



dirittoe salute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 2 del 2019 - 30 Aprile 2019
Autorizzazione Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862

Direttore Scientifico:
Giuseppe Morbidelli

Direttore Responsabile:
Luigi Principato

Comitato di Direzione:

Sara Landini - Dott.ssa Patrizia Pompei - Dott.ssa Valentina Manuali - Marta Mengozzi - Luigi Principato -
Albina Candian - Diana Cerini

Comitato Scientifico:

Ferdinando Albisinni - Paolo Auriemma - Andrea Maria Azzaro - Guido Carpani - Edoardo Chiti - Stefano
Cognetti - Nicola Corbo - Mario Esposito - Antonio Fici - Massimo Luciani - Luca Marafioti - Donatella
Morana - Anna Moscarini - Anna Carla Nazzaro - Ida Nicotra - Ilaria Pagni - Gino Scaccia - Oberdan
Tommaso Scozzafava - Giulio Vesperini - Maurizio Benincasa - Cristiano Cupelli - Amalia Diurni - Federico
Ghera - Andrea Longo - Mario Savino - Carlo Sotis - Gianni Baldini -

Consiglio di Redazione:

Domenico Porraro - Gianluca Cosmelli - Giuliano Sereno - Vincenzo Antonelli - Valentina Tamburrini -
Marco Di Folco - Marco

Nicolai - Francesca Carocchia - Edoardo Carlo Raffiotta - Massimo Togna - Marco Rizzuti - Antonio
Nicodemo

DIRITTO E SALUTE

Fascicolo 3/ 2019

INDICE SOMMARIO

1. S. Landini, *Intermediazione assicurativa e pubblica amministrazione* 1
2. C. Di Costanzo, *Rifiuto delle cure “salvavita” e amministrazione di sostegno. Osservazioni alla sentenza della Corte costituzionale n. 144 del 2019* 8
3. C. Di Costanzo, *Il dissenso alle emotrasfusioni a beneficio di una minore. Considerazioni in calce a un provvedimento del giudice tutelare del Tribunale di Firenze* 16
4. E. Guarnieri, *La responsabilità civile del Ministero della Salute per contagi da malattie infettive a seguito di emotrasfusioni alla luce della più recente Giurisprudenza* 28
5. L. Giacomelli, *Il diritto fuori binario. La tutela giuridica dei minori con varianza di genere tra responsabilità genitoriale e autonomia individuale: una prospettiva comparata...*
39

Caterina Di Costanzo

Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Firenze

Rifiuto delle cure “salvavita” e amministrazione di sostegno. Osservazioni alla sentenza della Corte costituzionale n. 144 del 2019

1. Introduzione – 2. Il percorso argomentativo del giudice rimettente – 3. Una risposta interlocutoria della Corte costituzionale al quesito di legittimità costituzionale posto in materia di rifiuto delle cure – 4. Rilievi critici – 5. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

L’ordinanza di rimessione del giudice tutelare del Tribunale di Pavia del 24 marzo 2018 viene emessa nell’ambito di un procedimento di amministrazione di sostegno a favore di un paziente in stato vegetativo.

La vicenda nel cui contesto si colloca la proposizione della questione di legittimità costituzionale trova la sua origine nel procedimento relativo alla nomina dell’amministratore di sostegno e si sviluppa nell’arco di dieci anni fino al febbraio del 2018. In tale data si colloca l’accertamento della definitiva perdita delle capacità residue in capo all’amministrato che pone l’esigenza, ai sensi dell’art. 407 comma 4 c.c., di integrare i poteri dell’amministratore inizialmente previsti.

Nella fattispecie la prima nomina dell’amministratore di sostegno non aveva previsto competenze in ambito sanitario a favore del beneficiario. Il giudice tutelare, all’esito di una verifica sugli atti e mediante esame del beneficiario, integra il primo provvedimento di nomina dell’amministratore di sostegno con l’attribuzione di una rappresentanza esclusiva in ambito sanitario.

