

N. 14974/2020 Reg. gen.
N. 3 ruolo di udienza pubblica



PROCURA GENERALE
presso la Corte di Cassazione

PRIMA SEZIONE CIVILE

UDIENZA PUBBLICA del 1° DICEMBRE 2021

Presidente: Francesco Antonio GENOVESE

Relatore: Antonio LAMORGESE

CONCLUSIONI SCRITTE DEL PUBBLICO MINISTERO

Provvedimento impugnato

Decreto Tribunale per i minorenni di Napoli, 5 dicembre 2019

Ricorrenti

XXX, rappresentato dagli esercenti la responsabilità genitoriale YYY e ZZZ

Intimati

TTT, Curatore speciale del minore XXX

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI NAPOLI

IL PUBBLICO MINISTERO

premesso che per l'esposizione del fatto e della vicenda processuale si rinvia al provvedimento impugnato e alle difese delle parti, limitandosi qui al rilievo dei soli elementi del fatto e del processo e agli argomenti di diritto ritenuti necessari per formulare le presenti conclusioni, osserva quanto segue.

Si rileva che, essendo stata presentata dai procuratori dei ricorrenti, in data 21.10.2021, istanza di discussione orale ex art. 23, comma 8-bis, d.l. 28.10.2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18.12.2020, n. 176, le presenti conclusioni scritte del Pubblico Ministero non rientrano nella previsione di cui alla suddetta norma e non soggiacciono, pertanto, al termine di presentazione, ivi previsto, del quindicesimo giorno precedente l'udienza.

Si premette che il decreto impugnato, vertendo sulla materia dell'autodeterminazione in tema di trattamenti sanitari, riguardando l'esercizio di diritti fondamentali quali quello all'autodeterminazione nelle scelte sanitarie (art. 32 Cost.) e al rispetto delle proprie

convinzioni religiose (art. 19 Cost.), ha carattere decisorio e non gestorio ed è quindi ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost.

Tale carattere deriva proprio dalla diretta incidenza su diritti fondamentali della persona, quale, innanzitutto, il diritto alla salute, che secondo l'art. 32, comma 2, Cost., prevede in senso preminentemente volontario il trattamento sanitario, in coerenza con i principi fondamentali e indeclinabili d'identità e libertà della persona umana di cui agli artt. 2 e 13 Cost. Ciò assume connotati ancora più forti, degni di tutela e garanzia, laddove la scelta o il rifiuto del trattamento sanitario rientri e sia connesso all'espressione di una fede religiosa, il cui libero esercizio è sancito dall'art. 19 Cost. È noto, infatti, che il dissenso dei Testimoni di Geova alle emotrasfusioni, anche in caso di pericolo di vita, ha alla sua base una motivazione religiosa e ideologica¹.

Si vedano, poi, gli artt. 8 e 9 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, e gli artt. 5 e 9 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 4.4.1997², in forza dei quali l'intervento in campo sanitario può essere effettuato solo sul presupposto del consenso libero e informato del paziente e tenendo in considerazione i desideri dallo stesso precedentemente espressi qualora si trovi in stato di incapacità.

La situazione giuridica in questione assume quindi il rango di diritto personalissimo, e ogni provvedimento giurisdizionale che vi incida possiede una dimensione decisoria³.

Dimensione decisoria che, in genere, giustifica la ricorribilità per cassazione⁴.

Si premette, ancora, che il ricorso si presenta privo di interesse, non essendo mai stata effettuata l'emotrasfusione che avrebbe dovuto costituire l'oggetto del consenso informato, mai raccolto, del minore ricorrente e non potendo, pertanto, questi, ricavare vantaggio concreto alcuno dallo sperato accoglimento del suo gravame.

Inoltre, il minore ricorrente ha raggiunto, in corso di causa, la maggiore età.

Ciò esclude che il minore possa avere interesse ad una pronuncia che sancisse, in oggi, il suo preesistente diritto all'ascolto in materia di trattamento sanitario; posto che dalla statuizione richiesta non deriverebbe alcun vantaggio pratico per il ricorrente (che, allo stato, non accampa pretese risarcitorie).

