

Massimilano Radici

Il consenso informato
Il consenso alle cure
nelle persone fragili



Appunti di Varese AdS

Gli Appunti di Varese AdS si possono trovare sul sito
www.varese.progettoads.net

Gli Appunti di Varese AdS sono rilasciati con licenza Creative
Common attribuzione – non commerciale – condividi allo stesso
modo



<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/it/>

Stampato nel novembre 2014

Immagine di copertina:
SIMONA RAIMONDI, *lo a cavallo*, colori acrilici su tela,
Marzo 2004 - cm. 125 x 160.

**Il consenso
informato**

***Il consenso alle cure
nelle persone fragili***

Massimiliano Radici

Introduzione	1
1. Alcuni concetti	3
Cura	3
Assistenza	3
Rappresentanza	4
Direttive anticipate	4
Trattamento sanitario obbligatorio	6
Stato di necessità	6
2. Il consenso informato	8
Principi	8
Informazione	9
Consenso	11
Deroghe al principio del consenso	13
Rifiuto	15
Consenso infromato e misure protettive	22

Introduzione

Gli “Appunti di Varese AdS” sono un’iniziativa del Comitato Varese AdS - rete di tutela dei diritti.

Il progetto, partito a settembre 2010 sostenuto da diverse associazioni della provincia di Varese, è cresciuto in questi anni fino ad assumere la forma di un Comitato che raccoglie venti organizzazioni di natura diversa che si sono poste l’obiettivo di arrivare a costruire una organizzazione stabile che si occupi di protezione giuridica in provincia di Varese, in collaborazione con le istituzioni.

Tra le finalità del comitato ci sono la promozione dell’istituto dell’Amministrazione di Sostegno, l’organizzazione di iniziative di formazione e sensibilizzazione, il coordinamento della rete di sportelli sul territorio e il reperimento di amministratori di sostegno volontari in collaborazione con le istituzioni pubbliche.

In questo nostro lavoro abbiamo incontrato numerosi professionisti di area giuridica, operatori psico-socio-sanitari, amministratori di sostegno che hanno dimostrato passione, competenza e impegno a favore della diffusione dell’istituto dell’AdS.

Per questa ragione abbiamo pensato di pubblicare una serie di opuscoli che possano da un lato permettere l'espressione delle competenze di queste persone e dall'altro essere di aiuto per chi si avvicini all'AdS in qualità di professionista, volontario, Amministratore di Sostegno, familiare o beneficiario.

In questo fascicolo abbiamo deciso di porre l'attenzione sul tema del consenso informato alle cure. È una questione che in molte circostanze risulta difficile da affrontare sia per i beneficiari e le loro famiglie sia per gli operatori dei servizi sociali e sanitari. Non è certo un tema che può essere trattato in modo ampio ed esaustivo con questo fascicolo (come del resto è nello stile di questi nostri opuscoli che vogliono essere "appunti" su temi specifici) ed abbiamo chiesto, perciò, al dr. Radici, Giudice Tutelare di Busto Arsizio, di fornirci alcuni spunti che possano orientare chi è interessato alla questione.

1. Alcuni concetti

Cura

“la scelta dell’AdS avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario” (art. 408, co. 1, c.c.).

Non vi è una limitazione normativa dell’area di cui si deve occupare l’AdS, quindi questa comprende tutti gli interessi che rientrano nella sfera del soggetto debole, sia patrimoniali che non patrimoniali, nei limiti e con i poteri previsti dal decreto di nomina.

La cura è un termine che va riferito alla complessità degli interessi del beneficiario, deve essere modulata in termini di assistenza o rappresentanza a seconda dei compiti assegnati e può riguardare solo quegli atti per i quali il decreto di nomina preveda la misura protettiva.

Assistenza

“La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell’impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un AdS” (art. 404 c.c.).

