

# **CAPACITA' DI AGIRE E PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE DEL BENEFICIARIO**

—

**Temi, dibattiti e prassi a confronto  
nell'amministrazione di sostegno tra la L.  
219/2017 e L.R. Veneto n. 10/2017**

*Avv. Alessandra Vianello*

*Verona, 15 maggio 2019*

# IL TRATTAMENTO SANITARIO

Il **trattamento sanitario** è lecito solo **PREVIO CONSENSO** del paziente.

Il paziente deve essere **PREVENTIVAMENTE** e **DEBITAMENTE INFORMATO**, in ossequio al principio di autodeterminazione nella libertà di scelta terapeutica.

**DIRITTO ALLA SALUTE** *versus*  
**DOVERE DI ESSERE IN SALUTE**

**DIRITTO ALLA VITA** *versus*  
**DOVERE DI VIVERE**



# LE CARATTERISTICHE DEL CONSENSO INFORMATO

---

Il consenso per essere valido deve essere **PERSONALE**, espresso da persona in possesso della **capacità** di intendere e di volere e della capacità di agire ovvero da suo rappresentante e deve essere **INFORMATO, LIBERO e ATTUALE**.

- Valorizzazione della **RELAZIONE DI CURA e di FIDUCIA** medico – paziente (l'autonomia decisionale incontra la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico): è dovere del medico di informare il paziente e di rispettarne il diritto all'autodeterminazione;
- **IL TEMPO DI COMUNICAZIONE è TEMPO DI CURA.**

# L'OGGETTO DELL'INFORMAZIONE DEL MEDICO

---

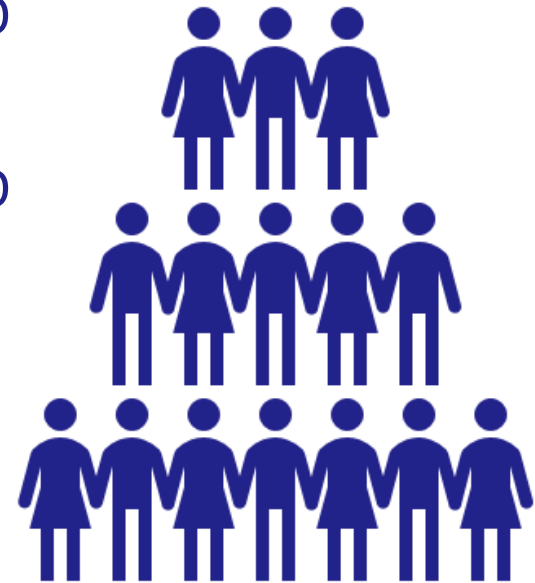
- **DIAGNOSI**
- **PROGNOSI**
- **BENEFICI E RISCHI** degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati
- **POSSIBILI ALTERNATIVE** ai trattamenti proposti
- **CONSEGUENZE DELL'EVENTUALE RIFIUTO** del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico
- **CONSEGUENZE DELLA RINUNCIA** ad un trattamento sanitario o ad un accertamento diagnostico già intrapreso

L'oggetto dell'informazione che viene fornita al paziente da parte del medico coincide con il contenuto della relazione che andrà proposta all'ADS e da questo al Giudice Tutelare per ottenere l'autorizzazione laddove necessaria.

# IL TRATTAMENTO SANITARIO IN CHI E' PRIVO IN TUTTO O IN PARTE DELLA CAPACITA'

## *LA VALUTAZIONE DELLA CAPACITA' DEL BENEFICIARIO*

- Espressione del consenso da parte del BENEFICIARIO IN MODO AUTONOMO;
- Espressione del consenso da parte del BENEFICIARIO con l'ASSISTENZA DELL'ADS;
- Espressione del consenso da parte dell'ADS non in nome e per conto del beneficiario ma CON IL BENEFICIARIO attraverso la ricostruzione della volontà di quest'ultimo.



