

IL TESTAMENTO BIOLOGICO ALLA CAMERA. UNA “NAVETTA” DECISIVA

di Ciro Sbailò
(13 aprile 2009)

1. Nel sollevare conflitto di attribuzione in merito alla sentenza 21748/07 della prima sezione civile della Cassazione sul Caso Englaro, il Parlamento muoveva, tra l'altro, ai giudici due severe critiche (Corte costituzionale, ricorsi depositati il 17 settembre 2008 dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica, iscritti, rispettivamente, al n. 16 e al n. 17 del registro Conflitto tra i poteri dello Stato anno 2008). In primo luogo si stigmatizzava un eccesso di creatività (caratteristica che il ricorrente incautamente attribuisce al diritto anglosassone). In altre parole, si suggeriva che il divieto del non liquet (art.12 Disposizioni preliminari al Codice civile) sia diretto esclusivamente a regolare l'interpretazione delle norme e non investa, invece, anche l'architettura dei rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo (cfr. R. Bin, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (A proposito dell'ord. 334/2009)*, “Forum di Quaderni Costituzionali”). Sicché, secondo il ricorrente, il giudice, per non andare oltre la propria funzione nomofilattica (art. 65 dell'Ordinamento giudiziario), avrebbe dovuto rifarsi esclusivamente al diritto vigente e dichiarare infondata la pretesa del tutore della giovane Englaro. Conseguentemente, si denunciava – questa la seconda critica – un'invasione, da parte del giudice, del campo proprio del Legislatore. In questo modo, il ricorrente si assumeva la responsabilità di affermare che i giudici non concorrono, sia pur nei limiti e nelle forme previsti dall'ordinamento, “alla determinazione e alla produzione del diritto” (cfr. R. Romboli, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, “Il Foro.it”, 2009, I). Nel respingere il ricorso per insussistenza di “requisiti oggettivi”, la Corte costituzionale sottolineava, a sua volta, come il Parlamento fosse entrato nel merito dei criteri adoperati dai giudici nella selezione delle norme e della giurisprudenza, ricordando al Legislatore che esso poteva “in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti” (Ordinanza 334/2008, 8 ottobre 2008).

Dopo nemmeno sei mesi, il Senato ha varato un progetto di legge (AS 10, XVI), trasmesso alla Camera (AC 2350, XVI), recante “Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento”.

2. Insomma, il Parlamento ha tenuto fede all'impegno assunto con il ricorso alla Corte costituzionale. Ma forse lo ha fatto in tempi troppo stretti – sull'onda emotiva della drammatica vicenda di Eluana – e toccherà, forse, alla Prima Camera raffreddare gli animi.

Nei primi articoli del progetto di legge vengono ricordati i principi dell'inviolabilità e indisponibilità dei diritti fondamentali (art. 1, c. 1) e dell'uomo come “fine” e non come “mezzo” (art. 1, c. 1 lettera b), il divieto

di “ogni forma di eutanasia” (art. 1, c.1, lettera c, con riferimento agli articoli 575, 579 e 580 CP), i doveri del medico e i diritti del paziente (art. 1, c. 1, lettera d) nonché il divieto dell’accanimento terapeutico (art. 1, c. 1, lettera f). Viene inoltre stabilito il principio del “consenso informato”, salvo i casi di incapacità di intendere e di volere o di grave pericolo ed emergenza (art. 2). In merito a quest’ultimo punto, ricordiamo che, nel caso Welby, il medico che “staccò la spina”, rinviato a giudizio per omicidio del consenziente, fu dichiarato non punibile dal GUP (che, tra l’altro, lamentava l’inerzia del Legislatore in materia), “per la sussistenza dell’esimente dell’adempimento di un dovere” (art. 51 CP, con riferimento agli artt. 32 e 13 Cost.).

3. Fin qui, siamo nell’ambito dei vincoli posti a possibili abusi nelle questioni di fine vita, con un significativo intervento in materia di consenso informato.

