

Trib. Varese, Uff. Vol. Giur., decreto 25 settembre 2012.

PAZIENTE INCAPACE - AUTORIZZAZIONE PER IL CONSENSO INFORMATO A TRATTAMENTI SANITARI NECESSARI PER LA SALUTE – PRESTAZIONE DEL CONSENSO DA PARTE DEL RAPPRESENTANTE DESIGNATO DALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA (TUTORE O AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO) – SUSSISTE – NECESSITÀ DELL'AUTORIZZAZIONE GIUDIZIALE - ESCLUSIONE.

Il paziente incapace può prestare il consenso al trattamento sanitario a mezzo del suo rappresentante, il quale può agire senza necessità di autorizzazione del Giudice Tutelare. E', invece, necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare nel caso di rifiuto del trattamento sanitario.

Omissis

I medici che hanno in cura la persona interdetta, presso la RSA in cui ella è collocata, segnalano la necessità di un intervento di ecografia trans-esofageo in regime di sedazione profonda con propofol. Il tutore, alla luce del supporto medico che correda l'istanza, richiede autorizzazione al Giudice Tutelare.

E' acquisizione dell'ormai costante diritto vivente, quella per cui la mancanza di capacità di intendere e volere del soggetto non è un *buon motivo per negare tutela al diritto alla autodeterminazione dell'individuo*: non è questione di "se" il diritto persista in capo all'incapace, ma dei limiti che incontra il suo esercizio. Da un punto di vista tecnico-giuridico, il problema teorico diviene, allora, se un rappresentante possa gestire i diritti personalissimi altrui, muovendo dal presupposto che lo Stato deve assicurare all' incapace la stessa congerie di diritti che è garantita ad ogni individuo. E' nata, così, l'idea di un meccanismo di "sostituzione" dell'incapace nel momento attuale della scelta terapeutica, ricorrendo al classico istituto della rappresentanza ("deciding for others") ma attraverso modelli rappresentativi, tipizzati dal

Legislatore, in cui il rappresentante del paziente incapace "esprime la volontà dell'altro" ("*substituted judgement*"). Il sostituto è, allora, lo strumento di esternazione di volontà dell'incapace. Si tratta di un modello di pensiero che risulta oramai invalso nella giurisprudenza italiana¹ e che pone, quale condizione essenziale, il rispetto della coscienza dell'individuo. Il rappresentante deve decidere non «al posto» dell'incapace né «per» l'incapace, ma «con» l'incapace.

Se è, dunque, ammesso al rappresentante dell'incapace di sostituirsi al medesimo per prestare il consenso alle cure, si tratta solo di individuare quali modelli rappresentativi possano realizzare tale obiettivo: nel caso in esame, sicuri strumenti per l'esternazione della volontà terapeutica dell'incapace sono la tutela o l'amministrazione di sostegno, nel cui alveo può senz'altro registrarsi la facoltà di agire anche per l'esercizio dei diritti personali dell'individuo ("*cura personae*"). In realtà, l'insegnamento tradizionale è nel senso che la rappresentanza dell'incapace non si estenderebbe ai diritti personalissimi. Tale assioma si è, però, andato sgretolando nella sua assolutezza grazie ai contributi della Dottrina ed alle interpretazioni innovative della giurisprudenza², soprattutto nel delicato settore degli adulti incapaci. La giurisprudenza più garantista così, ha ritenuto di dovere accedere alla più moderna concezione che non esclude la possibilità di una sostituzione anche nelle situazioni giuridiche soggettive con sostrato esistenziale facendo leva su una maggiore funzionalità delle misure di protezione. Gli istituti di protezione, infatti, hanno il principale fine di rimuovere quegli ostacoli che si frappongono tra il soggetto e la sua libera esplicazione della personalità e, dunque, oltre a poter costituire una figura che rappresenti il beneficiario/interdicendo possono tradursi nella istituzione di "*una persona che accompagna le scelte esistenziali*", come, in particolare, gli studiosi dell'Amministrazione

¹ V. Cassazione civile, sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748

² Da ultimo, v. Trib. Reggio Emilia, Giudice Tutelare, decreto 24 luglio 2012 in www.ilcaso.it

ne di sostegno tendono oggi a suggerire nell'elaborazione dottrinale più recente (da estendere alla interdizione). Si tratta cioè di approdare ad un'interpretazione che valorizzi l'autonomia dei soggetti deboli in una prospettiva nel senso di rendere effettivo esercizio dei diritti laddove "se non vi è esercizio non vi è neppure titolarità".

