

60
anni
iustitia

iustitia

RIVISTA TRIMESTRALE DI CULTURA GIURIDICA FONDATA NEL 1948

ANNO LXI, LUGLIO-SETTEMBRE 2008

Estratto



**GIUFFRÈ
EDITORE**

3/08

PUBBL. TRIM. - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

Osservatorio

STEFANO SPINELLI

PERCHÉ MAI NON DOVREBBE RILEVARE IL 'DIRITTO ALLA VITA' NELLA RICHIESTA DI INTERRUZIONE DELL'ALIMENTAZIONE FORZATA?

SOMMARIO: 1. L'iter giuridico. — 2. La decisione della Corte d'Appello di Milano. — 3. L'affermato diritto di scelta terapeutica. — 4. Il quadro normativo vigente. — 5. La sentenza della Corte di Cassazione "creatrice di diritto". — 6. Il richiamo all'art. 32 Cost. — 6.1. Il diritto alla salute anche come interesse della collettività. — 6.2. Non riconducibilità della vicenda ad un diritto di libertà negativa. — 6.3. Il precedente. — 6.4. La ritenuta minor dignità della vita. — 7. Il diritto alla vita. — 8. Il consenso. — 8.1. Insufficienza di un consenso presunto. — 9. L'irreversibilità.

1. Il 9 luglio scorso la Corte d'Appello di Milano, Prima Sezione Civile, ha pubblicato le motivazioni del decreto con il quale, accogliendo il reclamo proposto da Beppino Englaro quale tutore di Eluana Englaro, e con l'adesione della curatrice speciale di quest'ultima, ha autorizzato l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale di Eluana, realizzato mediante alimentazione e idratazione con sondino naso-gastrico (1).

(¹) Il testo integrale del decreto 9 luglio 2008 è riportato nel sito: www.giuffre.it/riviste/iustitia. Nello stesso sito si trova pure il ricorso con il quale la Procura Generale di Milano ha impugnato tale decreto. È interessante rilevare che, già nel giudizio avanti la Corte d'Appello, il Pubblico Ministero aveva concluso per il rigetto del ricorso e in via subordinata per l'ampliamento dell'istruttoria. Era stata infatti rilevata "la sussistenza di margini di perplessità tali da ostacolare la ricostruzione in termini chiari, univoci e convincenti dell'idea di Eluana in ordine alla dignità della persona".

Inoltre per la ricorrenza dei requisiti stabiliti dalla Suprema Corte con la sentenza 21748/2007, era richiesto, quale condizione indispensabile, che la condizione di stato vegetativo fosse, "in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi" fosse "alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale,

Si tratta, almeno per il momento, in attesa di vedere se la decisione sarà ulteriormente impugnata, dell'ultimo passaggio di un oramai lunghissimo *excursus* giudiziario, che ha visto susseguirsi tre ricorsi ex art. 732 c.p.c. proposti dal padre di Eluana. Il primo ricorso fu dichiarato inammissibile in primo grado ed in sede di reclamo. Il secondo fu dichiarato di nuovo inammissibile in primo grado ed in sede di reclamo, nonché dalla Corte di Cassazione. Infine il terzo fu dichiarato inammissibile in primo grado, fu dichiarato ammissibile ma respinto in sede di reclamo, mentre la sezione prima civile della Corte di Cassazione, con la sentenza numero 21748, depositata il 16 ottobre 2007, cassò l'impugnato provvedimento della Corte d'Appello milanese, disponendo il rinvio ad altra sezione.

Con quella sentenza, la Suprema Corte elaborò il principio di diritto secondo cui sarebbe consentito al giudice, su richiesta del tutore, di autorizzare la disattivazione del sondino nasogastrico che provvede alla alimentazione e tiene in vita un malato in stato vegetativo permanente, qualora ricorra la seguente duplice condizione: a) che la condizione di stato vegetativo sia "irreversibile" (ossia quando "*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 pur flebile, recupero della coscienza e di un ritorno ad una percezione del mondo esterno*"); b) che tale istanza sia realmente espressiva della volontà del paziente ("*in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti*", tratti "*dalle precedenti dichiarazioni*" del medesimo, "*ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti*").

2. La Corte d'Appello di Milano si è quindi trovata a dover decidere seguendo le linee-guida tracciate da tale pronuncia della Suprema Corte, e a dare applicazione al principio di diritto da questa affermato.