Il proponente, però, quanto ai contenuti e ai limiti della dichiarazione di trattamento, stabilisce espressamente che il paziente non può rinunciare all’alimentazione e all’idratazione, definite “forme di sostegno vitale”.

Si propone, dunque, di fare assumere al Legislatore una posizione molto rigida su una questione a dir poco controversa. Si cita, a supporto di tale posizione, la Convenzione ONU sui diritti dei disabili, firmata a New York il 13 dicembre 2006 (v. L. 3 marzo 2009, n. 18; la Dichiarazione è citata anche nell’Atto di Indirizzo del Ministero della Salute “Stati vegetativi – Nutrizione e idratazione” del 16 dicembre 2008, a sostegno della tesi secondo cui la negazione della nutrizione e dell’alimentazione può configurarsi “come una discriminazione fondata su valutazioni circa la qualità della vita di una persona con gravi disabilità e in situazione di totale dipendenza”). Ora, è indubbio che nella Convenzione vi siano alcuni punti di possibile sostegno alla posizione espressa dal proponente. In particolare, attraverso l’art. 10 (diritto alla vita) e l’art. 25 (lettere a, b, d: diritto dei disabili ad adeguate prestazioni sanitarie, senza discriminazioni), potrebbe configurarsi un dovere di idratazione e alimentazione artificiali al paziente in stato di non coscienza. Ma ciò, paradossalmente, potrebbe a sua volta comportare la configurazione dell’idratazione e della alimentazione artificiali come trattamenti. Si potrebbe, inoltre, argomentare in senso inverso, facendo riferimento al diritto, più volte ribadito nella stessa Convenzione, del disabile a far valere la propria volontà, anche sulla base del godimento della capacità giuridica in condizioni di uguaglianza rispetto agli altri (art. 12). Insomma, su questa strada si va incontro ad antinomie.

Sul punto la Commissione nazionale di bioetica s’è espressa a *maggioranza* a favore sia della doverosità dell’idratazione e dell’alimentazione alle persone in stato vegetativo (nutrizione e idratazione non sono “trattamenti medici” e “vanno considerati atti dovuti *eticamente*”, per cui la richiesta di una loro sospensione, inserita in una dichiarazione anticipata di trattamento, non può essere accolta) sia della “doverosità etica della sospensione della nutrizione nell’ipotesi in cui nell’imminenza della morte l’organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite” (Presidenza del Consiglio dei ministri. Comitato nazionale per la bioetica. “L’alimentazione e l’idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente”, testo approvato nella seduta plenaria del 30 settembre 2005).

Al riguardo, si potrebbe forse fare un'analogia con gli alimenti per i neonati, che, pur tecnicamente configurabili come terapia e in questa veste originariamente accolti dalla comunità scientifica, oggi vengono considerati a tutti gli effetti come alimentazione (cfr. 77/94/CE e da ultimo, per quel che riguarda l'Italia, D. M. 1/6/1998 n. 518, regolamento recante norme di attuazione della Direttiva 94/4/CE che modifica la Direttiva 91/321/CEE sugli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento). Ma siamo ben lontani dal trovare una risposta definitiva.

Né aiuta la giurisprudenza internazionale: accanto ai casi come quello "Bland", nel quale i giudici della House of Lords ritennero che l'alimentazione/idratazione in pazienti senza possibilità di riprendere coscienza fosse "futile" (Airedale NHS Trust v. Bland, 1993, 1 All ER 821 (HL)), ci sono casi come quello di Nancy Cruzan, dove la Corte suprema del Missouri si mostrò molto incerta sulla sospensione di idratazione e alimentazione artificiale (1990, 497 U. S. 261, cfr. C. Bologna, *Sentenza in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda Terri Schiavo*, "Forum di Quaderni Costituzionali", 25 febbraio 2009).