Nemmeno prospettando la presente controversia in termini di mero accertamento dell'esistenza del diritto all'autodeterminazione della minore in tema di trattamento sanitario, potrebbe affermarsi l'esistenza di un interesse del (non più) minore alla presente impugnazione. Infatti, l'avvenuto raggiungimento della maggiore età esclude che possa ravvisarsi un interesse concreto all'affermazione della sussistenza di un diritto all'autodeterminazione anche nella, ormai trascorsa, età minorile. Affermazione che assumerebbe un carattere meramente storico e non comporterebbe alcuna utilità pratica al (non più) minore. La situazione di incertezza sul diritto fatto valere, infatti, fa sorgere un interesse alla sua rimozione soltanto se essa possa condurre, in futuro, a conseguenze pregiudizievoli nei confronti di chi se ne assume titolare. Anche l'azione di mero accertamento, pur potendo prescindere dall'attualità di un pregiudizio⁵, deve, in ogni caso, per non assumere un carattere meramente accademico o di principio, essere ancorata ad un concreto pericolo di pregiudizio futuro per tale diritto, dovuto proprio all'incertezza che l'intervento giudiziario potrebbe eliminare. Pericolo che il raggiungimento dell'età maggiore ha ormai escluso.

¹ Il dissenso viene fondato sulla lettura di alcuni brani delle Scritture: Gen. 9, 3-6; Lev. 17, 11; Atti 15, 28, 29. Vedi, in proposito, Cass. Sez. III, 4211/2007, in motivazione, pag. 10.

² La cui ratifica nella Repubblica Italiana è stata autorizzata con l. 28.3.2001, n. 145, ma non risulta ancora depositata al Consiglio di Europa.

³ Così, in motivazione, Cass. Sez. I, 14158/2017.

⁴ Cass. Sez. un., 21985/2021.

⁵ Cass. Sez. III, 12893/2015. Sez. II, 13556/2008.

Del tutto pacifico, infine, che il requisito dell'interesse ad agire debba essere sussistente al momento della decisione⁶.

Ciò assorbe i restanti motivi.

Qualora Codesta Corte volesse, in ogni caso, affrontare le questioni agitate dal ricorrente in forza dell'art. 363, comma 3, c.p.c., il Pubblico Ministero rileva quanto segue.

Con il motivo di ricorso 1), XXX, *ut supra* rappresentato, lamenta violazione o falsa applicazione di legge (art. 360, comma 1, n. 3) c.p.c.), segnatamente dell'art. 3, l. 22.12.2017, n. 219; degli artt. 315-bis, 336-bis e 337-octies c.c.; degli artt. 24 e 111 Cost., degli artt. 3 e 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989⁷; degli artt. 3 e 5 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 25.1.1996⁸; dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁹, dell'art. 6 della già citata Convenzione di Oviedo, degli artt. 6, 8 e 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U.).

Ciò, in quanto il Giudice tutelare di Napoli, prima di emettere il decreto 7.3.2019, non ascoltò il ricorrente minore ai fini della eventuale emotrasfusione da praticarsi nei suoi confronti (poi, in concreto, non effettuata), ed avendo il Tribunale per i minorenni, adito a seguito di reclamo avverso il predetto decreto, confermato, con il provvedimento qui impugnato, la valutazione del Giudice tutelare.

Con il motivo di ricorso 2) le medesime censure vengono sostanzialmente riprese e così, pure, con il motivo 4), sotto il profilo dell'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti.

Il Pubblico Ministero osserva che, in linea di principio, la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione circa il trattamento medico propostogli e, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost. Ciò ancor prima ed indipendentemente dalla ratifica della Convenzione di Oviedo¹⁰, la quale costituisce comunque un ausilio interpretativo delle norme interne, ove non ve ne siano di contrarie alla Convenzione stessa¹¹.

Il principio è sancito dall'art. 1, comma 1, l. 219/2017, ove si afferma che *nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata*.

La norma è applicabile *ratione temporis* al caso che qui interessa, essendo entrata in vigore il 31.1.2018.

Corollario di tale principio è il diritto al rifiuto delle cure o alla interruzione delle stesse, di cui al comma 5 del medesimo art. 1, e l'obbligo per il medico di rispettare tali volizioni, di cui al successivo comma 6, con esenzione dalle responsabilità civili e penali per il medico che a tali volizioni si adegui.