L’assistenza è il potere/dovere di sostenere la volontà del beneficiario all’atto formativo ed espressivo perché questa possa produrre i propri effetti all’esterno. Nell’assistenza il beneficiario

conserva una ridotta capacità di esprimere una volontà consapevole, ma questa va integrata con quella dell'AdS, per cui le determinazioni nell'interesse del beneficiario sono frutto della somma o meglio dell'integrazione di queste due volontà, che devono diventare una sola (se non sono concordi, la volontà non è validamente espressa).

Rappresentanza *“Il decreto di nomina dell'AdS deve contenere l'indicazione... dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'AdS ha il potere di compiere per nome e per conto del beneficiario” (art. 405, co. 5, c.c.).*

I compiti dell'AdS non sono dunque circoscritti all'assistenza, ma possono comprendere anche il potere di rappresentanza, nei limiti in cui questa si renda necessaria.

La rappresentanza è il potere/dovere di manifestare la volontà in sostituzione e per conto della persona rappresentata.

Direttive anticipate

Ogni persona può dichiarare con atto pubblico o scrittura privata autenticata chi intende designare come AdS per l'ipotesi di futura incapacità (art. 408 c.c.).

Tale designazione è revocabile dall'autore con le stesse forme.

In difetto di revoca la designazione vincola il giudice a meno che questi non ritenga che vi siano “gravi motivi” per discostarsene, nominando altri tra i soggetti elencati nella sfera familiare e parentale ovvero, in subordine, di terzi.

La Cassazione ha esteso la portata delle direttive anticipate riconoscendo la possibilità di inserire anche i criteri a cui si dovrà attenere l’AdS nella cura del patrimonio e/o della persona (Cass. sent. n. 23707 del 20/12/2012).

Anche per questa parte, in assenza di gravi motivi ostativi e sempre che non siano state nel frattempo revocate, le direttive sono vincolanti e quindi producono i propri effetti, in via gradata, nei confronti: 1) del Giudice, che dovrà conformarsi alle direttive nella definizione dei criteri a cui si dovrà attenere l’AdS nell’esercizio dei poteri conferiti; 2) dell’AdS, in esito al vaglio positivo da parte dell’autorità giudiziaria, nel perseguire la finalità della “cura” necessaria a garantire la protezione del beneficiario e nell’attuarne le “aspirazioni” (laddove venga in rilievo il diritto alla salute, prestando il consenso o il dissenso informato ai trattamenti sanitari); 3) dell’operatore sanitario, che trarrà dalle direttive trasfuse nel provvedimento di nomina dell’AdS i criteri a cui attenersi nel proprio operato.

Trattamento sanitario obbligatorio

È un trattamento di natura eccezionale che deroga in modo assoluto al principio consensualistico che vige in ambito sanitario (vd. infra).

il TSO è regolato da un'apposita procedura per le ipotesi di rifiuto di cure necessarie da parte di persone affette da malattie mentali a tutela della loro salute e sicurezza e/o della salute pubblica. Si tratta di un provvedimento coattivo, di natura temporanea, adottato dal Sindaco su proposta dell'autorità sanitaria e sottoposto all'autorità giudiziaria per la convalida.

Stato di necessità

E' un'esimente ovvero una situazione che rende lecito un comportamento che, altrimenti, sarebbe passibile di sanzione.

Questa definizione viene in rilievo in ambito sanitario rispetto ad atti terapeutici adottati unilateralmente dal medico, allorché il paziente (o chi per esso) non sia in condizione di esprimere un consenso informato alla cura.

Lo stato di necessità presuppone (art. 54 c.p.):

- 1) La necessità di salvare il paziente dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (cd. soccorso di necessità) ;
- 2) La proporzionalità dell'intervento rispetto al pericolo

L'atto medico, infatti, deve muoversi su determinati binari, al di fuori dei quali l'operato del medico può comportare profili di responsabilità, anche di tipo penale: o esso è frutto di una valutazione concordata con il paziente o con chi lo rappresenta (consenso informato) oppure dev'essere giustificato da una situazione di necessità (ferma l'ipotesi del TSO, come già detto).

