

La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*

di Benedetta Liberali **
(25 giugno 2018)

Sommario: 1. La nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT: alcuni preliminari profili problematici connessi alla concreta prassi applicativa. - 2. La relazione di cura fra medico (ed *équipe* sanitaria) e paziente, ma non solo: i famigliari, le parti dell'unione civile, i conviventi, la persona di fiducia ... - 3. (Segue): ... e il fiduciario. - 4. La legge n. 76 del 2016: un riconoscimento anticipato delle DAT, ma limitato ai conviventi *more uxorio*? - 5. I famigliari e i medici, ma non solo: quale ruolo per il giudice tutelare? - 6. (Segue): quale ruolo per l'amministratore di sostegno? - 7. Osservazioni conclusive.

1. La nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT: alcuni preliminari profili problematici connessi alla concreta prassi applicativa.

La legge n. 219 del 2017 introduce la prima regolamentazione organica in materia di consenso informato e offre la possibilità di definire le disposizioni anticipate di trattamento in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, oltre alla pianificazione condivisa delle cure in caso di patologie croniche caratterizzate da una evoluzione inarrestabile con prognosi infausta¹.

Tale disciplina rappresenta certamente un significativo contributo normativo in una materia particolarmente delicata, caratterizzata dal costante aggiornamento delle tecniche e delle conoscenze scientifiche, in cui vengono in rilievo i diritti alla vita, alla salute e all'autodeterminazione del paziente, oltre che il dovere di solidarietà e i principi di autonomia e responsabilità del medico.

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ A commento della disciplina introdotta con la legge n. 219 del 2017 si vedano C. CASONATO, "A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del re", in *Il Mulino OnLine*, 21 aprile 2017, F. G. PIZZETTI, "Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219", in *BioLawJournal*, 2018, I, 54 ss., U. ADAMO, "Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge", in *www.lacostituzione.info*, C. CUPELLI, "Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2017, e B. VIMERCATI – L. P. VANONI, "Le libertà calpestate da una cattiva legge", in *www.sussidiario.net*, 15 dicembre 2017. Per i generali profili sottesi alla materia si rinvia a P. BORSELLINO, "La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure", in *BioLawJournal*, 2013, III, 93 ss., C. CASONATO, "Fine vita: il diritto all'autodeterminazione", in *Il Mulino*, 2017, IV, 597 ss., F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008, C. PICCIOCCI, "Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare 'forma al vuoto' in attesa di una legge", in *Rivista AIC*, 2016, II.

Cionondimeno, è possibile individuare alcuni profili problematici, che attengono principalmente alla sua effettiva applicazione, in ragione della possibilità, prevista a certe condizioni dalla stessa legge oppure prefigurabile nella concreta prassi applicativa, che alle disposizioni anticipate di trattamento oppure alla pianificazione condivisa delle cure non venga dato seguito, pur in mancanza di un espresso riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza per i medici e il personale sanitario.

Proprio considerando il mancato riconoscimento di questo diritto, si pensi innanzitutto alla singolarità dell'art. 1, comma nono, della legge n. 219 del 2017, che impone specifici oneri organizzativi alle strutture ospedaliere (sia pubbliche sia private), con ciò evocando il tenore dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978 (e le relative e ben note problematiche applicative) in materia di interruzione volontaria di gravidanza. La legge n. 194, al contrario, riconosce il diritto di obiezione di coscienza e, conseguentemente, ha inteso imporre agli ospedali e anche alle Regioni la garanzia in ogni caso della relativa prestazione sanitaria.

Si pensi, ancora, alla possibilità per lo stesso medico di disattendere in tutto o in parte le disposizioni anticipate di trattamento, in accordo con il fiduciario individuato dal paziente, nel caso in cui esse siano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del soggetto oppure quando vi siano terapie non prevedibili al momento della loro stesura, idonee a offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita (art. 4, comma quinto).

L'art. 1, comma sesto, inoltre, stabilisce un regime di irresponsabilità per il medico che non offra al paziente trattamenti che possano essere contrari non solo alla legge, ma anche alla deontologia professionale o alle buone pratiche mediche, così introducendosi ulteriori parametri di valutazione di non facile definizione (soprattutto con riferimento alla deontologia e alle buone pratiche mediche) che dovrebbero orientare il medico nella decisione di disattendere le richieste del paziente.

Ulteriori profili problematici connessi alla effettiva attuazione non solo delle disposizioni anticipate di trattamento, ma anche della pianificazione condivisa delle cure per le malattie croniche e invalidanti con esito infausto si pongono anche se si considerano le difficoltà che possono sorgere per identificare i soggetti che devono attenersi alle volontà del paziente.

A questo proposito, si pensi innanzitutto alla stessa individuazione del medico (a seconda della patologia che viene in rilievo) che deve garantire le necessarie e congrue informazioni al fine della formazione del consenso e che successivamente deve dare seguito alla volontà del paziente.

Si pensi, inoltre, all'espresso coinvolgimento dell'*équipe* sanitaria e, dunque, a una cerchia più o meno ampia di ulteriori soggetti che intervengono nella formazione del consenso e nell'esecuzione delle volontà del paziente.

Ancora, si pensi alle criticità che possono sorgere a fronte della stessa (necessaria) organizzazione dei turni di servizio e, dunque, dell'ineliminabile e ordinario avvicinarsi del personale medico e sanitario nella presa in carico, nel corso del tempo, del paziente. Si possono porre, in questi casi, potenziali difficoltà nella garanzia della necessaria continuità assistenziale, laddove non siano condivise le informazioni fornite al paziente e i trattamenti sanitari proposti.

Tali complessivi profili di problematicità in ordine alla effettiva attuazione della nuova disciplina in materia non sembrano affatto attenuarsi né considerando che, in generale, la legge n. 219 prevede una clausola di invarianza finanziaria (pur a fronte degli specifici oneri organizzativi, di formazione e di monitoraggio, oltre che di trasmissione e gestione dei dati che vengono imposti)², né tenendo conto dell'intenzione del Ministero della Salute di provvedere a garantire in ogni caso il diritto di obiezione di coscienza sebbene, come si è sottolineato, la legge n. 219 non lo riconosca espressamente³.

Rinviando alle più ampie e approfondite considerazioni già svolte rispetto a tali profili⁴, in questa sede ci si intende soffermare su un ulteriore e diverso aspetto che riguarda il coinvolgimento di numerosi altri soggetti in generale nella relazione di cura e in particolare nell'attuazione delle disposizioni anticipate di trattamento, oltre che della pianificazione delle cure.