Nel caso, va ancora ricordato l'art. 33, comma 1, l. 23.12.1978, n. 833, sulla volontarietà dei trattamenti sanitari¹², e il d.m. Ministero della Salute 3.3.2005 sul consenso scritto per le trasfusioni di sangue.

Infine, va ricordato l'art. 32, comma 4, del Codice di deontologia medica, secondo il quale *In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere,*

⁶ Per tutte, Cass. Sez. un., 10553/2017.

⁷ Ratificata dalla Repubblica Italiana con l. 27.5.1991, n. 176.

⁸ Ratificata dalla Repubblica Italiana con l. 20.3.2003, n. 77.

⁹ Detta anche Carta di Nizza, proclamata il 7.12.2000 e, successivamente, il 12.12.2007, a Strasburgo.

¹⁰ Cass. Sez. III, 28985/2019.

¹¹ Cass. Sez. I, 21748/2017.

¹² Sul principio di autodeterminazione nei trattamenti sanitari vedi ancora, di recente, Cass. Sez. III, 11112/2020.

il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, se non ricorrano le condizioni di cui all'articolo 34.

Nel contempo, il rifiuto di un trattamento sanitario può essere originato da convincimenti di natura religiosa. Convincimenti anch'essi costituzionalmente riconosciuti in forza dell'art. 19 Cost.

Pertanto, è stato ritenuto che il *Testimone di Geova, che fa valere il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione pur avendo prestato il consenso al diverso trattamento che abbia successivamente richiesto la trasfusione, anche con dichiarazione formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo inequivoco la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita*¹³.

Nel suddetto caso affrontato la Corte ha affermato che *A sostegno del diritto di rifiutare l'emotrasfusione (...) vi è (...) il complesso concorso di principi rappresentato da quello all'autodeterminazione in materia di trattamento sanitario e quello di libertà religiosa. Tale osmosi di principi costituzionali non incontra (...) principi di segno contrario suscettibili di bilanciamento.* Sostanzialmente, è stato riconosciuto il concorso di due principi di ordine costituzionale, l'art. 19 e l'art. 32, comma 2 Cost., dei quali si è detto sopra.

Il suddetto orientamento è la naturale prosecuzione di un percorso interpretativo che tende a valorizzare il rispetto della persona umana, intesa come insieme di convinzioni etiche, religiose e culturali le quali possono essere orientate anche verso il rifiuto del trattamento sanitario, fino alla conseguenza estrema dell'accettazione della cessazione della vita stessa, ove tale rifiuto venga consapevolmente e chiaramente espresso¹⁴.

Il caso affrontato dalla Corte e sopra accennato concerneva persona maggiore di età.

Per il caso del minore di età, esaminando la normativa sovranazionale, va ricordato che, secondo l'art. 6, comma 2, Convenzione di Oviedo, *Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità.*

Tale statuizione risulta conforme a quanto stabilito già dall'art. 12 della citata Convenzione di New York (*gli Stati Parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione, tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine, si darà, in particolare, al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria e amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato*). La norma, sostanzialmente, è stata poi recepita dall'art. 315-bis, comma 3, c.c.¹⁵, concernente, in genere, i diritti e i doveri dei figli.

Il diritto del minore ad essere ascoltato emerge, poi, in varie altre disposizioni interne, sia pure estranee alla problematica dei trattamenti sanitari. Senza pretesa di completezza si ricordano l'art. 250, comma 4, c.c.¹⁶; l'art. 316, comma 3, c.c.¹⁷; l'art. 336, comma 2, c.c.¹⁸ (richiamato anche dall'art. 317-bis, comma 2, c.c.¹⁹); l'art. 336-bis, comma 1, c.c.; l'art. 348,

¹³ Cass. Sez. III, 29469/2020.

¹⁴ Cass. Sez. I., 21748/2007; 12998/2019. Sez. III, 515/2020; 23676/2008.

¹⁵ Introdotto dall'art. 1, comma 8, l. 10.12.2012, n. 219.

¹⁶ Riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio.

¹⁷ Contrasto fra genitori su questioni di particolare importanza.

¹⁸ Provvedimenti *de potestate*.

¹⁹ Rapporti del minore con gli ascendenti.

comma 3, c.c.²⁰; l'art. 371, comma 1, n. 1), c.c.²¹; gli artt. 4, 10, 15, 22, 25 e 45, l. 4.5.1983, n. 184²².