Preliminarmente la Corte d'Appello ha ritenuto di affermare che sulla prima delle due condizioni (l'irreversibilità dello stato vegetativo) fosse oramai intervenuta una situazione di "giudicato interno", o una "equivalente preclusione endoprocesuale", così da rendere superfluo ogni accertamento al riguardo. E comunque i giudici meneghini ribadiscono da un lato che la condizione di irreversibilità dello stato vegetativo nel caso di Eluana sarebbe comprovata e pacifica in tutte le fasi processuali pregresse, e dall'altro lato che a tale conclusione giungerebbe comunque insindacabilmente lo stato attuale della scienza medica: preferiamo non addentrarci negli aspetti prettamente medici della decisione, e nella valutazione della correttezza scientifica della stessa, pur evidenziando come vi siano voci di autorevoli medici indirizzate a sostenere tesi contrarie, per le quali lo stato vegetativo non consentirebbe mai certezza di "irreversibilità" (anche in considerazione di ripetuti casi di "recupero", anche a distanza di anni), quanto piuttosto di "permanenza" o "persistenza".

Nel prosieguo della motivazione, i giudici analizzano il principio di diritto

che" lasciasse "supporre la benché minima possibilità di un qualche, seppure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno".

La citata sentenza della Suprema Corte (*rectius* Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21748), è stata annotata su questa rivista (*Iustitia* n. 1/2008, p. 55 e ss.) da P. Stanzone e G. Salito con il titolo: *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace. Note a margine di Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21748*. Il testo integrale di quest'ultima è reperibile su www.giuffre.it/riviste/iustitia

affermato dalla Corte di Cassazione, per valutarne la legittimità costituzionale, giungendo ad una conclusione positiva (come poi in seguito dettagliatamente si analizzerà in senso critico, costituendo il tema centrale del presente scritto).

Infine la Corte di Appello ha proceduto ad esaminare le risultanze dell'attività istruttoria compiuta nelle fasi precedenti, nonché dell'ulteriore interrogatorio del sig. Beppino Englaro, per verificare la sussistenza della seconda condizione indicata dalla Corte di Cassazione, vale a dire l'accertamento che l'istanza proposta dal tutore fosse realmente espressiva della volontà di Eluana (come visto, *"in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti"*, tratti *"dalle precedenti dichiarazioni"* della medesima, *"ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti"*).

3. Si è detto dunque che la Corte d'Appello ha ritenuto conforme ai principi costituzionali del nostro ordinamento l'affermazione di diritto compiuta dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 21748/2007.

Questo il ragionamento sviluppato dai giudici.

Partendo dall'affermazione del *"diritto di scelta terapeutica"* di ogni individuo, tale per cui ciascuno avrebbe piena libertà di autodeterminarsi nello scegliere a quali trattamenti terapeutici sottoporsi, *in applicazione del principio di uguaglianza* tale diritto dovrebbe essere consentito anche al soggetto incapace (impossibilitato ad esprimere di persona il proprio convincimento), autorizzando così il legale rappresentante (tutore o amministratore di sostegno) all'espressione in via mediata della volontà del soggetto interessato. Diversamente opinando, a detta dei giudici, il soggetto incapace si vedrebbe privato della possibilità di esercitare il diritto non già a morire, ma a lasciare che la vita segua il suo corso senza interventi artificiali *"quando essi siano più dannosi che utili per il malato, o non proporzionati"*.

4. La "soluzione" indicata dalla Corte di Cassazione, ed applicata dalla Corte di Appello di Milano, era stata enunciata dal prof. Paolo Barile, costituzionalista e studioso dei diritti di libertà, nel volume *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, edizione Il Mulino (a pag. 60), già nel 1984.

Ivi, l'autore auspica una legge che permetta "in questi limiti" (quelli or ora enunciati in sentenza: non reversibilità dello stato di salute e precisa richiesta del malato o delle persone vicine) l'eutanasia (ossia l'uccisione pietosa, a fin di bene, del consenziente).

L'autore afferma che *"in nessun ordinamento vigente quest'ultima è considerata non punibile"*, anche se si prevedono attenuazioni del grado di responsabilità (si è negli anni '80, né si possono prevedere gli sviluppi successivi nei vari ordinamenti): nel nostro ordinamento, l'eutanasia "per regola è un omicidio ('a fin di bene'), ma può anch'essere un suicidio 'aiutato', sempre a fin di bene". Nel primo caso rientra nell'ipotesi dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente); nel secondo, nel divieto di cui all'art. 580 c.p. (aiuto al suicidio).