La legge n. 219, infatti, in modo non sempre lineare, individua una serie di soggetti terzi, oltre al paziente e al medico, che possono a diverso titolo intervenire nella complessiva procedura. Quest'ultima prende avvio con il primo flusso informativo fra medico e paziente, prosegue con la definizione delle sue volontà (sia nella formazione del consenso informato per ogni tipo di

² A commento di tale disposizione si rinvia a C. BERGONZINI, "Clausola di invarianza finanziaria", in *BioLawJournal*, 2018, I, 75 ss., e a A. FRANCESCONI, "Commento alla clausola di invarianza finanziaria (Art. 7) della Legge 14 dicembre 2017: Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", *ivi*, 80, che ritiene che, "in assenza di investimenti iniziali, la probabilità che le Aziende Pubbliche di Servizi Sanitari incontrino difficoltà nella rapida ed efficace implementazione della normativa sul consenso informato e sul DAT è da ritenersi elevata, con le relative conseguenze in termini di effettivo ottenimento dei risultati attesi dal legislatore".

³ Su tale profilo si veda innanzitutto A. PUGIOTTO, "Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1992, X, 240 ss. Il Ministro della Salute, invece, ha dichiarato di voler contemperare la necessità di applicare la legge con l'esigenza di garantire agli operatori il rispetto della loro coscienza ("Biotestamento, Lorenzin: «Garantirò l'obiezione di coscienza»", Ansa, 20 dicembre 2017).

⁴ Rispetto al mancato riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza e ai rischi di una ineffettiva applicazione della disciplina sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, "Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?", in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017, III, 262 ss. Si veda ancora F. G. PIZZETTI, "Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previsto dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219", *cit.*, 59, oltre che D. PARIS, "Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?", in *BioLawJournal*, 2018, I, 33, con specifico riferimento al rinvio operato dall'art. 6, comma primo, della legge n. 219 al codice deontologico medico e alla possibilità che, in tal modo, si possa configurare un riconoscimento indiretto del diritto di obiezione di coscienza.

trattamento, sia nell'ambito delle disposizioni anticipate di trattamento e della pianificazione condivisa delle cure) e conduce alla loro esecuzione.

Le disposizioni che a queste figure fanno riferimento, pur non incidendo forse in modo diretto sulla effettiva applicazione della disciplina, sembrano porre diversi ordini di problematicità, innanzitutto con riguardo alla loro stessa individuazione (con specifico riguardo alla categoria dei "familiari") e in secondo luogo rispetto al necessario coordinamento con un'altra recente, ma precedente, disciplina che ha (già) previsto la possibilità per il convivente di fatto di designare l'altro quale rappresentante con pieni o limitati poteri in caso di malattia che determini incapacità di intendere e di volere (art. 1, comma 40, della legge n. 76 del 2016)⁵.

2. La relazione di cura fra medico (ed équipe sanitaria) e paziente, ma non solo: i famigliari, le parti dell'unione civile, i conviventi, la persona di fiducia ...

Nella relazione di cura definita dalla legge n. 219 vengono coinvolti, oltre ovviamente al paziente e al medico, anche i componenti dell'équipe sanitaria e, con specifico riguardo all'applicazione delle terapie del dolore, il medico di medicina generale (art. 2, comma primo)⁶.

Si sono a questo riguardo già poste in rilievo le difficoltà che potrebbero determinarsi nella concreta prassi applicativa a fronte dei turni e del conseguente e necessario avvicinarsi nella presa in carico dei pazienti, sia con riguardo alle disposizioni anticipate di trattamento sia rispetto alla pianificazione condivisa delle cure, anche tenendo conto del mancato (espreso) riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza e della possibilità di rifiutare trattamenti contrari alla deontologia professionale o alle buone pratiche mediche, che consegnano ai medici un ampio e non prevedibile margine di discrezionalità (art. 1, comma sesto).

Le criticità, in questa prospettiva, risiedono in particolare nella possibilità che i medici e il personale ausiliario che subentrano nella presa in carico del

⁵ A commento di questa specifica disposizione, si vedano le osservazioni di G. BUFFONE, "Regime giuridico della convivenza", in G. BUFFONE – M. GATTUSO – M. M. WINKLER (a cura di), *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Giuffrè, Milano, 2017, 465 ss. In generale, sulla legge che regola le unioni civili e le convivenze di fatto si rinvia a M. D'AMICO, "L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico", in *Federalismi*, 9 marzo 2016, G. FERRANDO, "Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma", in *Genius*, 2016, II, 6 ss., e A. FIGONE, "La disciplina della convivenza", *ivi*, 141 ss.

⁶ L. ORSI, "Un cambiamento radicale nella relazione di cura, quasi una rivoluzione (articolo 1, commi 2 e 3)", in *BioLawJournal*, 2018, I, 25, ritiene che l'inclusione dei professionisti che compongono l'équipe sanitaria sia opportuna e doverosa, evidenziando "un aspetto fondamentale" della relazione fra medico e paziente, poiché "qualsiasi attività di cura minimamente significativa necessita di un coordinato lavoro multi-professionale e, quasi sempre, multi-disciplinare".

paziente nel corso del tempo possano non condividere il flusso informativo che ha sostanzialmente contribuito alla formazione del consenso e, quindi, alla conseguente definizione delle disposizioni anticipate di trattamento o della pianificazione delle cure.

Sia con riguardo alle disposizioni anticipate di trattamento, sia rispetto alla pianificazione delle cure, peraltro, il fattore temporale assume un rilievo essenziale, se solo si considera che l'art. 4, comma quinto, prevede, rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento, che proprio tenendo conto del trascorrere del tempo il medico possa disattenderle (valutando, come si è visto, la palese incongruità o non corrispondenza alla condizione clinica attuale oppure ancora tenendo conto di nuove terapie non prevedibili al momento della definizione delle stesse disposizioni) e che l'art. 5, comma quarto, dispone, rispetto alla pianificazione delle cure, che il progressivo evolversi della malattia possa determinarne l'aggiornamento (su richiesta del paziente o su suggerimento del medico).