Dal complesso di queste disposizioni si evince che il minore ultradodicescenne²³ si presume, *iuris tantum*, dotato di idoneo discernimento e quindi portatore del diritto di essere ascoltato nei procedimenti che lo riguardano. Discernimento che, peraltro, non può essere aprioristicamente escluso nemmeno per età inferiori, come espressamente stabilito nelle norme sopra richiamate²⁴.

La stessa giurisprudenza di Codesta Corte, in varie occasioni, sia pure non attinenti i trattamenti medico-sanitari, ha avuto modo di rilevare la necessità dell'audizione del minore e la violazione, in caso contrario, dei principi del contraddittorio e del giusto processo²⁵.

È stata anche sottolineata la necessità che il giudice tenga conto degli esiti dell'ascolto del minore, motivando adeguatamente, in proporzione al grado di discernimento del minore stesso, l'eventuale difformità della propria decisione dalle opinioni da quest'ultimo manifestate²⁶.

Peraltro, il principio dell'autodeterminazione del minore, in grado di discernere, qualora si tratti di eseguire un trattamento sanitario nei suoi confronti, pur se coinvolgente la sfera della fede religiosa in cui egli si riconosce²⁷, non può automaticamente essere inteso come un diritto al rifiuto degli accertamenti diagnostici o dei trattamenti sanitari.

Va ricordato che il comma 5 del citato art. 1, l. 219/2017 esordisce richiedendo, quale presupposto del diritto al rifiuto delle cure, non la capacità di discernimento, bensì la capacità di agire. Capacità che, nel nostro ordinamento, sorge con la maggiore età, ex art. 2, comma 1, c.c.

Ciò trova una spiegazione nella gravità della decisione concernente la salute personale; gravità che, a volte, può tradursi in irrimediabilità delle conseguenze della scelta effettuata. Il che differenzia la decisione relativa al trattamento sanitario da tutte le altre decisioni sopra ricordate, pur rilevanti, nelle quali il minore capace di discernimento è chiamato ad esprimere le sue preferenze.

Un rifiuto del trattamento può essere validamente espresso solo dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale (d'ora in poi; i genitori) e, a tale proposito, l'art. 3, comma 2, l. 219/2017, prevede che il consenso, o il rifiuto, al trattamento sanitario del minore sia espresso dal genitore, tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità.

La proposizione *tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità* non è dissimile da quella *Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità*, di cui all'art. 6, comma 2, Convenzione di Oviedo, e da quella di cui all'art. 12, Convenzione New York, *le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione, tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità*.

²⁰ Nomina del tutore del minore.

²¹ Luogo di avviamento agli studi o all'esercizio di un'arte, mestiere o professione.

²² Affidamento familiare; stato di abbandono; adozione etc.

²³ Ultradecenne nel caso dell'art. 371, comma 1, n. 1), c.c., di cui alla nota 21.

²⁴ Cass. Sez. I, 19327/2015; 5097/2014; 5847/2013.

²⁵ Senza pretesa di completezza: Cass. Sez. un., 22238/2009. Sez. I, 23804/2021; 16569/2021; 1474/2021; 16410/2020; 19327/2015; 6129/2015; 7478/2014; 5097/2014, 11687/2013, 18538/2013, sull'affidamento e il diritto di visita, compreso il diritto del minore di mantenere rapporti significativi con gli ascendenti ed i parenti del genitore scomparso. Sez. I, 4792/2020; 15254/2019; 3319/2017; 18846/2016; 7479/2014; 5237/2014, 17201/2011, nel procedimento in tema di sottrazione internazionale di minori. Sez. VI-1, 30062/2020 e Sez. I, 15365/2015, in tema di dichiarazione di adottabilità. In linea generale, di recente, Sez. I, 1471/2021.

²⁶ Cass. Sez. I, 7773/2012, in motivazione, pag. 8; 11687/2013, in motivazione, § 3.4.

²⁷ Per le interferenze fra consenso al trattamento sanitario e libertà religiosa, vedi Cass. Sez. I, 12998/2019; 14158/2017.