Ma — secondo l'autore — il principio personalistico sancito nell'art. 2 Cost. autorizzerebbe, anche se solo nei limiti sopra indicati, un intervento legislativo volto a regolamentare la fattispecie: in sostanza, il rispetto della persona umana potrebbe spingersi sino ad ammettere la soppressione di una vita ormai priva di coscienza,

naturalmente nei casi disperati e dolorosi e limitatamente all'esistenza delle condizioni riprese e sancite anche nella recente sentenza che stiamo commentando.

5. Pur mancando la legge, i giudici hanno tuttavia evidentemente ritenuto che ci fossero già sin d'ora le condizioni per stabilire il suddetto principio, con una decisione del tipo di quelle che si sogliono chiamare "creatrici di diritto".

Questa funzione "innovativa" dell'ordinamento giuridico da parte del giudice, questa "supplenza legislativa" se è da ritenersi accettabile ed anche utile per problematiche "condivise", o avvertite tali, non sembra esserlo parimenti per questioni complesse e dirompenti, caratterizzate da profonde fratture ideali e di fede, soprattutto in una materia, come quella in oggetto, che tocca diritti personalissimi e non delegabili, come quello alla vita.

Non pare, cioè, che il tema (assai delicato e doloroso) possa ridursi ad un mero principio di diritto affermato in una sentenza, che (non solo in una situazione di vuoto legislativo, ma in presenza addirittura di norme penali di segno opposto) si presenta formulato come un vero e proprio comma di legge (una sorta di esimente o di deroga alle ipotesi di reato previste, riguardante una condotta legittimata dall'autorizzazione del giudice in presenza di date condizioni).

6. E non pare un caso che nella pronuncia di rinvio della Corte di Cassazione compaia una sola volta la parola eutanasia, per negarla nel caso di specie, ossia per affermare che *"il rifiuto delle terapie medico chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per una ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale"*.

In sostanza, la Corte di Cassazione ricostruisce la drammatica vicenda sottoposta al suo esame, in termini di trattamento sanitario, per il quale è richiesto il consenso informato; sarebbe quindi legittimo un rifiuto alle cure.

Il passo successivo è quello di legittimare tale rifiuto, anche quando l'astensione delle cure possa provocare la morte, in virtù della natura del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., quale diritto di libertà, che come tale implica anche la tutela del suo risvolto negativo, ovvero il diritto a perdere la salute e a non curarsi.

Ciò che, come si è visto, è proprio la conclusione riaffermata dalla Corte d'Appello nel provvedimento che ha autorizzato l'interruzione del trattamento.

6.1. Ora, già questo solo aspetto pare contestabile, in quanto l'art. 32 Cost. tutela la salute non solo come fondamentale diritto dell'individuo, ma anche come "interesse della collettività", imponendo doveri di solidarietà sociali che autorizzano (ed in determinati casi obbligano) gli altri consociati ad intervenire in caso di pericolo (si pensi all'art. 593 c.p., omissione di soccorso; oppure ai trattamenti sanitari obbligatori, di cui al secondo comma dell'art. 32 Cost., per il quale opera una riserva di legge ed il limite del rispetto della persona umana).

Quando poi il bene tutelato è (non meramente la salute, ma) la stessa vita, la sua rinuncia non trova legittimazione, per quanto riguarda i terzi, neppure in presenza di consenso dell'interessato, configurandosi diversamente i sopra citati reati di cui agli artt. 579 e 580 c.p. che impediscono di assecondare anche una valida

volontà espressa in tal senso (unico effetto di quest'ultima è, come detto, una attenuazione del grado di responsabilità).

Questo è il quadro oggi vigente, in cui si inseriscono le sentenze della Suprema Corte e della Corte d'Appello di Milano.

Come si vede, pare esserci un problema di compatibilità fra il quadro giuridico e le conclusioni delle pronunce in esame.

6.2. Ma c'è un altro aspetto che appare ancor più stridente.

Un conto è il rifiuto di un trattamento sanitario, che rimane una scelta "interna" al paziente, ossia non implica interventi attivi dall'esterno per esaudirla: in tale ambito, si ritiene, operi – tutt'al più – il consenso informato, e l'esercizio del diritto alla salute come diritto di libertà anche negativa, nel senso di evitare ingerenze esterne volte ad imporre un determinato trattamento (tranne nei casi espressamente previsti da legge).

Ma un altro conto, ben diverso, è la richiesta di un intervento attivo dall'esterno per esaudire una scelta del paziente di interruzione (non di un trattamento sanitario che guarisce, che "cura", ma) di un – chiamiamolo pur sempre – trattamento sanitario che però "tiene in vita".