La delicatezza della materia e gli indubbi profili problematici sottesi alla necessità di dare seguito alla volontà del paziente (sempre nei limiti indicati dalla legge) pur a fronte del mancato riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza potrebbe ragionevolmente far ritenere che si possano porre nella garanzia effettiva di tali prestazioni - pure imposta espressamente dalla legge a carico delle strutture sia pubbliche sia private - criticità rilevanti e del tutto simili a quanto è avvenuto (e avviene) in relazione alla diversa materia dell'interruzione volontaria di gravidanza.

Anche il riconoscimento della possibilità di rifiutare le prestazioni richieste dal paziente, laddove siano ritenute contrarie alla deontologia professionale e alle buone pratiche mediche (oltre che alla legge), introduce un ulteriore profilo di valutazione che potrebbe assumere diverse connotazioni a seconda del medico che prende in carico il paziente nel corso del tempo.

Nella relazione di cura fra il paziente e il medico (o, meglio, i medici e i componenti dell'*équipe* sanitaria), la legge n. 219 in modo significativo coinvolge espressamente anche i familiari o una persona di fiducia, che può assumere la veste di vero e proprio fiduciario che, ai sensi all'art. 4, comma primo, fa le veci e rappresenta il paziente nel rapporto con il medico e con la struttura sanitaria.

Nell'inserire questi opportuni riferimenti ai familiari e, dunque, alle persone che presumibilmente sono più vicine al paziente, se pure il legislatore ha avuto

cura di specificare costantemente la necessità del consenso di quest'ultimo⁷, le disposizioni sembrano connotate da un grado di imprecisione non trascurabile.

Innanzitutto, nella disposizione generale relativa al loro coinvolgimento nella relazione di cura si fa riferimento in via alternativa (oltre che alla "persona di fiducia") ai "familiari", alla "parte dell'unione civile" e al "convivente" (art. 1, comma secondo).

In tale disposizione, in particolare, sembra che questi termini siano posti sullo stesso piano (e, dunque, ritenuti omogenei) e fra loro alternativi (risultando separati dalla congiunzione "o"). Tutte le tre categorie, poi, risultano complessivamente separate (attraverso l'utilizzo della diversa congiunzione "ovvero") rispetto alla persona di fiducia (che, in effetti, potrebbe essere soggetto diverso dai primi e, dunque, non avere alcun "legame familiare" con il paziente).

Il legislatore, dunque, ritiene necessario elencare espressamente (dopo il riferimento ai familiari) le parti di un'unione civile e i conviventi che, con tutta evidenza, non vengono automaticamente ricompresi in quella nozione.

Il riferimento alla parte dell'unione civile e al convivente, invece, scompare poco oltre (art. 1, comma terzo), nella parte in cui si riconosce al paziente la facoltà di rifiutare di ricevere le informazioni oppure di indicare soggetti terzi incaricati di riceverle e di esprimere per lui il consenso. In tale evenienza, infatti, sempre se il paziente lo vuole, potranno essere da lui indicati solo i "familiari" o una "persona di sua fiducia".

Scompare, insieme alla parte dell'unione civile e al convivente, anche la persona di fiducia, nel caso in cui il paziente intenda rinunciare o rifiutare un trattamento sanitario necessario per la sopravvivenza. In questa ipotesi, infatti, il medico prospetta le relative conseguenze al paziente e, se questi lo consente, solo ai "familiari" (art. 1, comma quinto).

Non sembra potersi ritenere che, in questi successivi commi della medesima disposizione, il legislatore abbia voluto ricomprendere nella nozione di "familiari" tutte le altre categorie di soggetti, al fine di non doverle continuamente richiamare in tutti i casi in cui venga assegnato rilievo al loro ruolo.

Tutte le citate categorie di soggetti terzi rispetto al medico e al paziente, infatti, tornano successivamente a essere citate in modo espreso con specifico riguardo alla pianificazione condivisa delle cure. Il flusso informativo, sempre laddove il paziente lo consenta, ha come destinatari sia i familiari, sia la parte dell'unione civile o il convivente, sia la persona di fiducia (art. 5, comma secondo).

⁷ Si veda ancora L. ORSI, "Un cambiamento radicale nella relazione di cura, quasi una rivoluzione (articolo 1, commi 2 e 3)", cit., secondo cui la previsione del consenso del paziente per il coinvolgimento dei familiari, della parte dell'unione civile, del convivente o della persona di fiducia non sarebbe affatto inutile, se si considera la prassi che sarebbe "talvolta gravata da un'informazione diretta prevalentemente ai familiari con l'esclusione parziale o totale del malato, soprattutto in caso di malattie gravi o terminali".

La legge n. 219, dunque, mostra di fare un ricorso del tutto peculiare (e, come si è detto, non sempre lineare e coerente) a queste categorie di soggetti, anziché alla sola categoria di familiari (entro cui ricomprendere anche la parte dell'unione civile e il convivente di fatto).

Questa scelta se da un lato potrebbe trovare forse giustificazione nell'intenzione di valorizzare in modo specifico le unioni civili e le convivenze di fatto, a fronte del loro recente riconoscimento da parte della legge n. 76 del 2016, dall'altro lato, certamente, pone in evidenza come le parti dell'unione civile e i conviventi non vengano ritenuti del tutto assimilabili - ovviamente solo ai limitati fini posti dalla stessa legge n. 219 - ai familiari (fra cui certamente si devono poter ricomprendere i coniugi).

A questo riguardo, inoltre, occorre tenere conto di un ulteriore elemento di complicazione, che attiene all'individuazione specifica di quali soggetti possono effettivamente rientrare nella stessa nozione di "familiari" (con evidente esclusione, come si è detto, della parte dell'unione civile e del convivente).

L'interrogativo si pone, in particolare, se si considera che agli effetti della legge penale la nozione di "prossimi congiunti" viene espressamente definita dall'art. 307 (*Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata*) c.p. In essa rientrano "gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole".

La parte dell'unione civile, quindi, in materia penale risulta compresa fra i "prossimi congiunti" al pari del coniuge, mentre la legge n. 219 la differenzia (unitamente al convivente di fatto) rispetto ai "familiari" (che, invece, ragionevolmente devono ricomprendere il coniuge).