Si tratta di previsioni che esprimono non un diritto di veto del minore sui trattamenti sanitari che lo riguardano, specie ove questi concernano la sua stessa sopravvivenza, ma una considerazione delle sue preferenze, in funzione del suo sviluppo e della sua maturazione, che può trovare spazio laddove vi siano delle scelte specifiche da operare in relazione ad un determinato trattamento. Si faccia il caso della scelta di esecuzione di un intervento chirurgico con la tecnica della laparotomia o con quella della laparoscopia. Oppure se operare la scelta di un parto eutocico o di un parto cesareo. O, ancora, si pensi alla scelta sull'assunzione di bloccanti puberali nel caso di disforia di genere.

In tal senso va letto il comma 1 dell'art. 3 della l. 219/2017, laddove ricorda che *la persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione (...) e 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*.

La scelta relativa al trattamento sanitario, insomma, non può ritenersi limitata alla alternativa secca sì/no; ma può trovare spazio anche nell'ambito del *quomodo* del trattamento sanitario, spesso sottoposto a variabili che qui non è certo possibile ricordare od elencare.

Pertanto, la valorizzazione della volontà consapevole del minore dotato di discernimento, può trovare, comunque, un proprio concreto spazio di operatività, pur negando allo stesso un invalicabile diritto di veto al trattamento sanitario; diritto riconosciuto, invece, al maggiore di età.

Il diniego di un diritto di rifiuto insuperabile del minore si spiega alla luce di un corretto bilanciamento fra libertà di autodeterminazione dello stesso, da un lato, che la sua non completa capacità di agire non permette di considerare piena, e la tutela del diritto alla vita e alla salute; dall'altro lato.

Vale la pena rammentare che il diritto alla vita costituisce il primo diritto inviolabile dell'Uomo e il presupposto necessario di tutti gli altri diritti²⁸ e discende immediatamente dall'art. 2 Cost.²⁹ Da ciò la non ipotizzabilità di un *diritto di morire*, come affermato dalla Corte E.D.U., in relazione alla tematica del diritto al suicidio³⁰.

Se, però, non esiste un diritto di morire, neppure esiste un *dovere di vivere* ad ogni costo, anche in disprezzo di altri fondamentali diritti dell'individuo, primo fra tutti quello alla dignità personale ed alla libera autodeterminazione.

A tale ultimo proposito, nell'evoluzione giurisprudenziale e anche del sentire sociale la indisponibilità del bene vita e del bene salute – tradizionalmente ricavata dall'art. 5 c.c., ma anche dagli artt. 579 e 580 c.p. – è ormai da considerarsi un valore non tale da comportare un ormai tramontato *dovere di curarsi* incondizionato, ove questo venga a confliggere con l'insieme delle convinzioni etiche dell'individuo, da valutarsi alla stessa stregua della sua salvaguardia fisica ad ogni costo³¹. Sono sin troppo note, a tale riguardo, le pronunce sul caso *Eluana Englaro*³² e, con riferimento alle norme penali, sul caso *Marco Cappato-DJ Fabo*³³.

Se ciò è vero, occorre, però, rammentare che, nei casi affrontati dalla giurisprudenza, la scelta non autoconservativa ad oltranza era stata assunta da persone perfettamente capaci di agire e la piena capacità è sempre stata considerata quale presupposto di legittimità del rifiuto del trattamento sanitario.

In particolare, nel caso *Eluana Englaro*, costei era ventenne al momento dell'incidente che le provocò il coma irreversibile e la sua volontà, ricostruita *ex post*, proveniva quindi da un

²⁸ Corte cost., 223/1996.

²⁹ Corte cost., 35/1997.

³⁰ Corte E.D.U. sentenza 29.4.2002; *Pretty/Regno Unito*.

³¹ Vedi, in proposito, la giurisprudenza citata a nota 14.

³² Cass. Sez. I, 21748/2007.

³³ Corte cost. 242/2019.

soggetto pienamente capace. Nell'ordinanza interlocutoria del caso *Cappato-DJ Fabo*, la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato, quale presupposto della successiva affermazione della irrilevanza penale del c.d. suicidio assistito, la piena capacità dell'aspirante suicida di prendere decisioni libere e consapevoli³⁴.