2. Il consenso informato

Principi

I principi fondanti del consenso informato derivano dal diritto alla salute e dal diritto alla libera autodeterminazione sanciti dalla Costituzione (art. 2, 13 e 32).

Il diritto alla salute, secondo l'art. 32, comma 2, della Costituzione, prevede in senso preminentemente volontario il trattamento sanitario, in coerenza con i principi fondamentali e indeclinabili d'identità e libertà della persona umana senziente e non di cui agli artt. 2 e 13 Cost., dei quali in senso speculare è espressione il consenso informato quale libera e volontaria adesione al trattamento sanitario proposto dal medico. (Cass. sent. n. 23707 del 20/12/2012)

Vi sono anche altri atti normativi, internazionali e nazionali, che richiamano tali principi: la Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, vincolante dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; la Convenzione di Oviedo che impone di tener conto, a proposito di un intervento medico, dei desideri del paziente non in grado di esprimere la sua volontà; la Convenzione di New York ratificata con L. 3 marzo 2009, n. 18, che nel preambolo riconosce l'importanza, per le persone con disabilità nell'autonomia ed indipendenza individuale,

della libertà di scegliere le cure mediche; il Codice Deontologico nella formulazione del 2006, che impone al medico di tener conto di quanto precedentemente manifestato dal paziente in modo certo e documentato; la Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 dicembre 2008 che reca raccomandazioni alla Commissione sulla protezione giuridica degli adulti; il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica sulle c.c. D.A.P. del 18 dicembre 2003 che ammette *"sia preferibile far prevalere le indicazioni espresse dal malato quando in possesso delle sue facoltà"*.

A questi atti si aggiungono varie pronunce delle Supreme Corti: Cassazione sent n. 21748/2007 sul caso di Eluana Englaro; Corte Costituzionale sent. n. 438 del 2008 in materia di consenso informato; CEDU del 29 aprile 2002, Pretty contro R.U. ricorso n. 2346/2002.

Il consenso informato poggia su due pilastri: l'informazione (che deve dare il medico) e il consenso (che deve dare il paziente)

Informazione

L'informazione deve essere: completa, calibrata sulle caratteristiche soggettive del paziente e della situazione concreta, comparativa rispetto ai rischi e ed alle controindicazioni del caso, avuto riguardo anche a possibili terapie alternative.

Completa: Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, impone che quest'ultimo fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità ed eventuali conseguenze, sia pure infrequenti, col solo limite dei rischi imprevedibili, ovvero degli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l' "id quod plerumque accidit", in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento e l'evento lesivo. (Cass. Civ. Sez. III, Sentenza n. 27751 del 11/12/2013).

Calibrata sulle caratteristiche soggettive del paziente e della situazione concreta: bisogna cioè tenere conto del grado di comprensione del paziente, avuto riguardo anche al suo bagaglio culturale ed alle condizioni in cui si trova.

Comparativa: significa che nel consenso informato devono essere prese in considerazioni anche eventuali terapie alternative rispetto a quella proposta, in modo che la scelta non si limiti ad un assenso tra il fare o il non fare una cura o un intervento, ma ricomprenda anche una

scelta su quel tipo di cura o intervento rispetto ad altri che sarebbero altrimenti percorribili.

La Cassazione, invero, è arrivata ad affermare che compito del medico è anche quello di informare sugli eventuali rischi (prevedibili) connessi alla struttura sanitaria in cui dev'essere effettuato il trattamento sanitario (*“L'obbligo d'informazione, che si estende allo stato d'efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui il medico presta la propria attività, riguarda i soli rischi prevedibili e non anche gli esiti anomali, e si estende alle varie fasi degli stessi che assumono una propria autonomia gestionale, e, in particolare, ai trattamenti anestesiológicos”* (Cass. Sez. III, Sentenza n. 14638 del 30/07/2004)

Il consenso deve essere reso in modo espresso ed è liberamente revocabile.

