

## Fine vita: il diritto che c'è di Carlo Casonato\*

### 1. Una nota di metodo

Non sorprende, ma preoccupa l'attacco frontale di parte dei commentatori, del ministro Sacconi ed ora di tutto il Consiglio dei Ministri, alla soluzione faticosamente data dalla giurisprudenza al caso Englaro. Colpisce, in particolar modo, la "consapevole incapacità" di separarne i profili problematici e di affrontarli in maniera distinta. Vicende di tale complessità vanno esaminate analiticamente, distinguendone sia gli aspetti di sostanza (un conto è il diritto al rifiuto del capace, un altro la ricostruzione della volontà dell'incapace, un conto è argomentare sulla disponibilità del bene vita, un altro definire nutrizione e idratazione artificiali) che i piani di analisi (religioso, bioetico, deontologico, giuridico). Solo affrontando in maniera distinta tali diversi profili – qui lo faremo sul *piano giuridico* – pare possibile comprendere gli esiti della vicenda in maniera non confusa.

### 2. I principi di diritto: irreversibilità dello stato vegetativo e ricostruzione della volontà

I principi di diritto in base ai quali risolvere il caso erano già stati individuati poco più di un anno fa dalla prima sezione civile della Cassazione (sent. 21748/2007). La Corte, in quell'occasione, indicava che il giudice avrebbe potuto autorizzare (*non ordinare*) la disattivazione della nutrizione e idratazione artificiale solo in presenza di due specifiche condizioni: a) il carattere *irreversibile* dello stato vegetativo e b) la *ricostruzione della volontà* della persona sulla base di elementi di prova chiari, univoci e convincenti relativi alla sua personalità ed alla sua concezione di dignità.

La prima delle due condizioni è stata criticata per essere di per sé impossibile da provare visto che la scienza medica non sarebbe in grado di accertare in via definitiva l'irreversibilità dello stato vegetativo. D'altro canto, si è sostenuto come il metodo scientifico in sé non possa raggiungere in alcun campo una verità assoluta (sorgerà ancora il sole domattina?), ma come gli standard internazionali permettano di raggiungere risultati affidabili. Sul caso specifico di Eluana Englaro, inoltre, non pare convincente sostenere la possibilità di un risveglio a quasi diciassette anni dall'incidente.

Anche la ricostruzione della volontà di una persona incapace (seconda condizione) è stata criticata da quanti ritengono che non sia possibile affidarsi in un campo così delicato a mere presunzioni. A questa critica si è risposto che fa parte della fisiologia del diritto ricostruire, attraverso una serie di prove, la volontà di chi non può più esprimerla e che privare un paziente del diritto di vedere rispettata la propria volontà solo perché divenuto incapace di esprimerla lo priverebbe della possibilità di essere considerato, in termini morali e giuridici, *pienamente persona*.

### 3. Una "giurisprudenza creativa"?

Da parte loro, Camera e Senato hanno attaccato l'indicazione di tali due condizioni sulla base del fatto che la Cassazione avrebbe «creato una disciplina innovativa della fattispecie» colmando una lacuna attraverso una «vera e propria attività di produzione normativa». Al riguardo, però, la Corte costituzionale ha risolto in maniera convincente la questione riconoscendo, alla base dell'attività interpretativa della Cassazione, l'esistenza di «*materiale normativo rilevante* per la decisione» (ord. 334, 8 ottobre 2008). Il nostro ordinamento, infatti, già presenta una serie di principi in materia di fine-vita che vengono troppo spesso ignorati.

### 4. Il diritto al rifiuto e la disponibilità/indisponibilità del bene vita

Deve riconoscersi, in primo luogo, un principio di *condizionata disponibilità del bene vita* che esclude sia un generale diritto di morire che un'assoluta indisponibilità della propria vita. L'assistenza al suicidio e l'omicidio del consenziente costituiscono reati in Italia come in tutti gli ordinamenti di derivazione liberale, in alcuni solo dei quali (Olanda, Belgio, Svizzera, Oregon, Washington) risultano variamente non punibili in presenza di una serie di condizioni di natura sostanziale e procedurale.