Una interpretazione di segno diverso, dietro la difesa del diritto personalissimo, maschererebbe in realtà una sostanziale "espropriazione" di tal altri diritti, pure personalissimi e fondamentali: come quello alla separazione (cfr. Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099) e al divorzio o, soprattutto, come quello alla salute. Si tratta di una interpretazione che appare anche maggiormente conforme ai principi cogenti sanciti dai Trattati Internazionali ratificati dall'Italia. E' sufficiente far riferimento alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, e ratificata dall'Italia per effetto degli artt. 1 e 2 della legge 3 marzo 2009 n. 18. Il trattato in esame riconosce espressamente (lett. n del preambolo) "l'importanza per le persone con disabilità della loro autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte" (collocati nel novero dei "principi generali", v. art. 3 della convenzione). La Convenzione, all'art. 12 ("uguale riconoscimento dinanzi alla legge), comma IV, chiaramente statuisce, poi: "Gli Stati devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario". Ciò vuol dire che la protezione del soggetto vulnerabile non può tradursi in un "esproprio" dei suoi diritti e che anche l'incapace, insomma, conserva il suo Diritto inviolabile a fruire e vivere delle situazioni giuridiche soggettive a copertura costituzionale. La possibilità che sia il rappresentante dell'incapace a prestare il

consenso in luogo del paziente è, peraltro, testimoniato anche da significativi interventi del Legislatore. Ad esempio, il Decreto Legislativo 24 giugno 2003, n. 211³, prende espressamente in esame l'ipotesi del paziente che non sia in grado di esprimere personalmente un consenso informato ed ammette l'intervento del suo rappresentante secondo le disposizioni normative vigenti (v. artt. 1, lett. f; 3, comma I, lett. d; 5).

Posto, dunque, che l'incapace può prestare il consenso al trattamento sanitario a mezzo del suo rappresentante, occorre quindi interrogarsi circa la necessità o meno dell'autorizzazione giudiziale per la validità del consenso stesso. Giova premettere che non è possibile una estensione analogica delle disposizioni sull'autorizzazione (Cass. civ., Sez. II, 1 agosto 2003, n.11748 in *Arch. Civ.*, 2004, 791 e in *Gius*, 2004, 2, 216) e che le norme in materia di protezione dei soggetti incapaci non prevedono espressamente la necessaria autorizzazione del Giudice Tutelare per il consenso ai trattamenti sanitari. Ciò si giustifica perché in regime di interdizione, è il sistema normativo stesso (artt. 357, 424 comma I c.c.) a prevedere che il tutore abbia "la cura della persona" del pupillo ed un potere di cura personae si rinviene anche per l'amministrazione di sostegno (artt. 404, 405 comma IV, 411, comma I, c.c., 44 disp. att. c.c.). Pertanto, nell'interdizione e nell'amministrazione di sostegno (quivi salvo diverse disposizioni espresse del decreto), il rappresentante può prestare il consenso al trattamento sanitario senza necessità di autorizzazione del Giudice Tutelare, ma semplicemente informandolo in ordine a quanto costituisce oggetto di intervento, allegando le motivate ragioni dell'intervento, a firma del medico procedente, da cui si possa apprezzare l'interesse del soggetto debole alla cura (interesse che sussiste sempre dove il trattamento è funzionale al benessere psico-fisico del paziente). Sarà invece necessaria l'autorizzazione del

³ Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico"

giudice tutelare dove la libertà di cura vorrebbe essere esercitata nella sua forma negativa e, cioè, come rifiuto del trattamento sanitario: quivi sarà indefettibile l'intermediazione dell'Autorità Giudiziaria per accertare la volontà - espressa o ricostruibile ex post - del paziente incapace.

Ebbene, nel caso di specie: 1) l'intervento è curativo e necessario per lo stato di salute della persona interdetta; 2) la documentazione medica supporta in tal senso la necessità del consenso; 3) non sussistono rilievi del tutore per una pronuncia di diverso avviso.

P.Q.M.

Visti gli artt. 424, 374 c.c.,

NON LUOGO A PROVVEDERE.

il tutore può, in luogo dell'interdetto, prestare il consenso all'intervento di ecografia transesofageo in regime di sedazione profonda con propofol senza necessità di autorizzazione del Giudice Tutelare.

Si comunichi

Varese li, 25 settembre 2012

IL CASO.it

*