Consenso

Il consenso del paziente all'atto medico non può mai essere presunto o tacito, ma deve essere fornito espressamente, dopo avere ricevuto un'adeguata informazione, anch'essa esplicita; presuntiva, per contro, può essere la prova che un consenso informato sia stato dato effettivamente ed in modo esplicito, ed il relativo onere ricade sul medico (Cass. Sez. III, Sentenza n. 20984 del 27/11/2012)

L'uso della forma scritta per acquisire il consenso non esonera da responsabilità il medico se il modulo è generico e se non è consequenziale ad adeguata informativa.

Il medico viene meno all'obbligo di fornire un valido ed esaustivo consenso informato al paziente non solo quando omette del tutto di riferirgli della natura della cura cui dovrà sottoporsi, dei relativi rischi e delle possibilità di successo, ma anche quando ritenga di sottoporre (come verificatosi nella specie) al paziente, perché lo sottoscriva, un modulo del tutto generico, dal quale non sia possibile desumere con certezza che il paziente abbia ottenuto in modo esaustivo le suddette informazioni. (Cass. Sez. III, sent. 24791 del 08/10/2008)

In un eventuale giudizio sul corretto adempimento relativo all'adeguatezza dell'informazione del paziente ed all'acquisizione del consenso espresso da parte di quest'ultimo l'onere della prova spetta al medico.

È onere del medico provare, a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente, l'adempimento dell'obbligazione di fornirgli un'informazione completa ed effettiva sul trattamento sanitario e sulle sue conseguenze, senza che sia dato presumere il rilascio del consenso informato sulla base delle qualità personali del paziente (nella specie,

avvocato), potendo esse incidere unicamente sulle modalità dell'informazione, la quale deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone. (Cass. Sez. III, sent. n. 19220 del 20/08/2013)

Il consenso deve permanere per tutta la cura ed è revocabile in ogni momento: Il consenso, quale punto di equilibrio dell'alleanza terapeutica, deve permanere durante tutta la cura ed il paziente può in ogni momento interrompere o rifiutare la cura anche, nella fase terminale (Cass. Sez. I, sent. n. 21748 del 16/10/2007)

Quando c'è uno stato di necessità, o nei casi di TSO, è il medico a decidere l'intervento (in conformità alle regole dall'ars medica): è opportuno che informi anche i familiari del paziente, ma la decisione spetta al medico e questo sino a che perduri lo stato di necessità.

Superata questa fase, riprende vigore il regime di consenso informato di cui abbiamo parlato.

Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato

**Deroghe al
principio del
consenso**

l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le

fasi della vita, anche in quella terminale. (Cass. Sez. 1, sent. n. 21748 del 16/10/2007)

Va da sé, quindi, che se vi è uno stato di necessità non si pone nemmeno il problema dell'adozione di una misura protettiva nei confronti del paziente (e quindi della nomina di chi si sostituisca a quest'ultimo per rendere il consenso), perché, come abbiamo detto, siamo in un contesto che deroga al regime ordinario e il fattore tempo, unito alla gravità della situazione, impedisce che possa essere altrimenti assicurata la tutela della salute e della vita della persona.

Il rifiuto della cura poggia sugli stessi principi su cui si fonda il consenso informato e ne mutua le caratteristiche e, ove validamente espresso, costituisce un impedimento all'intervento terapeutico anche quando ricorra uno stato di necessità (non invece nell'ipotesi del TSO).

Rifiuto

Questa situazione può configurarsi allorché il paziente abbia manifestato direttamente o attraverso le direttive anticipate il rifiuto di una determinata cura (il caso classico è quello del paziente che per motivi religiosi abbia manifestato dissenso alla trasfusione del sangue).