La legge n. 219, dunque, utilizza il termine "familiari" (in ciò discostandosi dalla nozione definita agli effetti della legge penale di "prossimi congiunti"), senza ulteriormente specificarla, e tiene a esplicitare i riferimenti alla parte dell'unione civile (che, invece, rientra espressamente nella citata categoria dei "prossimi congiunti" e che viene equiparata al coniuge, a determinati effetti, dalla legge n. 76 del 2016) e al convivente di fatto (che rispetto alle prime due categorie di soggetti – coniugi e parti dell'unione civile – mantiene una indubbia separata connotazione, alla luce, in particolare, della giurisprudenza costituzionale consolidata, oltre che, da ultimo, della stessa disciplina introdotta dalla legge n. 76⁸).

⁸ La Corte costituzionale, infatti, ha costantemente ribadito la netta differenziazione fra il rapporto di coniugio e quello di convivenza di fatto, escludendo di conseguenza l'irragionevolezza delle scelte del legislatore che ne differenziano le rispettive discipline. In particolare, la Corte ha ripetutamente affermato la "profonda diversità che caratterizza la convivenza *more uxorio* rispetto al rapporto coniugale, tale da impedire l'automatica parificazione delle due situazioni, ai fini di una identità di trattamento fra i rispettivi regimi" (ordinanza n. 7 del 2010). La convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale e non può esservi assimilata "per desumerne l'esigenza costituzionale di una parità di trattamento"

Un'ulteriore notazione critica può essere svolta, in generale, rispetto alla scelta del legislatore di indicare quali destinatari del flusso informativo fra medico e paziente i famigliari senza specificarne la tipologia.

Proprio la mancata specificazione di questi soggetti insieme al riferimento di chiusura alla persona di fiducia (sempre nella fase in cui non abbia eventualmente ancora assunto le vesti di vero e proprio fiduciario), infatti, induce a chiedersi se non sarebbe stato più semplice consentire al paziente, con una clausola ancora più generale, di coinvolgere "qualunque altra persona" (certamente "di fiducia"), in tal modo ricomprendendo sia i famigliari, sia la parte dell'unione civile e il convivente, sia (quindi) ogni altra persona di fiducia.

3. (Segue): ... e il fiduciario.

Come si è già accennato, sia rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento sia in ordine alla pianificazione condivisa delle cure, è possibile che il paziente indichi un vero e proprio fiduciario. Rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento, l'art. 4, comma primo, prevede in generale che quest'ultimo faccia le veci e rappresenti il paziente nella relazione con il medico e con le strutture sanitarie.

Il profilo di maggiore interesse e di cruciale importanza attiene al ruolo riconosciuto al fiduciario nell'ipotesi in cui il medico decida di disattendere, in tutto o in parte, le disposizioni anticipate di trattamento.

(sentenza n. 140 del 2009). La "stessa Costituzione ha valutato le due situazioni in modo diverso, ed il dato assume rilievo determinante in un giudizio di legittimità costituzionale. Infatti il matrimonio forma oggetto della specifica previsione contenuta nell'art. 29 Cost., che lo riconosce elemento fondante della famiglia come società naturale, mentre il rapporto di convivenza assume anch'esso rilevanza costituzionale, ma nell'ambito della protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali garantita dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 237 del 1986)" (sentenza n. 140 del 2009). Si vedano anche le sentenze nn. 8 del 1996, 2 e 166 del 1998, 352 del 2000 e 86 del 2009. La Corte costituzionale è giunta ad affermare, quindi, che "la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio rappresenta [...] un punto fermo di tutta la giurisprudenza costituzionale in materia ed è basata sull'ovvia constatazione che la prima è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della seconda (ex plurimis sentenza n. 127 del 1997)" (ordinanza n. 491 del 2000). Cionondimeno, è stato riconosciuto un indubbio rilievo alla convivenza di fatto: e, infatti, è ben possibile che, "in relazione ad ipotesi particolari, si possono riscontrare tra convivenza more uxorio e rapporto coniugale caratteristiche tanto comuni da rendere necessaria una identità di disciplina, che questa Corte può garantire attraverso il controllo di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost. e che, in presenza di determinati presupposti, ha in concreto realizzato (sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988, nelle quali l'elemento unificante tra le due situazioni è stato ravvisato nell'esigenza di tutelare il diritto sociale all'abitazione, collocabile tra i diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost.)" (sentenza n. 140 del 2009). Si veda, in senso analogo, anche la sentenza n. 213 del 2016, secondo cui "la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'art. 3 Cost. (sentenze n. 416 e n. 8 del 1996; ordinanza n. 121 del 2004)".

Il medico, infatti, potrà procedere in questo senso solo in accordo con il fiduciario, che dovrà dunque considerare da un lato le stesse disposizioni anticipate di trattamento e dall'altro lato le ragioni che, sulla base dei parametri di valutazione indicati dalla medesima legge, inducono il medico a ritenere di non potervi dare seguito.

La responsabilità del fiduciario, da questo punto di vista, è ancora più significativa, se si considera che il disaccordo con il medico determina il coinvolgimento di una terza figura, quella del giudice tutelare, che, ancora una volta, è chiamato a orientarsi fra le disposizioni anticipate di trattamento originariamente definite dal paziente, le successive determinazioni del medico maturate alla luce delle conoscenze tecniche e scientifiche nell'ambito della sua autonomia e responsabilità e, infine, la posizione del fiduciario.

Questi profili critici sembrano ulteriormente accentuarsi nell'ipotesi in cui il medico intenda disattendere (solo) parzialmente le disposizioni anticipate. In questo caso, infatti, al fiduciario prima e poi, eventualmente, al giudice tutelare è richiesta una valutazione ancora più specifica. Essa, infatti, dovrà essere ritagliata sui soli aspetti delle volontà del paziente che il medico intende disattendere e sarà inevitabilmente influenzata dalla prognosi sul quadro di risulta complessivo delle stesse disposizioni.

Il ruolo del fiduciario è altrettanto essenziale anche nell'ambito della pianificazione condivisa delle cure, laddove venga eventualmente indicato dal paziente (art. 5, comma terzo).

L'art. 5, comma primo, chiarisce che alla pianificazione delle cure sono tenuti ad attenersi i medici e l'*équipe* sanitaria, "qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità". Proprio in tale evenienza sembra riproporsi la medesima situazione di eventuale conflitto di cui all'art. 4, comma quinto, anche considerando che espressamente l'art. 5, comma quinto, opera un generale rinvio all'art. 4 per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati⁹.