2. Il percorso argomentativo del giudice rimettente

La questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice tutelare del Tribunale di Pavia in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 32 della Costituzione, concerne i commi 4 e 5 dell’art. 3 della legge n. 219/2017¹ nella parte in cui stabiliscono che l’amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l’assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento - d’ora in poi DAT - possa rifiutare, senza l’autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell’amministrato. Secondo il giudice a quo, le norme censurate si porrebbero in contrasto con gli artt. 2, 13, 32 Cost. in quanto sarebbe necessario, in assenza di DAT, che il diritto di rifiutare le cure fosse ricostruito in modo da salvaguardare la natura soggettiva e personalissima del diritto attraverso l’intervento necessario e non meramente eventuale di un soggetto terzo e imparziale, quale un giudice.

Sono molteplici e interessanti gli argomenti che, sorti nell’ambito del quesito posto, il giudice tutelare sviluppa in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza.

I primi sono di ordine interpretativo e altri di ordine logico-normativo.

Ai fini del giudizio sulla rilevanza il giudice a quo si chiede quale debba essere l’interpretazione dell’espressione “rifiuto delle cure” contenuta nell’art. 3 comma 5 della legge n. 219/2017, cioè quali siano le cure che possono essere fatte oggetto di rifiuto nella previsione normativa in oggetto. L’interpretazione del giudice tutelare è di tipo letterale ed è diretta a ricavare la tipologia di cure che possono costituire oggetto del rifiuto attraverso una esegesi letterale della stessa norma. L’art. 3

¹ Si vedano i commi 4 e 5 dell’art. 3 della legge n. 219 del 2017 recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”.

comma 5 richiama espressamente, mediante una formulazione indiretta, la generalità dei trattamenti sanitari che sono riconducibili alle DAT, disciplinate dall'art. 4 della legge n. 219. Pertanto, l'oggetto del rifiuto deve essere ricostruito proprio in riferimento a quanto può costituire contenuto delle DAT e, consequenzialmente, riguardare anche trattamenti necessari al mantenimento in vita del beneficiario, quali l'idratazione e l'alimentazione artificiali.

Il giudice tutelare poi affronta il problema della natura della dichiarazione di rifiuto delle cure.

In punto di non infondatezza il giudice rimettente ricorda che i passaggi interpretativi delineati dalla Corte di Cassazione in materia di diritto di rifiutare le cure. In particolare, la libertà di rifiutare le cure è collegata a valutazioni sulla vita e sulla morte che sono personalissime e trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa e/o comunque squisitamente soggettive².

Un terzo passaggio affrontato nell'ordinanza del giudice riguarda la coerenza interna della legge per quanto concerne la garanzia dei diritti previsti dalla legge in relazione alla tutela delle persone che presentano situazioni di maggiore fragilità e vulnerabilità.

Il giudice tutelare ravvisa una condizione di irragionevole trattamento e incoerenza interna nelle norme della legge n. 219/2017. Tale legge, infatti, ha fra i suoi obiettivi quello di rafforzare i diritti e l'autodeterminazione delle persone in materia sanitaria e questo obiettivo è suscettibile di divenire maggiormente denso di significato se rapportato alla esigenza di tutelare le persone più fragili e vulnerabili. Tuttavia, il giudice tutelare di Pavia rileva che l'esercizio delle prerogative correlate alla condizione di incapacità così come disciplinata dall'art. 3 condurrebbe a un affievolimento dei diritti fondamentali, come il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla salute.

Considerata la delicatezza delle operazioni prospettate, il giudice di Pavia afferma che, in questi casi, occorre fare riferimento all'intervento necessario di un giudice.

Tale *vulnus* nella tutela dei diritti fondamentali delle persone incapaci non verrebbe sanato dalla previsione di un intervento del giudice nel solo caso di conflitto fra posizione del rappresentante e posizione del medico. Infatti, tale intervento previsto dal comma 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017 è di tipo meramente eventuale e non prevede un intervento necessario del giudice a garanzia dei diritti dell'incapace. Né può compensare questa lacuna la valutazione di appropriatezza e necessità del trattamento sanitario svolta dal medico che in quanto valutazione tecnica non si attaglia al controllo del corretto apprezzamento degli orientamenti soggettivi del paziente in materia di rifiuto delle cure di sostegno vitale.

In assenza di tale controllo e funzione autorizzatoria del giudice tutelare, l'amministratore di sostegno eserciterebbe in maniera autonoma il diritto personale di rifiutare le cure con il solo limite della valutazione di necessità e appropriatezza delle cure da parte del medico e il diritto di rifiutare le cure sarebbe oggetto di una delega che comporterebbe la disponibilità del diritto di rifiutare cure salvavita e, conseguentemente, la disponibilità del diritto alla vita.