4. In merito alla forma e alla durata della dichiarazione anticipata di trattamento, nella proposta (art. 4) viene precisato che non si tratta di un obbligo. La dichiarazione è redatta in "data certa" (rif. art. 2704 CC?), con piena cognizione di causa dal punto di vista medico e in piena libertà e consapevolezza. La sua validità, salvo mancato rinnovo o intervenuta incapacità del soggetto, è di cinque anni e può essere revocata o modificata in ogni momento dall'interessato. Essa va inserita nella cartella clinica dal momento in cui assume rilievo e non viene applicata al soggetto se in condizioni di urgenza o quando vi sia pericolo di vita immediato. Vengono previste, inoltre, forme di assistenza domiciliare pubblica ai pazienti in stato vegetativo (art. 5).

5. Venendo, infine, alle norme relative al medico e al fiduciario, queste appaiono finalizzate sostanzialmente a far prevalere in ogni caso la volontà del primo, anche rispetto al paziente, quando il medico stesso sia orientato in senso contrario all'interruzione del trattamento. Il fiduciario (la cui nomina, nella dichiarazione anticipata, è facoltativa) deve agire nell'interesse esclusivo del paziente, vigilare perché non si attuino nei suoi riguardi pratiche eutanasiche o di suicidio assistito e "perché al paziente vengano somministrate le migliori terapie palliative disponibili, evitando che si creino situazioni sia di accanimento terapeutico, sia di abbandono terapeutico" (art. 6). Il progetto di legge sembrerebbe quasi scoraggiare la nomina del fiduciario, in quanto questi verrebbe a trovarsi in una situazione estremamente delicata, visto che un suo comportamento omissivo (in base all'art. 40 CP, qui e al c. 2 dell'art. 7 implicitamente richiamato) potrebbe comportare l'incriminazione per aiuto al suicidio od omicidio del consenziente.

Il medico appare fortemente indirizzato verso il diniego dell'interruzione, in quanto "non può prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica". Le indicazioni del paziente sono da lui valutate, sentito il fiduciario, in applicazione del "principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i principi di

precauzione, proporzionalità e prudenza” (art. 7 c. 2) con riferimento, ci pare, alquanto esplicito alla giurisprudenza, che invece s’è espressa in senso inverso (cfr. Cassazione, I sez. penale, 11 luglio 2002). Nel caso, poi, che il fiduciario non condivida il diniego espresso dal medico, può appellarsi al collegio i medici composto da un medico legale, un anestesista e un neurologo (art. 7 c. 3). Ma il parere espresso dal collegio non è vincolante.

È quest’ultimo, forse, il passaggio più problematico della proposta. È certamente vero che nuove scoperte scientifiche potrebbero rendere legittimo e forse doveroso il mancato adempimento della volontà espressa dal paziente. Ma se così, perché non dare forza vincolante a chi di queste cose si occupa professionalmente, vale a dire al collegio dei medici? Nella trattazione al Senato, s’è suggerito di sopprimere le parole “orientate a cagionare la morte del paziente o comunque”, di rendere vincolante il parere del collegio (fatta salva la libertà di coscienza del medico) e di subordinare l’uso di terapie palliative alla volontà del paziente. In un altro emendamento, s’è poi proposto che, qualora il medico ritenga di non seguire le volontà anticipatamente espresse dal soggetto, perché in contrasto con gli sviluppi delle conoscenze tecnico-scientifiche e terapeutiche o per altre eccezionali circostanze, si limiti ad annotare le proprie motivazioni nella cartella clinica. Tale formulazione ribalta quella contenuta nel testo e appare decisamente più rispettosa sia della volontà del malato sia della coscienza del medico, pur in coerenza con lo spirito del progetto di legge, orientato a scoraggiare il ricorso alle pratiche di fine vita (AS 10, XVI, emendamenti 7.7 e 6.84 presentati dal sen. Malan).