4. La legge n. 76 del 2016: un riconoscimento anticipato delle DAT, ma limitato ai conviventi *more uxorio*?

Il legislatore, come si è visto, ha fatto un ricorso non sempre lineare ai famigliari, alla parte dell'unione civile e al convivente *more uxorio* con ciò ponendo qualche profilo problematico in ordine alla loro stessa individuazione e alla loro conseguente partecipazione nella relazione di cura con i medici e le

⁹ A questo riguardo, F. GIARDINA, "Il fiduciario", in *BioLawJournal*, 2018, I, 62, giunge a ritenere il ruolo del fiduciario nella pianificazione condivisa delle cure ancora "più pregnante, poiché partecipa alla relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, in una fase della patologia «cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta», nella quale il paziente è ancora capace di manifestare i propri intendimenti. In seguito, in presenza di una successiva incapacità, il fiduciario sarà garante del rispetto della pianificazione delle cure da parte del medico e dell'*équipe* sanitaria".

strutture sanitarie, con riguardo al (costante) flusso informativo che deve sostanziare la formazione del consenso del paziente.

Si potrebbe ritenere che il legislatore abbia inteso differenziare le parti delle unioni civili e i conviventi di fatto rispetto ai famigliari, al fine di valorizzarne il ruolo alla luce della recente disciplina che ne ha regolamentato i rispettivi istituti (legge n. 76 del 2016). In questa prospettiva, come si è detto, risultano però difficilmente giustificabili le già citate differenziazioni nel richiamo a queste tre categorie di soggetti (quelli che rientrano nella nozione di famigliari da un lato e dall'altro le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto).

Un ulteriore elemento di complicazione emerge, inoltre, se si considera che proprio la disciplina delle unioni civili fra persone dello stesso sesso e delle convivenze *more uxorio* aveva già introdotto una specifica disposizione che riconosce la possibilità per i soli conviventi di nominarsi reciprocamente quali rappresentanti per le scelte in materia di salute.

In particolare, l'art. 1, comma 40, della legge n. 76 del 2016 prevede che il convivente possa designare l'altro quale suo "rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute".

Dopo che l'art. 1, comma 39, della legge n. 76 riconosce che in caso di malattia o ricovero il convivente di fatto si vede riconosciuti il diritto di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali secondo le modalità previste dagli ospedali per "i coniugi e i familiari", il comma 40, disciplinando la nomina del rappresentante del convivente di fatto in caso di malattia che determini uno stato di incapacità, sembra introdurre un ulteriore specifico profilo di equiparazione fra le menzionate categorie in ordine al potere di indicare un proprio rappresentante per le scelte in materia di salute.

In tal modo, allo scopo di equiparare anche a questi fini la figura del convivente a quella del coniuge e della parte dell'unione civile, tale previsione sembra aver riconosciuto implicitamente questa stessa facoltà di nomina anche a tali ultimi soggetti, pur in assenza di una espressa previsione normativa (almeno fino alla legge n. 219 del 2017).

A questo proposito, si è efficacemente sottolineato come la disposizione, benché riguardi ovviamente il convivente, si riferisca "per effetto-specchio al coniuge o al partner di unione civile". In tale prospettiva non solo la previsione potrebbe rivelare "una possibilità non esplicitata riguardo ai coniugi", ma addirittura farebbe "affiorare un aspetto dell'autodeterminazione della persona che prevede la possibilità di esercitare la fiducia affidando a una persona il compito di decidere in materia di salute"¹⁰.

¹⁰ Si vedano le osservazioni di P. ZATTI – M. PICCINI, "La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, IX, 1283 ss., rispetto alla possibilità di ritenere che l'art. 1, comma 40, della legge n. 219 del 2017 evochi un orizzonte ancora più ampio, ossia il generale potere di nominare una persona di fiducia, senza che sia richiesto il vincolo coniugale, di unione civile o di convivenza.

La legge n. 76 del 2016, dunque, ha introdotto espressamente per i conviventi di fatto (già prima della legge n. 219 del 2017) la possibilità di definire le proprie disposizioni anticipate di trattamento, dando (forse) per scontato che questa stessa possibilità potesse già valere per i coniugi (e poi per le parti delle unioni civili, a essi equiparati)¹¹.

L'approvazione della legge n. 219, in ogni caso, elimina tali dubbi interpretativi, in ragione del riconoscimento espresso della figura del fiduciario, che potrà certamente essere individuato nel coniuge, nella parte dell'unione civile o nel convivente, così come in ogni altra persona di fiducia.

In questa prospettiva, si potrebbe ritenere che le due discipline siano sovrapponibili, avendo previsto successivamente la legge n. 219 il medesimo istituto riconosciuto (solo) per i conviventi di fatto dalla legge n. 76.

Al generale coinvolgimento nella relazione di cura dei famigliari, della parte dell'unione civile e del convivente, oltre che della persona di fiducia, previsto dall'art. 1 della legge n. 219, infatti, sembra corrispondere la previsione di cui al comma 39 dell'art. 1 della legge n. 76, che, come si è visto, estende ai conviventi i diritti dei coniugi (e delle parti delle unioni civili) in caso di malattia o ricovero che attengono alla visita, all'assistenza e all'accesso alle informazioni personali.

Le successive e specifiche disposizioni relative alla nomina del vero e proprio fiduciario possono dirsi allo stesso modo omogenee rispetto a quanto stabilisce l'art. 1, comma 40, della legge n. 76, se si considera, in particolare, che il convivente all'atto di nomina del suo rappresentante può conferire non solo pieni poteri, ma anche indicare eventuali limitazioni che ne orientino l'esercizio¹², e se si interpreta l'inciso "in caso di malattia" contenuto nella legge

¹¹ In questo senso si vedano E. CALÒ, "Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo", in *Notariato*, 2016, VI, 596 ss., secondo cui la legge n. 76 avrebbe attribuito al convivente poteri che non sono riconosciuti né al coniuge né alla parte dell'unione civile, "basandosi sul presupposto discutibile, che nel coniugio (e quindi nell'unione civile) tali poteri vi siano", e F. G. PIZZETTI, "Disegno di legge Cirinnà e testamento biologico", in *Federalismi*, 4 maggio 2016, 12 s. Si veda anche L. LENTI, "Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri", in *Fam. e dir.*, 2016, X, 931 ss. Secondo A. CORDIANO, "La disciplina in tema di salute e di fine vita nella l. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate", in *Fam. e dir.*, 2018, II, 213, la legge n. 76 del 2016 avrebbe generato "un fenomeno di sovrapproduzione normativa in ambiti dove già esistevano fonti primarie e secondarie e orientamenti giurisprudenziali più o meno consolidati".