Un quarto argomento sviluppato nell'ordinanza attiene alla coerenza (questa volta) esterna della legge rispetto alle previsioni normative esistenti in materia nell'ordinamento giuridico italiano.

La questione di legittimità costituzionale viene sollevata, oltre che in riferimento al diritto all'autodeterminazione, alla salute e alla vita (artt. 2, 13, 32 Cost.) anche in riferimento al principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.). Le norme censurate infatti determinerebbero una irragionevole incoerenza all'interno del sistema normativo concernente l'amministrazione di sostegno. Infatti, ai sensi dell'art. 411 codice civile è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare per il compimento degli atti indicati negli artt. 374 e 375 del codice civile, attinenti alla sfera patrimoniale, mentre tale analoga autorizzazione non è prevista per la manifestazione del rifiuto delle cure "sintesi ed espressione dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona". Questo rilievo di irragionevolezza della legge viene evidenziato in riferimento agli artt. 374 e 375

² Si veda la sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007.

c.c. che, richiamati dall'art. 411 c.c. per la disciplina dell'amministratore di sostegno, prescrivono come necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare ai fini del compimento degli atti indicati³.

3. Una risposta “interlocutoria” della Corte costituzionale al quesito di legittimità costituzionale posto in materia di rifiuto delle cure

La Corte costituzionale risponde con la sentenza n. 144 del 2019 al quesito posto dal giudice tutelare del Tribunale di Pavia, dichiarando non fondata la questione proposta.

La Consulta respinge la questione di costituzionalità sulla base di un argomento di stretta interpretazione, affermando che il presupposto interpretativo non è stato apprezzato in maniera corretta dal giudice rimettente. Infatti, il potere di rifiutare le cure, anche di sostegno vitale, a beneficio dell'incapace previsto dall'art. 3 comma 5 della legge n. 219/2017 può essere esercitato dall'amministratore di sostegno solo là dove, sulla base delle richiamate norme del codice civile (artt. 404 e seguenti), vi sia uno specifico atto di conferimento di tale potere da parte del giudice tutelare.

Le norme in materia di consenso informato e rifiuto delle cure di cui beneficiano le persone incapaci devono, infatti, essere lette congiuntamente alle norme civilistiche che disciplinano l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

In particolare, il Giudice delle Leggi afferma che, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice tutelare, le norme censurate non costituirebbero, secondo la Corte, la disciplina istituzionale dell'amministrazione di sostegno ma regolano il caso specifico concernente un paziente per cui sia stata istituita l'amministrazione di sostegno e che necessita di essere sottoposto a trattamenti per i quali è necessario esprimere o rifiutare il consenso.

L'interpretazione dell'art. 3 della legge n. 219/2017 deve essere, pertanto, preceduta logicamente dall'interpretazione delle norme previste dal codice civile in materia di istituzione di amministrazione di sostegno. In base a tali norme devono essere individuati i poteri che il giudice tutelare è chiamato a esercitare e i poteri che possono essere attribuiti all'amministratore di sostegno. Le norme del codice civile che rilevano sono individuate negli artt. 404 e seguenti del codice civile come introdotti dalla legge n. 6 del 2004 - “Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali”.

Nella giurisprudenza della Corte (sentenze n. 51 del 2010 e 440 del 2005) era già stato messo in evidenza che il perimetro dei poteri dell'amministratore è stabilito nel provvedimento di nomina del giudice tutelare che deve contenere le indicazioni concernenti l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario (art. 405, quinto comma, n. 3, codice civile), nonché la periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario (art. 405, quinto comma, numero 6, codice civile).

³ L'irragionevolezza sta nel fatto che l'autorizzazione del giudice è prevista come obbligatoria nel caso di atti compiuti nella sfera economico-patrimoniale e non è prevista nel caso di rifiuto delle cure. Il giudice tutelare segnala, inoltre, come in ordine alla domanda di separazione avanzata dall'amministratore di sostegno per conto del beneficiario, la giurisprudenza qualifichi tale domanda come atto personalissimo e quindi ne faccia derivare la necessità di una autorizzazione del giudice.