La giurisprudenza, in coerenza con i principi sopra esposti, riconosce la possibilità che il

paziente esprima il rifiuto delle cure anche quando queste sono necessarie per salvargli la vita, però questo dissenso deve avere determinate caratteristiche, che ricalcano in buona misura quelle che abbiamo visto deve avere il consenso informato, di cui costituisce una situazione speculare.

Così come il consenso informato, anche il dissenso si compone di una parte medica (adeguata informativa sui rischi che derivano dalla rinuncia alla cura) e di una parte che riguarda il paziente (modalità di prestazione del dissenso).

Il dissenso quindi, per essere valido ed esonerare il medico dal potere/dovere di intervenire, dev'essere preceduto dalla consapevolezza da parte del paziente del rischio concreto ed attuale che esso comporta e deve manifestarsi in modo espresso ed inequivoco sotto il profilo formale e sostanziale.

Nell'ipotesi in cui il rifiuto sia contenuto in direttive anticipate (quindi per una situazione futura ed eventuale) la giurisprudenza richiede il rispetto di determinati requisiti:

Il paziente che, per motivi religiosi (o di diversa natura), intendesse far constare il proprio dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche, per l'ipotesi in cui dovesse trovarsi in stato di incapacità naturale, ha l'onere di

conferire ad un terzo una procura "ad hoc" nelle forme di legge, ovvero manifestare la propria volontà attraverso una dichiarazione scritta che sia puntuale ed inequivoca, nella quale affermi espressamente di volere rifiutare le cure quand'anche venisse a trovarsi in pericolo di vita.
(Cass. Sez. III, sent. n. 23676 del 15/09/2008)

Per "*procura ad hoc nelle forme di legge*" è plausibile ritenere, in parallelo con quanto previsto per le direttive anticipate (art. 408 c.c.) ed in considerazione del valore qualificato degli interessi in gioco, che si debba intendere un "*atto pubblico*" od "*una scrittura privata autenticata*": dichiarazioni rese avanti al notaio o confermate attraverso la sottoscrizione autenticata dal notaio.

Diversamente, il medico verrebbe gravato, oltre che del compito della valutazione dell'attualità del dissenso manifestato precedentemente dal paziente, anche dal compito, prima ancora, di verificare se il soggetto che interloquisce in rappresentanza del paziente ne abbia effettivamente i poteri (il che appare incompatibile con gli strumenti ed i poteri del medico).

Ovviamente se vi è un tutore o un AdS a cui è stato dato incarico di esprimere la volontà del paziente secondo le direttive predeterminate è quest'ultimo l'interlocutore di riferimento per il

medico (si veda quanto detto in tema di direttive anticipate)

Il rifiuto delle cure non ha valore se espresso in termini generici.

Il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte; tuttavia, il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal poterdovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata "ex ante" ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato ex post, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure. (Nella specie la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha ritenuto che non ricorressero le condizioni per un valido dissenso in un caso in cui era risultato da un cartellino, rinvenuto addosso al paziente testimone di Geova al momento del ricovero in condizioni di incoscienza, che recava l'indicazione "niente sangue", appunto perché la manifestazione di volontà non risultava essere stata raccolta, in modo inequivoco, dopo aver avuto conoscenza della gravità delle condizioni di salute al

momento del ricovero e delle conseguenze prospettabili in caso di omissio trattamento).
(Cass. Sez. III, sent. n. 23676 del 15/09/2008)

Questa sentenza mette a nudo un nodo di fondo della tematica che vede il conflitto tra due principi che sono parte integrante sia del consenso informato come del rifiuto alle cure: se si valorizza il principio consensualistico su cui si regge il rapporto medico/paziente (che impone il rispetto della volontà del paziente) si rischia di far prevalere una volontà dichiarata in modo aprioristico dal paziente quando questi non aveva percezione del rischio concreto attuale, penalizzando la facoltà del paziente, attualmente incapace di esprimersi, di revocare il pregresso dissenso.