In altre parole, qui non si tratta meramente di rifiutare terapie che si consigliano per "curare" la persona ed eventualmente allungare la vita, bensì si tratta di chiedere a qualcun altro di interrompere l'alimentazione, seppure artificialmente somministrata, che tiene in vita.

Le due situazioni non paiono proprio equiparabili.

Per altro, se così fosse, non vi sarebbe necessità di alcuna richiesta al giudice di autorizzazione a fare alcunché (basterebbe il comportamento omissivo, ossia il rifiuto: ma in questo caso evidentemente non basta, occorrendo invece un'azione ben determinata, che ha per altro la conseguenza di portare alla morte della persona e che si vuole quindi scientemente "autorizzata").

Ritengo dunque che la presente fattispecie fuoriesca dal contenuto di un diritto di libertà, anche a valenza negativa, consistente nella "pretesa di escludere altri, siano privati e sia la pubblica autorità, dall'intervenire nella sfera lasciata alla disponibilità dei loro titolari" (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, II, p. 1035).

6.3. Né pare potersi utilizzare a tal fine il precedente (per altro unico, almeno citato) della Prima Sezione Penale della Cassazione, nella sentenza 11 luglio 2002, ove si afferma che *"in presenza di una determinazione autentica e genuina"* dell'interessato nel senso del rifiuto della cura, il medico *"non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte"*. Si tratta per altro – affermava quella sentenza – di ipotesi estrema *"che nella pratica raramente è dato di registrare, se non altro perché chi versa in pericolo di vita o di danno grave alla persona, a causa dell'inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia, difficilmente è in grado di manifestare liberamente il suo intendimento"*: *"ma se così non è, il medico... non può essere chiamato a rispondere di nulla... giacché la sua astensione da qualsiasi iniziativa di segno contrario diviene doverosa"*.

Ora, sembra di poter dire che quella pronuncia (indipendentemente dalla sua

condivisibilità o meno) porti a conclusioni opposte a quelle assunte dalle decisioni in esame.

Sia perché qui (a differenza dalla vicenda in oggetto) viene in rilievo — appunto — la salvaguardia della sfera di disponibilità del diritto da ingerenze esterne (“*il medico non può che fermarsi*”); sia perché qui (a differenza dalla vicenda in oggetto) c’è una volontà espressa di rifiuto della cura, ed anzi la pronuncia lascia intendere che sarebbe diverso il caso — appunto — in cui tale intendimento non potesse essere manifestato liberamente; sia — ancora — perché qui (a differenza dalla vicenda in oggetto) il consenso funziona quale esimente da ipotesi di responsabilità omissiva e non quale legittimazione di comportamenti commissivi.

6.4. Né si potrebbe sostenere — come pare fare la sentenza qui in commento, laddove parla di scelta, da parte del malato, che la vita segua il suo corso naturale — che l’inizio dell’alimentazione forzata costituisca di per sé un trattamento sanitario che possa essere rifiutato.

È infatti ovvio che inizialmente c’è un obbligo di soccorso del paziente, non potendosi a priori sapere se la situazione sia irrecuperabile — nel senso di irreversibilità voluto anche in sentenza — o meno.

Né il presunto consenso al rifiuto del trattamento, prestato dal paziente, potrebbe mai intendersi rispetto a quel soccorso iniziale, ma solo ed esclusivamente — eventualmente — alla permanenza *sine die* della situazione di incoscienza.

Si svela così la natura della richiesta del tutore e della curatrice speciale di Eluana, insita nella espressione di un consenso “attuale” alla interruzione dell’alimentazione artificiale, in considerazione — sul punto il decreto della Corte d’Appello è esplicito — di una minor dignità della vita costretta entro limiti così estremi.

Tant’è vero che il trattamento (non già terapeutico, si badi bene, ma di mera alimentazione ed idratazione) posto in essere a favore di Eluana viene definito dai giudici meneghini, addirittura, “oggettivamente contrario alla dignità di qualunque uomo e quindi anche di qualunque malato incapace”, costituendo dunque una forma di accanimento medico e terapeutico contrario allo stesso interesse della persona.

7. E non è un caso, neppure, che la sentenza di rinvio della Corte di Cassazione insista più volte nell’affermazione del diritto alla vita, per escluderlo però nella fattispecie, dicendo cioè che si tratta di un’altra cosa, meglio, che non viene in rilievo nella presente fattispecie, ove rileva solo il diritto alla salute ricostruito in termini di rifiuto di trattamenti sanitari sino al diritto di lasciarsi morire.

Si legge nella sentenza di rinvio della Suprema Corte: “*Non è la vita in sé, che è un dono, ad essere mai indegna; ad essere indegno può essere solo il protrarre artificialmente il vivere*”...