¹² Al riguardo, si vedano ancora P. ZATTI – M. PICCINI, "La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente a una disciplina delle DAT", cit., che espressamente ritengono che la sostituzione volontaria ivi prevista, così come la previsione che essa sia posta in previsione di una sopravvenuta incapacità di intendere e volere, configuri "l'ambito di disposizione proprio alle DAT. Questa nomina di fiduciario, in sostanza, appare come uno strumento di possibile *gestione rappresentativa del percorso di malattia, anche oltre la perdita della capacità di autodeterminarsi*, con un orizzonte amplissimo quanto alle decisioni". In modo particolarmente significativo, si sottolinea che "affiora, qui, una sorta di previsione implicita, per dir così eterogenetica, non ascrivibile all'intento del legislatore storico ma iscritta nel senso della norma, della possibilità di consegnare a un fiduciario un mandato che include le proprie *disposizioni anticipate di trattamento*".

n. 76 nel senso di ammettere (anche) la designazione anticipata del rappresentante rispetto a una condizione futura e non attuale¹³.

Cionondimeno, permane un'indubbia duplicazione normativa (che sembra priva di ogni ragionevole motivazione) con specifico riguardo al ruolo nella relazione di cura e nella definizione delle disposizioni anticipate di trattamento riconosciuto al convivente di fatto, che può trovare il proprio fondamento in entrambe le discipline che espressamente a tale soggetto fanno riferimento.

A questa duplicazione normativa si aggiunge, però, anche un'insuperabile differenza sostanziale fra le due previsioni, nella parte in cui l'una limita la facoltà di nomina solo nei confronti del convivente di fatto, mentre l'altra fa riferimento in generale alla figura del fiduciario, senza indicarne specifici requisiti soggettivi¹⁴.

Se si tiene conto, inoltre, di quanto previsto dall'art. 1, comma 48, della legge n. 76 e dall'art. 3, commi quarto e quinto, della legge n. 219, le difficoltà di coordinamento fra le diverse discipline appaiono ancora più marcate.

La prima di queste disposizioni, infatti, prevede che il convivente di fatto possa essere nominato tutore, curatore o anche amministratore di sostegno, nel caso in cui l'altro componente della coppia sia interdetto o inabilitato oppure ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'amministrazione di sostegno (ossia quando il soggetto per effetto di un'infermità o di una menomazione fisica o psichica si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi). La legge n. 219 disciplina, in generale, il ruolo che l'amministratore può svolgere laddove venga espressamente riconosciuta nel suo atto di nomina l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario¹⁵.

In senso critico rispetto all'espressione "poteri pieni o limitati" si esprime L. LENTI, "Convivenze di fatto", cit. Si vedano al riguardo anche le osservazioni di F. G. PIZZETTI, "Disegno di legge Cirinnà e testamento biologico", cit., 11.

¹³ In questo senso si vedano ancora le osservazioni sulla legge n. 76 del 2016, svolte prima che entrasse in vigore la legge n. 219 del 2017, di F. G. PIZZETTI, "Disegno di legge Cirinnà e testamento biologico", cit., 6 s.

¹⁴ A questo proposito E. CALÒ, "Convivenze: il legislatore crea il testamento biologico credendo di estenderlo", cit., sottolinea i profili di incostituzionalità della previsione, nella parte in cui non solo privilegia la convivenza di fatto rispetto agli altri rapporti affettivi, ma anche "non contempla qualsiasi altro rappresentante che il convivente stesso". L'A. pone in rilievo, inoltre, i profili problematici che derivano dalla asserita impossibilità di designare il proprio rappresentante per i conviventi non registrati.

¹⁵ Sul rapporto fra amministrazione di sostegno e rappresentanza per la salute in relazione alla convivenza di fatto si vedano le critiche osservazioni di F. G. PIZZETTI, "Disegno di legge Cirinnà e testamento biologico", cit., 5 ss., che sottolineava, prima dell'approvazione della legge n. 219, che "il disegno di legge approvato dal Senato, se la Camera non ne modificherà il testo, sembra aver confezionato un istituto per la nomina del rappresentante per la salute all'interno della coppia di conviventi in caso di malattia che comporta incapacità d'intendere e di volere per certi versi meno vantaggioso rispetto al ricorso all'amministrazione di sostegno quale strumento forgiato dalla giurisprudenza per la pianificazione anticipata delle cure. Strumento, quest'ultimo, al quale gli stessi conviventi avrebbero potuto, invece, rifarsi, in base all'estensione anche alle convivenze di fatto dell'istituto dell'amministrazione di sostegno disposta all'art. 1, comma 48 d.d.l., se non fosse stata, per loro, prevista proprio la disciplina, meno favorevole, di cui all'art.

Il tanto atteso e auspicato intervento del legislatore in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, quindi, se da un lato riconosce espressamente per tutti i soggetti la possibilità di indicare un fiduciario per le scelte relative ai trattamenti sanitari con ciò superando i dubbi interpretativi connessi alla espressa previsione di questa possibilità per i soli conviventi da parte della legge n. 76, dall'altro lato indubbiamente lascia permanere non secondarie difficoltà (quantomeno) ricostruttive della complessiva disciplina in materia, considerando le disposizioni specificamente dedicate alla convivenza di fatto e quelle del codice civile che, in generale, disciplinano l'amministrazione di sostegno.

Tale ultimo profilo problematico di mancato coordinamento fra le diverse discipline si pone, come si vedrà oltre, con specifico riguardo alla stessa individuazione dei poteri riconosciuti all'amministratore di sostegno e al connesso ruolo che viene riconosciuto al giudice tutelare e costituirà, a fronte della (pur problematica) prima ordinanza di rimessione in materia su cui si tornerà oltre, oggetto specifico di una prossima decisione della Corte costituzionale¹⁶.

5. I famigliari e i medici, ma non solo: quale ruolo per il giudice tutelare?

Fra i diversi soggetti che possono intervenire nella procedura di formazione e attuazione delle volontà del paziente, che non sia più in grado di esprimerle personalmente, viene in rilievo il giudice tutelare.