Il diritto di rifiutare trattamenti sanitari che prolunghino ad oltranza la vita è stato ripetutamente ancorato alla piena capacità del richiedente anche dalla Corte E.D.U.³⁵

La piena capacità di agire, come già detto, è posta dall'art. 1, comma 5, l. 219/2017 quale condizione per il rifiuto del trattamento sanitario e corollario di tale principio è la necessità che, per il minore di età, il rifiuto venga espresso dai genitori (art. 3, comma 2, l. 219/2017). La previsione che sia una persona capace di agire ad esprimere il rifiuto o il consenso al trattamento sanitario trova riscontro anche nel comma 2 dell'art. 3, l. 219/2017, con riferimento all'interdetto.

Nel caso dell'inabilitazione, invece, è previsto che sia il medesimo inabilitato ad esprimere il consenso informato. Peraltro, ciò non deve indurre a ritenere che, nonostante la sua limitata capacità di agire, l'inabilitato possa decidere sempre e comunque, liberamente, la propria decisione in proposito. Il secondo periodo del suddetto comma, infatti, prende in esame il caso dell'inabilitato soggetto ad amministrazione di sostegno, il cui amministratore sia stato dotato della rappresentanza esclusiva in campo sanitario, per affermare la legittimazione congiunta, di inabilitato ed amministratore, al consenso. Ovvero anche esclusiva, in capo all'amministratore. È da ritenersi, pertanto, che questo sia proprio il caso dell'inabilitazione cui si accompagna una capacità mentale ridotta, che non consente la formazione di un consenso consapevole al rifiuto del trattamento sanitario. Mentre la piena libertà di autodeterminazione dell'inabilitato deve ritenersi prevista solo per quei particolari casi in cui l'inabilitazione non è associata ad alcuna infermità mentale (prodigalità, cecità etc.). Dalla particolare disciplina prevista, dall'art. 3, comma 2, l. 219/2017, per il caso dell'inabilitato, non possono quindi trarsi spunti utili a favore del riconoscimento di una piena capacità del minore di età di esprimere un invalicabile rifiuto al trattamento sanitario.

Il diritto di essere sentito del minore, di cui all'art. 3, comma 1, l. 219/2017, il suo diritto di veder valorizzata la propria capacità di comprensione e di decisione e di esprimere una sua volontà non possono, in sintesi, essere confusi con il diritto di esprimere un rifiuto vincolante del trattamento sanitario. Diritto che il nostro ordinamento positivo non prevede.

Il rifiuto al trattamento sanitario può provenire solo da persona capace di agire, ex art. 1, comma 5, l. 219/2017, e, pertanto, nel caso del minore di età, dai genitori, come ricorda il successivo art. 3, comma 2.

Occorre ora valutare le conseguenze della volontà espressa dal figlio minore e dai genitori al trattamento sanitario.

Il ricorso in esame appare incentrato, soprattutto, sulla necessità che l'intervento giudiziale sia adottato senza prescindere dalla volontà del minore in condizione di discernere. Volontà che deve essere espressa nelle forme dell'audizione giudiziale, la cui omissione costituisce una delle doglianze dei ricorrenti la quale, stante quanto già detto, appare fondata.

A tale proposito si possono presentare vari scenari, che qui si espongono sinteticamente.

1) Consenso concorde di figlio minore e genitori al trattamento sanitario.

L'audizione giudiziale del minore appare pleonastica nel caso in cui i genitori manifestino il consenso al trattamento sanitario. In tale ipotesi la volontà consenziente del minore ben può emergere da una dichiarazione raccolta e conservata dal personale medico, nelle forme di cui all'art. 1, comma 4, l. 219/2017, conforme alla volontà espressa dai suoi genitori e raccolta anch'essa con le medesime modalità.

³⁴ Corte cost. 207/2018.

³⁵ Corte E.D.U., sentenza 20.1.2011, *Haas/Svizzera*; sentenza 19.7.2012, *Koch/Germania*; sentenza 14.5.2013, *Gross/Svizzera*.

Non è certo causale che l'art. 3, comma 5, l. 219/2017 preveda l'intervento giudiziale per il solo caso di rifiuto del trattamento sanitario e non anche per il simmetrico caso di consenso allo stesso; dovendosi presumere che, ove le persone autorizzate a prestare il consenso (i genitori) non lo rifiutino, ciò sia conforme alla volontà del minore da loro rappresentato. Una procedura di ascolto giudiziale del minore, nel caso di consenso al trattamento espresso dai genitori, rappresenterebbe solo un inutile appesantimento di trattamenti terapeutici che, sovente, richiedono celerità di esecuzione. Ascolto giudiziale che, d'altronde, si rivelerebbe del tutto pleonastico posto che il personale medico, come previsto dall'art. 1, comma 4, l. 217/2019, è obbligato a raccogliere anche il consenso informato del minore.