⁴ Si veda l'art. 3 della legge n. 219/2017.

Tale ricostruzione del quadro normativo dell'istituto, effettuata nelle motivazioni della sentenza della Corte costituzionale, metterebbe in evidenza l'erroneità del presupposto normativo su cui si fondano le questioni di legittimità costituzionale proposte dal giudice tutelare di Pavia⁴.

Nella ricostruzione normativa dell'istituto effettuata dalla Corte, invece, è il giudice tutelare che con il decreto di nomina o con decreti successivi integrativi individua l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario. Le misure di tutela del disabile, in tal modo, sono apprestate sulla base delle circostanze concrete e attuali della persona beneficiaria e quindi sulla base dello stato di salute della persona beneficiaria. L'attribuzione del potere di rifiutare le cure salvavita deve essere fatta, pertanto, sulla base della valutazione del quadro clinico della persona da parte del giudice tutelare⁵.

L'interpretazione delle norme del codice civile in materia di amministrazione di sostegno e dei commi 4 e 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017 conduce la Corte costituzionale alla conclusione di negare che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario rechi con sé necessariamente il potere di rifiutare i trattamenti salvavita. L'attribuzione di questo potere deve essere effettuata dal giudice tutelare in occasione della nomina, là dove le condizioni di salute del beneficiario già richiedano una decisione sui trattamenti sanitari di sostegno vitale, o successivamente, allorché la patologia del beneficiario progredisca sino al punto di richiedere una decisione sul fine vita.

4. Rilievi critici

Il tema del consenso informato e del rifiuto delle cure costituisce da molti anni ormai un tema di stringente attualità⁶.

Il Giudice costituzionale utilizza un argomento di stretta interpretazione per rispondere al quesito posto e pone in rapporto funzionale le norme della legge n. 219/2017 con le norme civilistiche che riguardano istituzione e attribuzione dei poteri da parte del giudice tutelare all'amministratore di sostegno.

I rilievi critici di natura sostanziale connessi al contenuto della disciplina concernente il consenso informato e il rifiuto delle cure che vorremmo mettere in evidenza in questa sede sono i seguenti e

⁵ Specifiche norme del codice civile stabiliscono che si possa ricorrere all'amministrazione di sostegno là dove esistano soltanto esigenze di cura della persona (art. 405 quarto comma e art. 408 primo comma) poiché l'istituto non è finalizzato esclusivamente alla tutela di interessi patrimoniali.

La logica dell'istituto prevede che il giudice tutelare modelli anche in ambito sanitario i poteri dell'amministratore di sostegno sulle necessità concrete del beneficiario e sulle sue condizioni cliniche. I poteri dell'amministratore di sostegno possono essere rivisti proprio sulla base delle sopravvenute esigenze della persona su cui il giudice tutelare è periodicamente aggiornato (art. 405 quinto comma numero 6 c.c.). A partire da questa revisione periodica dei poteri attribuiti al rappresentante legale, il giudice tutelare ha il potere di modificare e integrare anche d'ufficio le previsioni assunte nel decreto di nomina (art. 407 quarto comma c.c.).

⁶ Sul consenso informato la letteratura è ad oggi sterminata, per i contributi più recenti si veda AA. VV., Forum, *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Rivista di biodiritto*, 2018, n. 1; G. Azzoni, *Il consenso informato: genesi, evoluzione, fondamenti*, in *A lezione di bioetica. Temi e strumenti*, a cura di C. Viafora, Milano, 2015; F. D. Busnelli, *La dimensione della fragilità lungo il percorso della vita umana*, in *Nuovo diritto civile*, 2016; S. Cacace, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017; V. Calderai, *Consenso informato*, in *Enc. dir. Ann.*, Milano, 2015; L. Orsi, *Un cambiamento radicale nella relazione di cura, quasi una rivoluzione (articolo 1, commi 2 e 3)*, in *Rivista di biodiritto*, 2018, n. 1.

attengono alla complessità dell'inquadramento normativo del consenso informato/dissenso informato alle cure nel caso in cui la persona che deve sottoporsi al trattamento sanitario sia una persona incapace; alla necessità di individuazione esatta dell'ambito di operatività del comma 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017; alle criticità relative alla ricostruzione della volontà del soggetto incapace in assenza di DAT e al ruolo del giudice tutelare e del rappresentante legale nel processo che conduce al rifiuto di cure salvavita.