Tutti gli ordinamenti contemporanei, d'altro canto, riconoscono e tutelano il *diritto al rifiuto* di trattamenti anche di sostegno vitale. In Italia, l'art. 32 della Costituzione, in linea con il principio personalistico che la anima, parla chiaro nel prevedere come «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» e il Codice di deontologia medica, rivisto a fine 2006, conferma come «In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona» (art. 35). Sulla stessa linea, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, forse il nostro prossimo *Bill of Rights*, prevede il diritto al rispetto del consenso libero e informato (art. 3), inserendolo significativamente all'interno del Capo titolato "Dignità". E questo a sottolineare che, se il

---

\* Straordinario di diritto pubblico comparato nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento; responsabile scientifico del progetto Biodiritto.

presupposto informativo che deve precedere il consenso è di carattere tecnico, la scelta che lo sostanzia è di carattere morale e si collega al ritenere un trattamento compatibile o meno con l'immagine che ciascuno ha di sé e con la percezione – appunto – della sua dignità. Su queste basi, risulta evidente come né l'Italia né alcun altro ordinamento a noi vicino contenga un principio di assoluta indisponibilità del bene vita, e come tutti riconoscano un parziale e variamente condizionato diritto di disporre della propria vita; diritto che, a seconda della cultura non solo giuridica di ogni paese, sarà spostato verso un estremo (autodeterminazione) o l'altro (tutela della vita anche contro la volontà dell'interessato).

#### 5. La qualifica di nutrizione e idratazione artificiali

Un secondo profilo che emerge con chiarezza dal complesso dei formanti del nostro sistema giuridico riguarda la qualifica di nutrizione ed idratazione artificiali come *trattamenti sanitari rifiutabili*, anziché come cure sempre e comunque doverose. I dubbi al riguardo risalgono ad un parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del settembre 2005 in cui, a maggioranza, si decise che «Nutrizione e idratazione vanno considerati atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere». Tale dichiarazione suscita serie perplessità di ordine giuridico e deontologico. Che nutrizione e idratazione artificiali costituiscano un trattamento sanitario era già sostenuto, oltre che da una precedente commissione scientifica incaricata dall'allora ministro Veronesi, da una parte (minoritaria) dello stesso CNB che, oltre a ricordare la letteratura scientifica internazionale assolutamente prevalente, qualificava le cure in oggetto come «trattamenti che sottendono conoscenze di tipo scientifico e che soltanto i medici possono prescrivere, soltanto i medici possono mettere in atto ... e soltanto i medici possono valutare ed eventualmente rimodulare nel loro andamento». Effettivamente, pare difficile negare che tecniche di questo genere non siano trattamenti sanitari atteso che se io, che medico non sono, praticassi una PEG o introducessi e gestissi un sondino naso-gastrico, verrei accusato di esercizio abusivo della professione (medica, appunto). E chiarissimo al riguardo è il Codice di deontologia medica del dicembre 2006 nel disporre che, in presenza di un rifiuto consapevole di nutrirsi, «il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della medesima» (art. 53).

Sulla base di queste brevi considerazioni, il decreto legge prospettato all'ultima ora dal Consiglio dei Ministri, teso a vietare il rifiuto di alimentazione e nutrizione artificiali in quanto forme di sostegno vitale, presenta una evidente incompatibilità con la deontologia, tale da far scattare, oltre alla clausola di coscienza dell'art. 22 del codice, quella sorta di disobbedienza civile che il giuramento professionale impone al medico verso le norme giuridiche che risultano «in contrasto con gli scopi della... professione». Non meno macrosocopici, inoltre, risultano i vizi di legittimità costituzionale, sia in riferimento alla giurisprudenza in materia di limiti del legislatore all'individuazione ed alle condizioni delle pratiche terapeutiche ammesse (Corte cost. sent. n. 282/2002, fra le altre) che in relazione ad un elementare principio di ragionevolezza-eguaglianza: perché, ad esempio, vietare l'interruzione di alimentazione e nutrizione e non della ventilazione meccanica? Ma perché, a questo punto, non vietare ogni trattamento di sostegno vitale (come pure prevede il sedicente testo "unificato" attualmente in discussione al Senato su consenso e dichiarazioni anticipate, relatore Calabrò) aprendo a questo punto una voragine all'interno del principio del consenso, atteso che anche la più banale delle terapie (antibiotiche, ad esempio), se non effettuata, pone a rischio la vita del malato? Si capisce, in altri termini, come la via imboccata dal Consiglio dei Ministri, oltre che dal preoccupante ddl Calabrò citato, imporrebbe un dovere di curarsi, in palese contrasto con la più recente e ormai consolidata giurisprudenza (cfr. Corte cass. I sez. civ., sent. 21748/2007).