Ma è la stessa cosa. La vita è un dono anche se protratta artificialmente (solo che se ne coglie maggiormente il mistero): se si comincia a sindacare quale livello di artificialità può essere considerato “non vita”, e quindi sottratto all’ambito di tutela del diritto alla vita di ogni persona, e ricondotto nell’ambito di un diritto alla salute rifiutabile per consenso, si possono imboccare derive pericolose.

Chi vive obbligato a trattamenti sanitari quotidiani e salvavita, a trasfusioni, costretto in macchine artificiali dalle più semplici alle più complesse, finanche i neonati prematuri tenuti in vita artificialmente... Tutte queste ipotesi potrebbero

essere — soggettivamente — considerate “indegne” (ed a volte lo sono e non vengono accettate). Chi potrebbe discriminare quando si tratta di “far seguire alla malattia il suo corso naturale”? E poi: la vita è una “malattia”?

8. L'odierna vicenda è ancor più delicata di quella che ha coinvolto il sig. Welby.

I due drammi sono accomunati dal fatto che entrambe le persone si trovano (e, una di esse, si trovava) in una situazione tale da non poter giungere da sole (quand'anche lo volessero) a “staccare la spina”, ossia ad esercitare la propria libertà di autodeterminazione sino al punto di rinunciare alla vita stessa.

Diversamente, infatti, ci si troverebbe ad affrontare la diversa questione della scelta “privata” del malato, che non costituisce problema, perché ciascuno è libero di non andare neppure dal medico; oppure della diversa ipotesi di un rifiuto che coinvolge altre persone, in particolare quando la volontà è espressa al medico che ha un dovere di cura, ed al quale si chiede una mera “omissione di intervento” (e qui, qualche problema comincia a porsi).

Nei casi citati, invece, si chiede al sanitario un intervento diretto che esaudisca la volontà del paziente (ipotesi, come detto riconducibile, alla eutanasia).

Ora, la differenza tra le due vicende è data dalla capacità di manifestazione “chiara ed inequivocabile” del rifiuto (in un caso presente, nell'altro no): quanto meno, il fatto di poter raccogliere un consenso espresso ed “attuale” elimina un problema. Ma quando questo non è possibile?

Per il diritto alla vita, ma anche per quello alla salute, si parla di “diritti personalissimi”. Ora, anche ammesso che possa parlarsi di loro rinunciabilità, mediante consenso espresso, laddove questo non possa essere reso, potrebbe parimenti parlarsi anche di disponibilità di detti diritti, delegabili e/o cedibili ad altri (anche mediante rappresentanza)? O esercitabili *pro munere* o in forza di tutela o di curatela speciale?

Ritengo che ciò non possa essere: il rifiuto deve essere un rifiuto “proprio” del paziente.

8.1. E qui sta la parte più debole della sentenza della Suprema Corte su cui si è basato il decreto della Corte d'Appello di Milano.

Anche ricercando il criterio più rigoroso possibile per sondare effettivamente la volontà del paziente in stato vegetativo permanente, “ricostruendo — come dice la Corte di Cassazione — la decisione ipotetica che il paziente avrebbe assunto ove fosse stato capace”, tratta “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”; anche a tali condizioni, è evidente a) l'assoluta genericità ed ampiezza della formula utilizzata, che si presta alle più svariate ed anche estreme applicazioni; b) l'assoluta insufficienza di una tale presunta volontà, così ricostituita, a rappresentare quel “rifiuto attuale”, la necessità del quale la stessa sentenza pone a base del proprio *decisum*. e, prima ancora, della propria costruzione argomentativa.

Basti pensare a quanto rigore l'ordinamento pone in tema di disposizioni testamentarie, ed alla consapevolezza presente nelle norme vigenti circa la possi-

bilità di mutare le proprie disposizioni sino all'ultimo istante di vita è mai possibile che queste ultime siano tutelate più della vita stessa?

9. Un'ultima considerazione sull'altra condizione fissata in sentenza: l'irreversibilità della condizione di incoscienza.

Anche qui con criterio rigoroso la Suprema Corte ha affermato che *“non vi deve essere alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno”*.

Si è detto tuttavia che nel caso di specie non risulta vi sia affatto concordanza in ambito scientifico sulla possibilità di un accertamento di “irreversibilità” di tal fatta (a meno di non annacquare anche tale condizione) se l’“irreversibilità” non fosse così sicura, verrebbe automaticamente meno uno dei presupposti su cui si regge tutta la decisione.