parlando con lui, cogliendone per quanto più possibile i desideri e le aspirazioni (anche implicite e/o presunte), e non il proprio intendimento”*. Un richiamo al conseguente dovere professionale del medico di instaurare un rapporto di informazione ed interlocuzione diretta con il beneficiario, e non solo con l'amministratore, si legge nella interessante Deliberazione dell'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria del 30 luglio 2018, n. 198, *“Amministrazione di Sostegno e realtà ospedaliera: linee di indirizzo metodologiche finalizzate al corretto esercizio del ruolo dei Servizi Sanitari rispetto all'Istituto dell'Amministrazione di Sostegno”*, in cui si fa ampio riferimento alla legge 219.

caso in cui tali soggetti concordino, ma sia il beneficiario-paziente ad esprimere una volontà dissenziente²⁴⁰.

²⁴⁰ Il giudicante ricorda che il beneficiario rientra fra quei soggetti ex art. 406 ss. c.c., cui l'art. 3, comma 5, della legge 219 fa riferimento per determinare i legittimati alla proposizione del ricorso in caso di contrasto tra rappresentante e medico, e precisa che la nuova norma, da questo punto di vista, non è altro che un'applicazione specifica di quanto già previsto all'art. 410 c.c., in quanto l'elemento di effettiva novità consiste semmai nell'allargamento della legittimazione al medico, e non solo al responsabile del servizio sanitario. Pertanto, la norma in discorso non è certo tale da poter impedire un'applicazione estensiva dello stesso art. 410 c.c. al diverso contrasto cui si fa riferimento nel testo, onde evitare le irragionevoli ed incostituzionali disparità che deriverebbero da quella che al giudice vercellese appare una mera "svista" del legislatore del 2017. Una soluzione del genere potrebbe, peraltro, sembrare tale da disinnescare i rischi di incostituzionalità paventati dall'ordinanza pavese, ma occorre tenere presente che, come puntualizzato anche dal provvedimento piemontese, i casi differiscono in fatto e quindi implicano problemi giuridici distinti, dal momento che qui la beneficiaria è una persona largamente autonoma e capace di discernimento, con riferimento alla quale si può ragionevolmente pensare ad un'iniziativa ex 410 c.c., improponibile per il paziente in stato vegetativo della vicenda di Pavia, per il quale si potrebbe, tutt'al più, ipotizzare l'intervento di eventuali familiari.