D'altra parte, se si sposta il baricentro a favore del principio della revocabilità del consenso, che è un dato connaturato al consenso in ambito sanitario (consenso che non può mai intendersi come definitivo e irretrattabile e così il rifiuto alle cure), si finisce con il ritenere sempre non attuale la pregressa manifestazione di dissenso alla cura, perché resa quando il paziente non si trovava nella situazione di pericolo e quindi in assenza di una reale percezione di tutte quelle situazioni e condizioni che stanno alla base del consenso/dissenso alle cure.

Quindi, in assenza di una disciplina vincolante (l'Italia, a differenza di altri paesi, non ha previsto una norma sul tema delle "direttive anticipate di trattamento sanitario") bisogna muoversi tenendo conto di alcune linee che possiamo ricavare dalla giurisprudenza in materia.

Anzitutto occorre una valutazione rigorosa della dichiarazione di rifiuto delle cure, sotto il profilo sostanziale e formale, come già evidenziato.

In secondo luogo, tenendo conto del fatto che in questa delicata materia non operano schematismi rigidi, considerata la delicatezza degli interessi in gioco, è il medico che deve fare le valutazioni del caso, accertando l'idoneità ed attualità del rifiuto avuto riguardo al momento in cui è chiamato ad intervenire sulla base di una verifica concreta e non meramente burocratica del dissenso manifestato in precedenza.

In materia di rifiuto di determinate terapie, alla stregua di un diritto fondato sul combinato disposto degli artt. 32 Cost., 9 della legge 28 marzo 2001 n. 145 (recante "ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina"), e 40 del codice di deontologia medica, pur in presenza di un espresso rifiuto preventivo, non

può escludersi che il medico, di fronte ad un peggioramento imprevisto ed imprevedibile delle condizioni del paziente e nel concorso di circostanze impeditive della verifica effettiva della persistenza di tale dissenso, possa ritenere certo od altamente probabile che esso non sia più valido e praticare, conseguentemente, la terapia già rifiutata, ove la stessa sia indispensabile per salvare la vita del paziente. (Nella specie, un testimone di Geova traumatizzato aveva rifiutato all'atto del ricovero in ospedale, eventuali trasfusioni di sangue, ma i medici, stante l'aggravamento delle sue condizioni, rivelatosi nel corso dell'intervento chirurgico, essendo il paziente anestetizzato e mancando la possibilità di interpellare altri soggetti legittimati in sua vece, hanno ugualmente praticato una trasfusione indispensabile per salvargli la vita, ritenendo altamente probabile che l'originario rifiuto non fosse più valido). (Cass., Sez III, sent. n. 4211 del 23/02/2007)

Laddove siano in gioco beni primari, quale appunto la stessa sopravvivenza del paziente oppure una lesione permanente grave (gli stessi in cui è configurabile lo stato di necessità), se vi è un dubbio sulla validità del rifiuto alla cure espresso dal paziente o per un vizio d'origine o perché vi è fondato motivo di ritenere che esso non sia attuale, l'intervento medico si giustifica.

In ogni caso l'impossibilità di ricostruire la volontà presunta comporta sempre la prevalenza del diritto alla vita (l'importante è che il medico dia conto del processo decisionale che lo ha portato a fare le proprie scelte mediante la documentazione clinica dell'intervento).

La ricostruzione dell'attualità o inattualità del pregresso rifiuto alle cure potrà essere fatta più agevolmente, sussistendone la possibilità concreta, attraverso il confronto con la cerchia familiare del paziente ed in particolare, nell'ipotesi in cui il paziente sia stato assoggettato a misura protettiva, mediante confronto con il soggetto investito dell'assistenza/rappresentanza del paziente in quanto tutore o Ads.