Procediamo secondo un ordine che degrada progressivamente da rilievi più specifici rispetto alla sentenza in commento a rilievi che possiedono una portata anche più generale.

In primo luogo, la complessità dell'operazione di inquadramento del significato del consenso informato e del dissenso informato quando il soggetto protagonista della cura sia una persona incapace. L'art. 3 comma 4 della legge n. 219/2017, infatti, "nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere".

Nessun controllo viene svolto sul procedimento seguito e sul grado di adeguatezza della considerazione della volontà del rappresentato da parte del rappresentante.

Le problematiche che emergono in questo ambito derivano dalla possibilità o meno di verificare l'attualità e la conformità della manifestazione del rappresentante legale rispetto alla volontà dell'incapace – si pensi al caso, come quello che ha originato la questione di legittimità costituzionale oggetto della pronuncia in commento, in cui la persona rappresentata abbia perso ogni capacità di autodeterminazione e il rappresentante sia chiamato a svolgere una operazione di ricostruzione della volontà anche presunta del soggetto incapace⁷.

Un ulteriore paradosso emerge con tutta evidenza se si fa riferimento all'ipotesi in cui si configuri una eventuale opposizione del beneficiario rispetto alla decisione assunta dall'amministratore di sostegno. Il comma 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017 prevede soltanto la possibilità del ricorso al giudice tutelare quando si verifichi un contrasto fra rappresentante legale e il medico che ritiene necessarie e appropriate le terapie rifiutate dal rappresentante legale⁸.

Nel caso in cui il giudice tutelare attribuisca all'amministratore di sostegno nel decreto di nomina il potere di rifiutare il consenso alle cure a beneficio di una persona totalmente incapace un controllo giudiziale si avrà soltanto nel caso in cui il medico che ritiene necessario e appropriato un trattamento promuova un ricorso al giudice tutelare o altrimenti solo, sulla base delle norme civilistiche sull'amministrazione di sostegno, al momento (in alcuni casi notevolmente ex post) in cui l'amministratore di sostegno sarà chiamato a riferire periodicamente al giudice tutelare sulla sua attività⁹.

Per i soggetti incapaci, infatti, il rifiuto delle cure, anche nel caso in cui siano salvavita, appare come una ipotesi normativa presa in considerazione autonomamente all'interno della quale occorre verificare se vi siano DAT o non vi siano DAT¹⁰. Nel primo caso la ricostruzione della volontà del

⁷ In tal senso si veda U. Salanitro, *Il Consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, 1, 125.

⁸ Il giudice tutelare del Tribunale di Vercelli in data 31 maggio 2018 afferma che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 3 comma 5 della legge n. 219/2017 implica che l'amministratore di sostegno debba investire di eventuali questioni relative al consenso e/o al dissenso informato il giudice tutelare anche in caso di grave contrasto tra amministratore di sostegno e beneficiario e/o parenti prossimi di questi ove esistenti.

⁹ Si veda la previsione contenuta nell'art. 405 comma 5 n. 5) del codice civile.

¹⁰ Si veda il primo comma dell'art. 3 della legge n. 219.

soggetto è desumibile dalle dichiarazioni da lui rilasciate. Nel secondo caso si apre la problematica della individuazione della volontà presunta e delle aspirazioni del soggetto che avendo una connotazione estremamente soggettiva e personale non può essere sovrapposta a giudizi e valutazioni tecniche quali la valutazione di appropriatezza ma anche la valutazione di corrispondenza della decisione di rifiuto delle cure rispetto al quadro clinico attuale del beneficiario. Qui si aprono le maggiori difficoltà. Il Giudice delle Leggi afferma che l'amministratore di sostegno può esercitare il potere di rifiutare le cure salvavita solo là dove sia stato autorizzato dal giudice tutelare nel decreto di nomina o nei successivi decreti. Il fatto poi che con questo vaglio preliminare il giudice tutelare controlli la corrispondenza dell'esercizio del potere previsto all'esistenza di una condizione clinica che eventualmente giustifichi la decisione di rifiuto delle cure non consente di affermare che si sia verificato un controllo sulla corrispondenza della decisione alla presunta volontà dell'interessato e al suo miglior interesse nella salvaguardia dei suoi diritti di dignità, salute, vita e autodeterminazione.