In particolare, egli interviene in caso di conflitto fra il medico e il fiduciario (grazie al rinvio operato dall'art. 4, comma quinto, all'art. 3, comma quinto, che prevede il suo intervento in caso di interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno, laddove vi sia disaccordo con il medico e in assenza di disposizioni anticipate).

Ciò si verifica quando il primo ritenga di dover disattendere in tutto o in parte le disposizioni del paziente, se considerate "palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente" oppure quando vi siano "terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita" (art. 4, comma quinto).

1, commi 40, *lett. a*) e 41". Si veda, inoltre, G. FERRANDO, "Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici", in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, 1886 ss., rispetto ai poteri del rappresentante legale e dell'amministratore di sostegno in campo sanitario. L. LENTI, "Convivenze di fatto", cit., inoltre, sottolinea come "Dato che la nuova legge non ha innovato la disciplina del 2004 sulla posizione del convivente, né ve n'era alcun bisogno, e viste anche la sua incuria e la sua imprecisione, sarebbe stato preferibile se il legislatore avesse ignorato del tutto la posizione del convivente rispetto all'interdizione e all'amministrazione di sostegno, dato che erano già adeguatamente tutelate in via legislativa".

¹⁶ Trib. Pavia, ordinanza 24.3.2018, in www.biodiritto.org.

Si sono già poste in rilievo le criticità di una simile previsione, che consente sostanzialmente di non dare esecuzione alle disposizioni anticipate di trattamento sulla base di valutazioni che possono essere anche molto discrezionali, ancorandosi a parametri di riferimento di non facile e certa individuazione.

I medesimi profili problematici sembrano porsi in misura ancor più rilevante in relazione al ruolo assegnato al giudice tutelare.

Egli, infatti, è chiamato a decidere se dare seguito alle volontà del paziente (espresse nelle disposizioni anticipate di trattamento e fatte valere dal fiduciario) oppure aderire all'impostazione del medico, operando una valutazione che evidentemente si dovrà ancorare ai medesimi parametri indicati dalla disposizione. Il giudice tutelare, dunque, si dovrà confrontare con la congruità e la corrispondenza fra le disposizioni anticipate di trattamento e la condizione del paziente e, soprattutto, dovrà soppesare la qualità sia delle eventuali nuove terapie, sia delle concrete possibilità di miglioramento della vita.

Questi (pur problematici) parametri di valutazione indicati dall'art. 4, comma quinto, per dirimere il conflitto fra medico e fiduciario (sempre laddove quest'ultimo sia stato nominato) non vengono espressamente indicati, invece, in relazione a soggetti interdetti, inabilitati o per i quali sia nominato un amministratore di sostegno (quando non vi siano disposizioni anticipate di trattamento) e ai minori¹⁷.

Il ruolo del giudice tutelare, nei casi di interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno che risultano particolarmente delicati in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, sembra in ogni caso potersi definire innanzitutto considerando che, in particolare rispetto all'amministrazione di sostegno, egli è chiamato a decidere se, nell'atto di nomina, inserire questo ulteriore settore di intervento, ossia "l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario" (art. 3, comma quarto).

Inoltre, se pure espressamente l'art. 3 ne richiami l'intervento nel caso di disaccordo fra amministratore di sostegno o rappresentante legale e medico rispetto all'applicazione delle cure al paziente, non si può non tenere conto delle

¹⁷ Rispetto alla condizione di minore età si consideri quanto accade nella pur diversa materia dell'interruzione volontaria di gravidanza. L'art. 12 della legge n. 194 del 1978 prevede l'intervento del giudice tutelare nei primi novanta giorni di gravidanza, laddove non si possano consultare le persone che esercitano la responsabilità genitoriale o la tutela oppure laddove queste rifiutino il loro assenso o siano in disaccordo fra loro. Il giudice tutelare sente la donna minore di età e, "tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza". Sul ruolo del giudice tutelare in materia, che non si sostituisce alla donna nella decisione di interrompere la gravidanza, e sulla relativa giurisprudenza costituzionale sia consentito il rinvio alle specifiche considerazioni svolte in B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017, 545 ss. e 640 ss.

generali e complessive disposizioni del codice civile che già regolano gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione e guidano e limitano l'attività dell'amministratore di sostegno (il cui incarico e i cui atti possono sempre essere rispettivamente revocato o annullati).

Queste previsioni, dunque, già orientano in generale le modalità di intervento del giudice tutelare, alla luce delle ordinarie procedure che vedono coinvolte queste categorie di soggetti.

Inoltre, la stessa legge n. 219 all'art. 3 valorizza in modo particolarmente accentuato l'esigenza di tenere conto della volontà del paziente e del suo grado di capacità di intendere e volere. A questo riguardo, il giudice verificherà "l'esistenza di una volontà dell'interessato esplicitamente manifestata o anche implicitamente ma inequivocabilmente risultante dalle sue convinzioni, dal suo stile di vita, dalla sua complessiva personalità"¹⁸.

6. (Segue): quale ruolo per l'amministratore di sostegno?

Come si è detto, la legge n. 219 del 2017 prende in considerazione anche i ruoli dei rappresentanti legali (dei minori, degli interdetti e degli inabilitati) e degli amministratori di sostegno, valorizzando, in tale specifica materia, la posizione dei soggetti beneficiari, che devono in ogni caso ricevere le informazioni sulle scelte in materia di salute e devono poter esprimere la propria volontà, a seconda del relativo grado di capacità (art. 3).

Il coinvolgimento di tali figure se pure si inserisce nell'ordinaria attività che le stesse sono chiamate a svolgere introduce certamente profili di specifica problematicità se si considera la delicatezza delle scelte che possono essere adottate in materia.

Proprio tenendo conto di quest'ultimo profilo, l'art. 3, comma quarto, prevede che il consenso possa essere espresso o rifiutato anche o solo dall'amministratore di sostegno esclusivamente quando il suo atto di nomina contenga "l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario".

Questi profili sono stati posti quali dubbi di legittimità costituzionale dal Tribunale di Pavia¹⁹, che dubita, in relazione agli artt. 2, 3 13 e 32 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 3, commi quarto e quinto, della legge n. 219 del 2017, nella parte in cui prevede che l'amministratore di sostegno, il cui atto di nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in materia sanitaria, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento del

¹⁸ G. FERRANDO, "Minori e incapaci", in *BioLawJournal*, 2018, I, 52, che richiama Corte di cass., sentenza 16.10.2007, n. 21748, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, 77 ss. Sui poteri del rappresentante legale e dell'amministratore di sostegno in campo sanitario si veda ancora G. FERRANDO, "Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici", cit.