6. Sembra quasi che si voglia prescrivere ai medici di tenere verso tutti i pazienti la condotta che, secondo i proponenti, si sarebbe dovuto tenere nei confronti di Eluana. Non s’è tenuto conto della specificità di quell’evento e, in genere, della pericolosità di procedere per generalizzazioni e astrazioni concettuali in questioni tanto complesse e delicate. Nel caso di Eluana, ad esempio, l’organismo era in grado di assimilare le sostanze nutritive. Ma ci possono essere casi in cui ciò non è possibile. In questo caso, la nutrizione si configurerebbe come un atto di violenza e come una violazione dell’art. 32 c. 2 della Costituzione e dell’art. 13 Cost. (cfr. Corte Costituzionale, sent. 471/1990).

Nella maggioranza di Governo è emerso, nel corso del dibattito, l’orientamento ad ispirarsi alla legislazione francese (così il ministro dei Beni Culturali, Sandro Bondi, su “Europa”, 20 marzo 2009). Neanche il Legislatore francese (*Code de la santé publique*, Artt. L1111-11, v. L. 2005-370 artt. 10 e 7) ha sciolto il nodo della configurabilità o meno dell’idratazione e della nutrizione artificiali come trattamento (cfr. E. Caprino, *Francia: L’approvazione della legge sulla fin de vie*, “Forum di Quaderni costituzionali”). D’altra parte, quella legge, in un quadro di forti garanzie contro gli abusi nelle questioni di fine vita, assicura la piena fedeltà alle direttive del paziente e rende prevalente il parere del fiduciario, salvo questioni di carattere strettamente medico. Si dirà che in questo modo, in Italia, tutto finirebbe ancora davanti ai giudici. Ma non accadrà lo stesso di fronte a un testo tanto stringente e reticolare, zeppo di dichiarazioni apodittiche che si prestano a molteplici rilievi di costituzionalità (cfr. C. Casonato, *Lo schema di testo unificato “Calabrò”*

su consenso e dichiarazioni anticipate, "Forum di Quaderni Costituzionali", 17 febbraio 2009; del resto, la Corte costituzionale, nell'ordinanza citata, è stata esplicita: "Equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti")?

7. A parere di chi scrive, è certamente da escludere che nel nostro Paese si arrivi seriamente a proporre una sorta di "diritto al suicidio", simile a quello previsto nei Paesi Bassi (L. 12 aprile 2001). Ciò sarebbe in stridente contrasto con la nostra cultura costituzionale, così come costruita e, quantomeno su questioni di tale portata etica, condivisa da cattolici e non cattolici. D'altra parte, nelle principali legislazioni nazionali, viene garantito il rispetto della volontà espressa dal paziente, quando questa non si configuri come suicidio, ma solo come rinuncia a trattamenti invasivi e inefficaci (oltre alla già menzionata legge francese, a titolo di esempio, si vedano: il *Patient self determination Act* del 1991 negli Stati Uniti; la legge spagnola n. 41 del 14 novembre 2002; l'orientamento giurisprudenziale tedesco con la sentenza della Corte federale BGH ZB/03; il *Mental Capacity Act* del Regno Unito, approvato il 7 aprile 2005 ed entrato in vigore il 1° ottobre 2007). La materia è sicuramente tra quelle che mettono a più dura prova la "capacità dello Stato nazionale di accompagnare i mutamenti sociali" (A. Barbera, *Il cammino della laicità*, Forum di Quaderni Costituzionali, poi in *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bonomia University Press, Bologna, 2007). Non resta, dunque, che affidarsi alla "navetta" parlamentare (ecco uno di quei casi in cui il bicameralismo "piuccheperfetto" può rivelarsi salutare per la legislazione), con l'auspicio che la prudenza del Legislatore possa assicurare le condizioni minime di legalità e di assistenza all'interno delle quali consentire ai cittadini – medici, pazienti e parenti – l'esercizio del buon senso, della libertà di coscienza, delle competenze professionali e dell'umana pietà.