Consenso informato e misure protettive (interdizione e AdS)

Analizziamo in modo sintetico le situazioni in cui il tema del trattamento sanitario (al di fuori del TSO) si intreccia con quello delle misure protettive delle persone fragili, con particolare riguardo all'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Come abbiamo già detto, laddove vi sia lo stato di necessità, la situazione di incapacità della persona ad esprimere il proprio consenso ha un'incidenza circoscritta all'ipotesi in cui sia stata una pregressa manifestazione di dissenso ad una

determinata cura (dovendosi verificare la validità ed attualità di tale dissenso).

Al di fuori di questa ipotesi, il medico non può procedere senza il preventivo consenso informato e pertanto l'atto medico deve coordinarsi con il regime che regola gli istituti posti a presidio delle persone deboli.

In quest'ambito dobbiamo distinguere tra il paziente totalmente privo di capacità (coma vegetativo, totale compromissione delle capacità intellettive e/o volitive) ed il paziente limitato in modo parziale nella propria capacità di intendere e di volere.

1) Incapacità totale. Nell'ipotesi di incapacità totale bisogna distinguere il caso del paziente già sottoposto a misura protettiva da quello in cui invece non vi sia chi lo rappresenti (tutore o amministratore di sostegno).

Nel primo caso il problema, per quanto riguarda il sanitario, trova risposta nella misura protettiva stessa.

Se si tratta di interdizione, il tutore è investito di una rappresentanza piena dell'interdetto e quindi si sostituisce a quest'ultimo nella manifestazione della propria volontà

Se invece si tratta di AdS, si tratta di verificare i poteri conferiti all'Amministratore dal Giudice tutelare e, ove il provvedimento di nomina non

preveda l'autorizzazione a dare il consenso informato alle cure, sarà l'AdS (oppure i soggetti sopra indicati, tra i quali *"i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona"*, art. 406, co. 3, c.c.) a richiedere al G.T. le determinazioni del caso (e cioè, eventualmente, il conferimento all'AdS anche del potere di dare il consenso alle cure).

E' superfluo dire che in questa ipotesi le esigenze istruttorie sono molto limitate, perché già soddisfatte dal pregresso procedimento di nomina dell'AdS, per cui si tratterà unicamente di valutare gli aspetti specifici che attengono all'intervento sanitario.

Se il paziente non è soggetto ad alcuna misura protettiva, occorre promuovere la procedura di interdizione o di AdS, quantomeno in funzione della nomina in via provvisoria di tutore/AdS.

In astratto, nell'ipotesi di incapacità totale, sarebbe preferibile la procedura di interdizione, in quanto più coerente con la condizione di incapacità del paziente ed in considerazione delle sue esigenze protettive generali.

Il tutore inoltre ha un potere rappresentativo che comprende sicuramente anche quello inerente alla prestazione del consenso alle cure.

Purtuttavia normalmente si preferisce ricorrere alla procedura per la nomina di AdS in quanto più agevole e veloce.

L'orientamento che si sta facendo strada nella giurisprudenza di merito è che, in condizioni siffatte, sia possibile ricorrere alla figura dell'AdS in quanto, laddove il soggetto non è in condizione di esprimere una valutazione critica della situazione patologica e di percepire le conseguenze che deriverebbero dal non prestare il consenso sarebbe eccessivamente rigoroso e formale escludere il ricorso all'istituto dell'AdS, salva la possibilità, ovviamente, che successivamente possa essere promossa procedura di interdizione (si richiama, tra le varie pronunce, quella del Trib. Reggio Emilia, decr. 24/7/2012, che ha riconosciuto all'AdS il potere di esprimere per conto del beneficiario, affetto da una forma avanzata di sclerosi multipla, il consenso a cure palliative, escludendolo invece per le cure invasive, posto che dall'istruttoria era emerso che il beneficiario aveva manifestato in precedenza contrarietà a trattamenti invasivi).

