

BREVI NOTE A CHIARIMENTO DI UN EQUIVOCO E CENNI AL D.D.L. N. 1369 IN DISCUSSIONE ALLA COMMISSIONE IGIENE E SANITÀ DEL SENATO

di Leonardo Brunetti *
(10 febbraio 2009)

Ringrazio il prof. Gambino per l'attenzione prestata al mio scritto e colgo l'occasione per chiarire alcuni equivoci nati dalle mie *Osservazioni a prima lettura sul recente "Atto di indirizzo" ministeriale avente ad oggetto "Stati vegetativi, nutrizione e idratazione"*. E ciò ancorché le vicende di questi giorni sembrano avere del tutto superato¹ – con un'obsolescenza tanto repentina da cogliere addirittura di sorpresa – le questioni nascenti dall'atto di cui sopra, soprattutto² a seguito del rifiuto del Capo dello Stato di controfirmare un decreto che interveniva (in)direttamente sulla vicenda, e che si è poi sostanzialmente tradotto nel d.d.l. n. 1369, depositato al Senato e in discussione il 9 febbraio 2009 presso la 12^o Commissione igiene e sanità³.

Il prof. Gambino ritiene di individuare nel mio scritto *"un equivoco di non poco conto: l'esistenza di un obbligo giuridico di esecuzione della decisione dei giudici milanesi"* (precisamente del decreto della Corte d'Appello del 9 luglio 2009).

È, ad avviso di chi scrive, in certa misura fuorviante discutere, nel caso *de quo*, dell'esistenza o meno di un dovere della pubblica amministrazione di ottemperare a un giudicato (se presunto o preteso, esistente o inesistente, si dirà). Il centro della questione oggi in discussione non è, ancora a mio modesto avviso, se a fronte di un diritto assoluto che il giudice della legittimità ha riconosciuto esistere, ma essere negato ad E.E., sia o meno necessaria l'esistenza di un titolo esecutivo *"tecnicamente' suscettibile di esecuzione"* – così il prof. Gambino – per vedere affermato quel diritto assoluto; la questione è bensì se consegua già dallo stesso principio di legalità⁴ (sostanziale) che l'amministrazione debba conformarsi allo specifico *decisum* della magistratura – che quel diritto riconosce –, la cui natura di giudicato, pur affermata dal Tar lombardo – almeno in via "sostanziale", come si avrà occasione di dire – appare certamente discutibile; e su ciò non sono affatto in disaccordo col prof. Gambino.

Anche le vicende recentissime dimostrano comunque come l'intervento in via legislativa si sia di fatto dimostrato necessario, al di là di tutti i tentativi di superare l'esistenza di una pronuncia dell'Autorità giudiziaria ordinaria, in via amministrativa ovvero con l'adozione di atti di natura amministrativa, quale l'atto di indirizzo del Ministro.

Il primo punto che vorrei chiarire è il seguente: il prof. Gambino riportando – correttamente –, nel suo intervento, il mio passaggio in merito alla sentenza che, ad avviso di chi scrive,

¹ Nelle more della pubblicazione del presente articolo, E.E. è, come noto, deceduta; pur non intendendo modificare – per ragioni di onestà intellettuale – nulla del presente scritto, sento di dover esprimere in esso il mio cordoglio per una morte che tanto ha toccato le coscienze di tutti noi.

² Ciò ovviamente prima della scomparsa di E.E.

³ Il testo dell'articolo unico del d.d.l. S.1369 è il seguente: *"1. In attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi. 2. La presente legge entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale"*.

⁴ Sul quale mi permetto di segnalare F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007; nonché Id., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2007, pp. 427-444.