Cioè un vaglio preliminare del giudice tutelare, senza indicazione di una serie di criteri da rispettare, potrebbe apparire *ictu oculi* non sufficiente per garantire una tutela dei diritti fondamentali del beneficiario.

Per quanto concerne la criticità relativa all'individuazione dell'ambito di operatività del comma 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017 occorre fare riferimento a una lettura sistematica delle norme della legge sul consenso informato e DAT.

L'art. 3 comma 4 della legge n. 219/2017, infatti, ci dice che l'inabilitato ha il potere di esprimere il consenso alle cure che lo riguardano¹¹. Quindi viene confermato che la sua incapacità parziale non incide totalmente sul diritto personalissimo all'autodeterminazione. Infatti, in riferimento al diritto di espressione del consenso informato alle cure l'inabilitato viene considerato pienamente capace, mentre per quanto concerne il diritto a rifiutare le cure la sua volontà deve essere integrata attraverso l'intervento di un rappresentante legale.

Rileggendo il comma 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017, infatti, vi è la conferma della summenzionata argomentazione attraverso il riferimento a un rifiuto delle cure da parte del rappresentante legale dell'interdetto, dell'inabilitato, dell'amministratore di sostegno, in assenza di DAT. L'interpretazione letterale della disposizione, considerata la menzione del rappresentante legale dell'inabilitato (verosimilmente nella figura del curatore speciale), condurrebbe a argomentare che il rifiuto delle cure si atteggia giuridicamente come atto di straordinaria amministrazione¹².

Questa lettura dell'art. 3 comma 5, ossia rifiuto delle cure come atto di straordinaria amministrazione, evidenzia la permanenza di una serie di problematicità in punto di individuazione dei poteri dei legali rappresentanti in materia di rifiuto delle cure a favore delle persone incapaci – si pensi al rifiuto delle cure salvavita da parte del tutore della persona interdetta.

La simmetria che esiste nella legge n. 219/2017 nella regolazione dell'espressione del consenso informato per i soggetti incapaci si riverbera sui possibili dubbi che possono riguardare la disciplina del rifiuto delle cure che li riguarda. Le norme in materia di espressione del consenso informato previste per l'interdetto o il beneficiario di amministrazione di sostegno sono caratterizzate, infatti, da una piena simmetria¹³.

Se l'interpretazione dell'art. 3 comma 5 della legge n. 219/2017, nel senso di inquadrare il rifiuto delle cure come atto di straordinaria amministrazione, è corretta dovremmo fare riferimento alla

¹¹ Cfr. il primo alinea del comma 4 dell'art. 3 della legge n. 219/2017.

¹² Si veda art. 427 del codice civile che stabilisce che per gli atti di straordinaria amministrazione è necessario l'intervento di un curatore speciale.

¹³ Si veda il primo comma dell'art. 3 rubricato "Minori e incapaci".

normativa codicistica per quanto concerne l'individuazione del contenuto e delle modalità di esercizio dei poteri, facendo le opportune distinzioni fra atti di ordinaria amministrazione e atti di straordinaria amministrazione, dei legali rappresentanti di interdetti e inabilitati e le modalità di controllo esercitato dal giudice tutelare sugli atti dei rappresentanti legali. La disciplina che deriva dalla interpretazione delle norme civilistiche in connessione con le norme della legge n. 219/2017 dovrebbe rappresentare il modello su cui plasmare anche la disciplina che riguarda il rifiuto delle cure da parte di rappresentanti legali di beneficiari di amministratori di sostegno.

La necessità di una disciplina simmetrica fra i diversi soggetti che vengono ricondotti alle ampie categorie dei rappresentanti legali deriva dalla considerazione che si tratta di situazioni sostanzialmente assimilabili - si pensi alla piena incapacità dell'interdetto e del beneficiario di amministrazione per cui sia stata disposta la rappresentanza esclusiva.