Quando viene richiesta l'applicazione della misura dell'AdS per esigenze siffatte è comunque necessario l'espletamento di una pur minima istruttoria attraverso l'assunzione di informazioni dal nucleo familiare/parentale e

dagli assistenti sociali. In caso contrario non sarebbe possibile ricostruire il quadro dei rapporti, relazioni, bisogni, eventuali direttive espresse in precedenza dal paziente che devono orientare il G.T. nella scelta dell'AdS e nel conferimento dei relativi poteri, anche rispetto al consenso/dissenso rispetto ad un determinato intervento sanitario.

In quest'ottica, può essere utile rivolgere la richiesta di adozione di una misura protettiva al PM presso il Tribunale (anziché direttamente al GT) in quanto il PM ha la possibilità di svolgere in modo più veloce l'istruttoria, avvalendosi della collaborazione della Polizia Giudiziaria, agevolando anche i tempi di evasione della richiesta.

Inoltre l'intervento del PM consente di dare maggiore continuità alla procedura, al di là della necessità contingente dell'intervento, in funzione dell'eventuale protezione della persona anche successivamente all'intervento ed alle dimissioni dall'ospedale.

2) Incapacità parziale. Nel caso di paziente parzialmente privo di capacità e di volere si ripropongono le tematiche sopra esposte rispetto al paziente totalmente incapace di intendere e di volere con alcune variabili:

- anzitutto in questo caso, se non è stata adottata alcuna misura protettiva, è

evidente che non si pone l'alternativa tra interdizione e AdS perché l'unica misura da richiedere è appunto quest'ultima;

- in secondo luogo, a maggior ragione, la nomina dell'AdS, ove non già effettuata, necessita di adeguata indagine che coinvolga anzitutto il beneficiario - pur con i propri limiti intellettivi/volitivi - nella valutazione sulle scelte di cura a cui si dovrà attenere l'AdS.

Un'ipotesi particolare è quella in cui, sul problema della cura, sorga un contrasto tra l'AdS ed il beneficiario.

In questo caso (come pure nei casi di operato dell'AdS che risulti *"negligente nel perseguire l'interesse o soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario"*) i soggetti che possono promuovere l'AdS (e tra questi, come di è detto, anche i *"responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona"*..) possono ricorrere al G.T. perché intervenga adottando gli opportuni provvedimenti (art. 410 c.c.), che possono prevedere la sostituzione dell'AdS oppure la ridefinizione delle sue competenze attraverso una diversa ripartizione dei compiti di rappresentanza e di assistenza ovvero una modifica delle direttive a cui l'AdS deve attenersi

nello svolgimento dei propri compiti rispetto alle questioni inerenti alla cura della persona.

COMITATO VARESE AdS RETE DI TUTELA DEI DIRITTI

Il Comitato Varese AdS, rete di tutela dei diritti, è una realtà promossa da diverse organizzazioni della provincia di Varese che si occupa di informare, sensibilizzare e formare, cittadini, volontari e operatori attorno ai temi che riguardano l'amministrazione di sostegno e la protezione giuridica.

www.varese.progettoads.net
progettoads.va@progettoads.net

MASSIMILANO RADICI

In magistratura dal 1992, dopo avere svolto le funzioni di pubblico ministero nel Molise, è passato nel 1996 alla Pretura di Busto Arsizio, rivestendo per un decennio il ruolo di Coordinatore della Sezione distaccata di Gallarate.

Dal 2006 svolge le funzioni di giudice presso la I sezione civile del Tribunale di Busto Arsizio, occupandosi, tra l'altro, della responsabilità professionale medica e delle misure protettive della persona.

Padre di cinque figli, è stato relatore in vari convegni sul tema della mediazione familiare e dal 2002 opera nel settore del volontariato in favore delle persone disabili promuovendo incontri di sensibilizzazione, gruppi di mutuo aiuto e attività di integrazione per minori con disabilità psichica.