Del resto, secondo l'*id quod plerumque accidit*, appare anomalo il caso dei genitori che esprimono una volontà contraria al trattamento terapeutico per il minore, specie se destinato a preservarne la vita, come una emotrasfusione. Mentre statisticamente ben più frequente è certamente il caso inverso: quello dei genitori consenzienti. Si spiega, così, la necessità dell'intervento giudiziale di controllo, nelle forme di cui all'art. 3, comma 5, l. 219/2017, sul caso anomalo.

2) Rifiuto concorde di figlio minore e genitori al trattamento sanitario.

L'ipotesi è disciplinata dal comma 5 dell'art. 3, l. 219/2017, che prevede il controllo giudiziale sul rifiuto delle *cure proposte (che) il medico ritenga invece (...) appropriate e necessarie*.

Il controllo, previsto nel solo caso del rifiuto delle cure, si spiega, innanzitutto, con la gravità della relativa scelta e delle conseguenze che, potenzialmente, possono derivarne.

Inoltre, senza un controllo giudiziale, si attribuirebbe a soggetti non titolari del diritto alla vita e alla salute il potere di disporre, in contrasto con il fondamentale principio, immanente in tutto l'ordinamento, che esclude che il rappresentante dell'incapace possa compiere, in nome e per conto di questi, atti di straordinaria amministrazione. Principio espresso dall'art. 320, comma 3, c.c. con riferimento ad atti di natura patrimoniale ma che, a maggior ragione, deve ritenersi valido per quegli atti che possono compromettere un diritto fondamentale quale quello della sopravvivenza o della salute, certamente non meno importante degli interessi di natura patrimoniale³⁶.

In tale ipotesi, il controllo del Giudice tutelare, secondo quanto stabilito dalla norma in esame, dovrà avere riguardo all'appropriatezza e alla necessità della cura, ed anche alla volontà espressa in proposito dal minore in grado di discernere, ma solo ove questa non ponga in discussione scelte mediche ritenute indispensabili per la salute, se non per la sopravvivenza, del minore (il caso della emotrasfusione urgente ne è un esempio tipico). Una volontà negativa del minore, espressa attraverso i genitori ex art. 3, comma 2, l. 219/2017, potrebbe indurre ad una scelta giudiziale in senso conforme a tale volontà, solo ove venisse individuata, attraverso le indicazioni mediche, una cura alternativa a quella proposta, egualmente efficace nel preservare la vita e la salute del minore³⁷. Ciò dovendosi negare, come già detto, un potere dispositivo della persona non capace sulla propria vita e non potendosi attribuire nemmeno tale potere dispositivo ai suoi genitori. Va ribadito, a tale proposito, che il comma 5 dell'art. 3, citato, pone quale parametro cui deve ispirarsi il Giudice tutelare unicamente l'appropriatezza e la necessità delle cure; sintagma che pone al centro della valutazione giudiziale la previsione fausta dell'esito delle cure e non altro. Soprattutto, il comma 5 non pone quale metro di giudizio il rispetto delle convinzioni etico-religiose del

³⁶ Vedi Cass. Sez. I, 5652/1989.

³⁷ E' questo il caso affrontato di recente dalla giurisprudenza di merito – Corte di appello di Perugia, 14.12.2020 - in cui è stata salvaguardata la volontà del minore, oppositiva rispetto alla emotrasfusione, ma, si badi, in quanto vennero individuati possibili ed efficaci alternative mediche alla stessa (uso di immunoglobuline). Nel caso, comunque, si discuteva non della possibilità di praticare l'emotrasfusione (ormai eseguita), ma dei provvedimenti *de potestate* assunti nei confronti dei genitori (nomina del curatore speciale) per avere espresso anch'essi il rifiuto della emotrasfusione.

minore, da considerarsi recessive rispetto all'esigenza di salvaguardarne la sopravvivenza, ove questo obiettivo si ponesse in conflitto con tali convinzioni.