Questa assenza di simmetria nel trattamento di situazioni che non sono sostanzialmente differenti - costituisce un *vulnus* nella tutela di soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno rispetto agli interdetti. Per questi ultimi il codice civile, infatti, prevede la necessità dell'autorizzazione del rappresentante legale da parte del giudice tutelare per il compimento di atti di straordinaria amministrazione - fra cui faremmo rientrare, sulla base dell'interpretazione summenzionata dei commi 4 e g dell'art. 3 della legge n. 219/2017, anche l'atto di rifiuto delle cure.

Per i beneficiari di amministrazione di sostegno, considerata la specificità della materia, una eventuale disciplina della richiesta di autorizzazione all'esecuzione del rifiuto delle cure avrebbe potuto trovare un fondamento nell'esigenza di tutelare i diritti delle persone incapaci.

5. Considerazioni conclusive

La sentenza n. 144/2019 rappresenta la prima pronuncia del Giudice costituzionale sulla legge n. 219/2017 in materia di consenso informato e DAT. La Corte costituzionale ha adottato la presente decisione sulla base di un argomento meramente formale concernente il rapporto fra norme codicistiche e norme della legge n. 219/2017 in materia di istituzione di amministrazione di sostegno da parte del giudice tutelare, individuazione dei poteri dell'amministrazione di sostegno e modalità di esercizio dei poteri. Sicuramente la legge n. 219/2017 è una legge ben costruita e tanto attesa in materia di consenso informato e DAT la cui omogeneità rispetto all'ordinamento complessivo avrebbe potuto essere incrementata anche attraverso un intervento, non demolitivo ma "chirurgico", da parte della Consulta.

Al termine dell'analisi ciò che emerge è l'esistenza di una simmetria normativa interna alla legge per quanto concerne la disciplina del consenso informato per gli incapaci e una assenza di omogeneità esterna fra norme della legge n. 219/2017 e norme codicistiche in materia di garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti incapaci. Nel caso della disciplina attinente al rifiuto delle cure da parte dei legali rappresentanti degli incapaci, ad esempio, è evidente un'assenza di uguale trattamento fra situazioni uguali. Questa assenza di simmetria nel trattamento di situazioni che non sono differenti costituisce un *vulnus* nella tutela di soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno rispetto agli interdetti. Per questi ultimi il codice civile, infatti, prevede la necessità dell'autorizzazione del rappresentante legale da parte del giudice tutelare per il compimento di atti di straordinaria amministrazione - fra cui facciamo rientrare anche l'atto di rifiuto delle cure.

Per i beneficiari di amministrazione di sostegno, considerata la specificità della materia, la disciplina della richiesta di autorizzazione per il rifiuto delle cure avrebbe potuto trovare un fondamento nell'esigenza di tutelare i diritti delle persone incapaci.

Riteniamo, pertanto, che la Corte costituzionale avrebbe potuto intervenire sulla legge n. 219/2017 eliminando questi profili di irragionevole disomogeneità e prevedendo, in primo luogo, per tutti i soggetti incapaci, in caso di richiesta di rifiuto delle cure anche di sostegno vitale, la necessità

dell'autorizzazione del giudice tutelare come garanzia e controllo sulla conformità della decisione del rappresentante legale rispetto all'interesse preminente e alla garanzia dei diritti fondamentali della persona incapace¹⁴. In secondo luogo, la Corte avrebbe potuto evidenziare i criteri stringenti che il giudice tutelare potrebbe indicare cui si deve attenere un amministratore di sostegno nel caso in cui sia autorizzato a assumere decisioni in materia di fine vita rispetto a un soggetto totalmente incapace.

Tale intervento avrebbe consentito la garanzia del principio di ragionevolezza attraverso l'incremento del gradiente di coerenza interna della legge n. 2019, si pensi all'esigenza di un uguale trattamento di persone che presentano simili condizioni di incapacità, e di omogeneità esterna fra norme della legge n. 219/2017 e le norme codicistiche in materia di poteri dei legali rappresentanti e garanzia dei diritti delle persone incapaci.

¹⁴ Questa ipotesi qui delineata avrebbe richiesto una pronuncia interpretativa o una pronuncia additiva che avrebbe inciso sull'art. 3 della legge n. 219/2017. L'ipotesi del ricorso al giudice tutelare di cui al comma 5 dell'art. 3 della legge n. 219/2017 rimarrebbe invariata come norma di chiusura del sistema a garanzia del rispetto dei diritti dell'incapace.