¹⁹ Trib. Pavia, ordinanza 24.3.2018, cit.

beneficiario, possa rifiutare le cure necessarie per il mantenimento in vita di quest'ultimo, senza che intervenga l'autorizzazione del giudice tutelare.

In particolare, il Tribunale di Pavia ritiene che la mancanza di disposizioni anticipate di trattamento non possa comportare, in caso di incapacità del soggetto, l'assoluto sacrificio del diritto di autodeterminarsi rispetto alle scelte personalissime in materia di salute, senza che intervenga il controllo del giudice tutelare.

La disposizione di legge, in realtà, non sembrerebbe affatto circoscrivere l'intervento di quest'ultimo all'unica e specifica ipotesi indicata a tale fine in modo espresso, ossia in caso di conflitto fra rappresentante legale o amministratore di sostegno e medico²⁰.

Questa evenienza, innanzitutto, può verificarsi anche rispetto ai casi in cui manchi un rappresentante legale o un amministratore di sostegno e vi sia disaccordo fra il fiduciario e il medico. L'art. 4, comma quinto, infatti, richiama espressamente l'art. 3, comma quinto.

L'intervento del giudice tutelare in caso di disaccordo fra il medico e il soggetto incaricato di rappresentare il paziente, dunque, costituisce una regola comune sia al caso in cui vi sia stata la nomina dell'amministratore di sostegno in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, sia negli ordinari casi in cui si debba dare esecuzione alle volontà del paziente.

Si può ulteriormente cogliere questo profilo di analogia fra le due situazioni, laddove l'art. 4, comma quarto, nell'assegnare validità alle disposizioni anticipate di trattamento anche in assenza di indicazione del fiduciario, affida al giudice tutelare il compito di valutare la necessità di nominare un amministratore di sostegno.

In secondo luogo, come si è già rilevato (sempre al fine di escludere che l'intervento del giudice tutelare in caso di amministrazione di sostegno sia limitato al solo caso di eventuale contrasto con il medico), occorre tenere conto delle disposizioni che già regolano le attività e il ruolo riconosciuti, in particolare, all'amministratore di sostegno.

Si pensi, al riguardo, che nello stesso atto di nomina sono precisamente indicati gli atti che il beneficiario può compiere solo con la sua assistenza, oltre che la periodicità con cui il giudice deve ricevere informazioni circa le attività svolte e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario (art. 405 c.c.). Inoltre, gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice possono essere annullati (art. 412 c.c.), così come il

²⁰ A questo proposito il Tribunale di Pavia ritiene che è "pur vero che la disposizione censurata prevede l'intervento dell'autorità giudiziaria nell'eventualità del rifiuto opposto dal medico, ma è altresì innegabile come il carattere meramente ipotetico ed accidentale del suddetto intervento giudiziale non valga a scardinare la censura, limitandosi ad operare come criterio risolutore subordinato alla ipotetica sussistenza di un dissidio tra rappresentante e medico, e come tale confinato all'insufficiente dimensione dell'eventualità, un correttivo dunque eventuale, ma radicalmente inadeguato perché appunto solo eventuale e non indefettibile".

giudice può, se ne ravvisa l'opportunità, conferire l'incarico ad altra persona o revocarlo (artt. 408 e 413 c.c.).

Le disposizioni del codice civile, dunque, sembrano fornire adeguati strumenti di controllo nei confronti dell'amministratore di sostegno (oltre che dei curatori e tutori nei confronti dei rispettivi beneficiari) e, con specifico riguardo alle scelte in materia di salute, la legge n. 219 prevede che il giudice debba precisamente valutare l'opportunità di inserire nell'atto di nomina anche la relativa assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva.

La specifica indicazione dell'intervento del giudice tutelare contenuta nell'art. 3 (e anche nell'art. 4 che a tale disposizione fa rinvio) non può eliminare, dalla ricostruzione della complessiva disciplina che regola l'istituto dell'amministrazione di sostegno, gli ordinari poteri di controllo e di monitoraggio delle relative attività riconosciuti al medesimo. Quest'ultimo fin dall'inizio – ossia a partire dallo stesso atto di nomina dell'amministratore di sostegno – è chiamato a valutare specificamente se riconoscere o meno anche questo profilo di rappresentanza, restando comunque fermi i poteri di (successivo e costante) controllo in relazione ai singoli atti che l'amministratore intende porre in essere.

7. Osservazioni conclusive.

La legge in materia di consenso, di disposizioni anticipate di trattamento e di pianificazione condivisa delle cure fissa alcuni principi senz'altro significativi ai fini della definizione della prima disciplina organica di una materia particolarmente delicata e complessa anche in ragione del continuo evolversi delle conoscenze e delle tecniche scientifiche.

La concreta prassi applicativa consentirà di verificare innanzitutto se e in quale misura alle stesse si farà ricorso. Si potrà, infatti, constatare se e con quale frequenza si intenderanno definire le stesse disposizioni anticipate di trattamento e l'eventuale pianificazione condivisa delle cure e, di conseguenza, se e quali soggetti indicati dalla legge saranno coinvolti nella relazione di cura con il medico, fino alla nomina di un vero e proprio fiduciario.

In secondo luogo, sarà possibile valutare con quali modalità gli operatori concretamente daranno applicazione alla disciplina, a partire dal preliminare e continuo flusso di informazioni che devono supportare la stessa formazione del consenso informato del paziente e dalla definizione della stessa relazione di cura che, come si è detto, può coinvolgere anche diversi altri soggetti, fino ad arrivare al giudice tutelare.

A questo riguardo, un indubbio rilievo assumerà senz'altro l'annuale relazione del Ministero della Salute al Parlamento quale strumento di costante monitoraggio sui dati applicativi della legge (art. 8).

Altrettanto decisivi saranno gli eventuali (ma forse inevitabili) procedimenti davanti ai giudici comuni, chiamati innanzitutto a interpretare le disposizioni e a consolidarne la prassi applicativa, ma, soprattutto, come è già avvenuto con riguardo specifico al ruolo dell'amministratore di sostegno, a sollevare eventuali questioni di legittimità costituzionale.

** Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Milano, e Assistente di studio presso la Corte costituzionale.