# LA RICOSTRUZIONE DELLA VOLONTA' DEL BENEFICIARIO

## L'ADS NON SOSTITUISCE LA VOLONTA' DEL BENEFICIARIO CON LA PROPRIA

- 1) DAT – Dichiarazioni anticipate di trattamento
- 2) Testimonianze di familiari e amici, stile di vita, convinzioni, valori etici, filosofici, culturali, e religiosi
- 3) BEST INTEREST – migliore interesse della persona



# LO SCENARIO GIURISPRUDENZIALE DAL 2004 AL 2017

La Giurisprudenza che in caso di incapacità all'espressione del consenso al trattamento sanitario negava la ricorribilità alla procedura dell'amministrazione di sostegno:

- Tribunale di SAVONA
- Tribunale di PARMA



# LO SCENARIO GIURISPRUDENZIALE DAL 2004 AL 2017

La Giurisprudenza che in caso di incapacità all'espressione del consenso al trattamento sanitario ammetteva la ricorribilità alla procedura dell'amministrazione di sostegno

- Tribunale di Cosenza 28/10/2004 – beneficiario che a causa della patologia non comprendeva di avere necessità di cure;
- Tribunale di Modena 15/09/2004 – beneficiario affetto da patologia psichiatrica e grave forma di diabete: inconsapevole, rifiuta le cure;





# LO SCENARIO GIURISPRUDENZIALE DAL 2004 AL 2017

- Cass. Civ. 16/10/2007 n. 21748 CASO ENGLARO – «Ove il malato giaccia da moltissimi anni in stato vegetativo permanente (...), con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita (...), su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (...) in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa»;

# LO SCENARIO GIURISPRUDENZIALE DAL 2004 AL 2017

- Tribunale di Modena 16/09/2008 – caso del testimone di Geova;
- Tribunale di Palermo 09/12/2009 – beneficiario affetto da deficit mentale e patologia cardiaca – condizioni di incapacità senza, quindi, comprensione del significato delle informazioni offerte e delle conseguenze delle proprie decisioni;
- Tribunale di Roma 24/03/2010 – beneficiaria affetta da Alzheimer con autorizzazione all'ADS a dare dapprima assistenza all'espressione del consenso e successivamente ad esprimerlo in sostituzione;
- Tribunale di Reggio Emilia 24/07/2012 – consenso informato alle cure palliative;
- Tribunale di Cagliari 16/07/2016 CASO PILUDU – beneficiario affetto da SLA – con 3 diverse scritture private esprime le proprie volontà – il Giudice Tutelare dopo l'audizione del beneficiario che si esprime con puntatore oculare autorizza l'ADS ad esprimere consenso o rifiuto secondo indicazioni del beneficiario – il concetto di ADS NUNCIUS e il dibattito sulla necessità del provvedimento visto che il beneficiario era capace di espressione pur con mezzi alternativi;

# LO SCENARIO GIURISPRUDENZIALE DAL 2004 AL 2017

- Tribunale di Mantova 25/08/2016 – I. 01/04/1999 n. 91 sulla donazione degli organi – viene negata autorizzazione all'ADS perché esplicita dichiarazione di volontà in quanto la norma prevede che tale dichiarazione possa essere offerta solo da SOGGETTI CAPACI – In questo caso non si discute del fatto che il beneficiario sia morente e della sua capacità in quella circostanza ma che sia da sempre stato affetto da schizofrenia cronica di tipo paranoide.



# DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO L. 219/2017

---

## DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO – TESTAMENTO BIOLOGICO – TESTAMENTO DI VITA

In dottrina si discute se si tratta di **NEGOZIO GIURIDICO** ovvero di **DICHIARAZIONE DI SCIENZA**.

In realtà il negozio giuridico non ricomprende tutti gli effetti delle DAT perché come tale potrebbe disciplinare solo il regolamento di interessi personali del disponente e non, quindi, l'esonero del medico da responsabilità civile e penale.