#### 6. L'accanimento terapeutico

Un ultimo profilo, questo sì, problematico ha a che fare con la definizione di accanimento terapeutico (o clinico, secondo la definizione proposta da ultimo dal CNB o anche descrivibile in termini di cure futili). La principale incertezza riguarda i criteri per definire tale concetto ed il peso da attribuire ad essi. Ad un'analisi orientata dal Codice di deontologia medica, peraltro, si può argomentare come l'accanimento vada costruito su basi tanto *tecnico-oggettive* che riguardano l'impossibilità che le cure ottengano alcun beneficio clinico, quanto *soggettive e psicologiche*, in riferimento alla percezione che delle stesse cure ha la persona coinvolta. Su queste basi, ad esempio, pare poco comprensibile il fatto che alcuni disegni di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento escludano (sempre e comunque?) l'assimilazione di nutrizione e idratazione parenterale all'accanimento (art. 5 del ddl Tomassini n. 51).

Detto questo, peraltro, va ribadito con forza il fatto che l'accanimento, in qualsiasi forma venga ricostruito, è vietato di per sé, a prescindere dalla volontà del soggetto. Il codice di deontologia, al riguardo, è ancora una volta chiaro nel vietare al medico di ostinarsi in esso (art. 16). Così, non serve evocare il rispetto della volontà della persona contro cure che si dimostrino futili, ché il diritto al rifiuto serve proprio per rinunciare a trattamenti che futili non sono.

#### 7. Una prospettiva

Il fine-vita è tema certamente complesso e problematico. Esaminandolo in maniera articolata, tuttavia, emergono molti profili su cui l'ordinamento giuridico pare ormai dare risposte più chiare e coerenti di quanto si pensi (o si voglia far pensare). Si tratta del diritto al rifiuto di trattamenti anche di sostegno vitale, della parziale disponibilità del bene vita, della qualifica di nutrizione ed idratazione artificiali, del ruolo dell'accanimento. Ed a questo quadro, si potrebbero anche aggiungere le potenzialità fornite dall'amministratore di sostegno (art. 404 c.c.) e dell'obbligo di tener conto delle volontà anticipate di trattamento (art. 38 del Codice di deontologia medica e art. 9 della Convenzione di Oviedo). Tutti questi aspetti, a meno di non voler proporre profonde modifiche in ambito costituzionale, deontologico e giurisprudenziale, non pare possano essere negati (tanto meno da un sedicente atto di indirizzo ministeriale o da un abnorme decreto legge); piuttosto, dovrebbero costituire la base su cui trovare un accordo sostanziale, superando posizioni ideologiche che si rivelano *indifferenti al complessivo contesto normativo*.

Tale approccio, ad esempio, permetterebbe di ricondurre il tormentato caso Englaro al capitolo dei rapporti fra potere, diritti e libertà. È certo che le persone in uno stato particolarmente vulnerabile vanno rispettate nei loro diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie: lo reclamano (ricorda la Cassazione) «tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili». Proprio per questo, è necessario adottare ogni strumento per evitare che i malati incapaci siano ridotti a meri oggetti di cura e per garantire anche a loro, nel limite del possibile e con tutte le cautele del caso, una pur residua libertà sulla propria vita. Libertà anche da chi, esercitando varie forme di potere (politico, mediatico, religioso), non li ha mai conosciuti né amati, dal primo all'ultimo giorno.