Il Giudice tutelare verrà adito, in questa ipotesi, presumibilmente, dal medico o dal legale rappresentante della struttura sanitaria, stante la prevedibile mancanza di interesse dei genitori ad una pronuncia che avesse riguardo unicamente alla previsione di esito fausto delle cure mediche; e non anche ad altre considerazioni di tipo etico-religioso.

La concordanza di volontà espressa da minore, ovviamente dotato di discernimento, e genitori esclude la necessità della nomina di un curatore speciale, che esige un conflitto di interessi fra rappresentato e rappresentante.

3) Rifiuto espresso dai genitori in contrasto con la volontà del minore.

Anche in tale ipotesi si rende necessario il ricorso al controllo giudiziale di cui al comma 5 dell'art. 3, l. 219/2017, che verrà verosimilmente attivato dal medico o dal legale rappresentante della struttura sanitaria.

All'ipotesi del contrasto fra la volontà dei genitori e quella del minore va assimilata quella della mancanza di una volontà rilevante del minore, in quanto non ancora capace di discernimento (si pensi al caso dell'emotrasfusione da praticare su un neonato). Oppure l'ipotesi della impossibilità del minore di esprimere una volontà (es. stato di incoscienza).

In entrambe le ipotesi appare inevitabile la nomina del curatore speciale del minore di cui all'art. 78 c.c., emergendo una antitesi fra i valori religiosi ed etici posti a base delle rispettive scelte. I genitori, in sostanza, esprimono una volontà conforme al loro credo ma contrastante con i desideri del minore (o in assenza degli stessi), anch'essi ispirati ad un sistema di valori non meno degno di tutela.

Ove consti la volontà del minore di accettare le cure mediche proposte, ritenute ovviamente appropriate e necessarie dal Giudice tutelare, non vi è dubbio che esse dovranno essere autorizzate, non potendo di certo i genitori disporre di beni primari altrui allo scopo di preservare i propri convincimenti etico-religiosi.

4) Rifiuto espresso dal minore capace di discernimento in contrasto con la volontà dei genitori.

In tale ipotesi, dovendosi comunque valorizzare la capacità di comprensione e di decisione del minore (art. 3, comma 1, l. 219/2017) appare inevitabile il controllo giudiziale e la nomina del curatore speciale, stante la situazione di conflitto con le volontà genitoriali. Sempre tenendo conto che il rispetto della volontà del minore non potrà indurre il Giudice tutelare a scelte che, essendo in contrasto con l'appropriatezza e la necessità delle cure, possano giungere a sacrificarne vita o salute.

Si chiede, pertanto, che Codesta Corte enunci il seguente principio di diritto:

Il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, che comporta il diritto di rifiutare l'emotrasfusione, non può essere espresso dal minore di età, anche ove ne sia accertata la capacità di discernere, non potendo la persona non pienamente capace di agire disporre del bene primario della propria vita. Il rifiuto della emotrasfusione può essere rilasciato solo dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale, sulla base della volontà espressa al riguardo dal minore in condizioni di discernere. L'audizione giudiziale del minore si presenta necessaria per il caso di rifiuto del consenso al trattamento sanitario, sia esso espresso dai genitori che dal minore stesso. La decisione giudiziale sulla emotrasfusione deve tenere conto solo della sua appropriatezza e necessità ai fini della conservazione della vita e della salute del minore e non anche dei convincimenti etico-religiosi di questi o dei suoi genitori, salva la possibilità di individuare cure mediche alternative, di altrettale efficacia. Nell'ipotesi di contrasto fra le volontà espresse dal minore e dai genitori, nonché nell'ipotesi del minore non in grado di

esprimere una propria volontà, è necessario che al primo venga nominato il curatore speciale di cui all'art. 78 c.c. affinché lo rappresenti davanti al Giudice tutelare.

Per tutti i motivi sopra esposti, il Pubblico Ministero

CHIEDE

dichiararsi l'inammissibilità del ricorso e pronunciarsi il principio di diritto di cui in motivazione.

Roma, 24 novembre 2021

Il Sostituto Procuratore Generale
Alberto CARDINO

A handwritten signature in black ink, reading "Alberto Cardino". The signature is written in a cursive style with a large initial 'A' and a long, sweeping underline.