Le DAT costituiscono un **VINCOLO DI RISPETTO** per il medico a meno che non siano **INCONGRUE** o **NON CORRISPONDENTI** alla condizione clinica **ATTUALE** o sussistano terapie non prevedibili al momento della sottoscrizione.

Le DAT richiedono che vi sia una **INFORMAZIONE** pari a quella necessaria per la prestazione del consenso informato. In mancanza si incorre in **INVALIDITA'** per **vizio della formazione della volontà**.

# DICHIARAZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO L. 219/2017

---

## ART. 3

La persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà.

- PERSONA INTERDETTA ART. 414 C.C. – consenso o rifiuto espresso dal TUTORE
- PERSONA INABILITATA - consenso o rifiuto espresso dall'INABILITATO
- BENEFICIARIO DI ADS - consenso o rifiuto espresso a seconda dei casi da: 1. BENEFICIARIO, 2. BENEFICIARIO con ASSISTENZA dell'ADS, 3. ADS

In caso di **DISSENSO** tra LEGALE RAPPRESENTANTE/ADS ed equipe medica si fa ricorso al **GIUDICE TUTELARE**.

# LO SCENARIO GIURISPRUDENZIALE DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE 219/2017

- Tribunale di Modena 18/01/2018 – beneficiario affetto da distrofia miotica di Steimert – il beneficiario in momento di coscienza esprime rifiuto a che venga praticata su di lui la tracheotomia, ma acconsente a tutti gli altri interventi salva vita – al momento della necessità l'unico intervento medico salvavita risulta essere la tracheotomia ma il beneficiario non è più contattabile – il Giudice Tutelare ribadisce che nell'urgenza è l'EQUIPE MEDICA RESPONSABILE DELLA DECISIONE ribadendo un orientamento consolidato – *focus*: la volontà contraddittoria del beneficiario;
- Tribunale di Modena 23/03/2018 – il Giudice Tutelare conferisce all'ADS il potere di esprimere il consenso o il dissenso;
- Tribunale di Vercelli 31/05/2018 – viene messa in discussione dal Giudice Tutelare l'interpretazione della legge 219/17 che porti ad investire il Giudice Tutelare solo delle ipotesi di contrasto – viene concessa autorizzazione ad esprimere il consenso CON IL BENEFICIARIO.

# IL RICORSO ALLA CORTE COSTITUZIONALE DEL TRIBUNALE DI PAVIA

---

ORDINANZA DI RIMESIONE 24/03/2018

- ART. 3 IV
- ART. 3 V

Il concetto di **INTRASFERIBILITA'** IN CAPO A TERZI di **DIRITTI PERSONALISSIMI** e l'incompatibilità di una interpretazione letterale dell'art. 3 IV – V l. 219/2017 nella lettura combinata dell'impianto della l. 06/2004.

# FONTI NORMATIVE

- Codice di Norimberga 1946.
- Costituzione artt. 2 – 13 - 32.
- Legge istitutiva SSN 23/12/1978 n. 833 artt. 1 – 33.
- Legge Basaglia 13/05/1978 n. 180 Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori.
- Codice deontologico medico artt. 33 e 35.
- D. Lgs. 211/2003 – DIR. CE 2001/20 art. 3 I sperimentazioni cliniche.
- Pareri Comitato Bioetica 24/10/2018 – Richiesta per il non inizio del trattamento e richiesta per la sospensione.
- L. 219/17.
- Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina (non ancora ratificata dall'Italia) 04/04/1997 – artt. 5 – 8 – 9.
- Carta diritti fondamentali dell'unione europea di Nizza 2000 – art. 3.
- Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea 07/12/2000 artt. n. 1 – 2 – 3.



**Avv. Alessandra Vianello**

[info@studiolegalevianello.it](mailto:info@studiolegalevianello.it)

*grazie*