“appare privare l’amministrazione di qualunque sfera di discrezionalità nel proprio agire” – mi si perdonerà, spero, l’autocitazione – riferisce però erroneamente la mia affermazione al decreto della Corte d’Appello del 9 luglio 2008 (che io non cito mai nel testo), mentre esso è da attribuirsi alla decisione della Corte di cassazione n. 21748 del 16 ottobre 2007, alla quale espressamente mi riferisco, invece, nel mio testo, come alla “sentenza della Corte di cassazione, la quale, come noto, ha – in breve – autorizzato la sospensione dell’idratazione e dell’alimentazione di E.E., ritenute un trattamento sanitario, sulla base del previo accertamento, nel merito, della chiara volontà della paziente, espressa in periodo anteriore all’evento che ha causato l’attuale condizione di stato vegetativo persistente (SVP), di interrompere le cure”. Accertamento – questo sì – avvenuto, o meglio, riversatosi nel decreto della Corte d’Appello ambrosiana. In altre parole, avrei voluto poter scrivere, commentando la summenzionata sentenza della Corte di cassazione, che essa “*afferma che si può autorizzare la cessazione delle terapie di un paziente in stato vegetativo ‘irreversibile’* (ma – mi permetto di far notare – meglio sarebbe stato scrivere ‘persistente’, essendo terminologia più appropriata dal punto di vista medico), *ove si ritenga, in base ad alcuni elementi di prova, che questa sia la sua volontà*”⁵; ma in realtà, la Suprema Corte, in relazione – come ovvio – al singolo caso portato alla sua attenzione, aveva invece puntualmente rimesso al giudice del rinvio (cioè la Corte d’Appello) l’accertamento in merito alla ricorrenza dei due presupposti da essa stessa individuati in sentenza (irreversibilità dello stato di coma; volontà certa della paziente, accertata in base ad elementi chiari, univoci e convincenti), stabilendo che soltanto qualora “*l’uno o l’altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l’autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita*”. Dal che discende come, accertata la pregressa volontà della paziente di non essere sottoposta a cure in condizioni di SVP, ivi comprese – secondo la Suprema Corte – l’idratazione e l’alimentazione, il giudice del merito non potesse in alcun modo negare tale autorizzazione.

Da quanto sopra consegue – a parere di chi scrive – che la sentenza della Cassazione, unitamente al decreto della Corte di Appello, ha certamente privato l’amministrazione di ogni potere discrezionale di scelta in merito alla sospensione o meno dell’idratazione e dell’alimentazione: giustamente, infatti, il Tar Lombardo (chiamato, come noto, ad esprimersi sull’intervento della Regione Lombardia, rifiutatasi di interrompere le cure necessarie a tenere in vita la paziente) ne ha invece affermato l’obbligatorietà giuridica, in quanto, diversamente agendo, l’*“amministrazione si po[rrebbe] in contrasto con l’ordinamento”*, poiché “*Il diritto costituzionale di rifiutare le cure, come descritto dalla Suprema Corte, è un diritto di libertà assoluto [...] La manifestazione di tale consapevole rifiuto rende quindi doverosa la sospensione dei mezzi terapeutici il cui impiego non dia alcuna speranza di uscita dallo stato vegetativo in cui versa la paziente*” (Tar Lombardia, sent. 26 gennaio 2006, n. 214).

E il punto è esattamente questo: siamo in presenza di un diritto assoluto e l’autorizzazione data dalla Corte d’Appello al tutore di E.E. di *far cessare* – si badi – ogni trattamento sanitario, comporta che la struttura sanitaria debba immediatamente (o meglio, seguendo le modalità individuate con apposito protocollo) sospendere ogni trattamento sanitario, rispettando la libertà del cittadino.

⁵ Così A. GAMBINO, *Il caso Eluana stravolge il diritto*, consultabile on-line, sul sito <http://www.zenit.org/article-12254?l=italian>.

Ciò mi porta alla seconda precisazione che vorrei fare in merito a quanto scritto nelle mie precedenti *Osservazioni a prima lettura*.

La pubblica amministrazione è tenuta al rispetto della legalità, formale e sostanziale; essa non può non informare il proprio agire alla legge ovvero non conformarsi al giudicato in quanto di essa ricostruttivo. Il prof. Gambino sostiene che io abbia erroneamente attribuito al decreto della Corte d'Appello una valenza di giudicato che esso non sarebbe idoneo ad assumere, poiché reso all'esito di un procedimento di volontaria giurisdizione. Non è mia intenzione indugiare sulla natura dei provvedimenti di volontaria giurisdizione⁶, notoriamente ritenuti – con espressione sintetica e, in parte, fuorviante – provvedimenti di “amministrazione pubblica del diritto privato” (secondo la celebre formula di Calamandrei). Osservo però che il Tar lombardo, dopo avere ricordato come l'atto del Ministero fosse “*inidoneo, secondo i principi generali sulle fonti, ad intaccare il quadro del diritto oggettivo come ricostruito con la forza e l'efficacia propri del provvedimento giurisdizionale*” e come “*il principio di non discriminazione del disabile di cui alla Convenzione O.N.U. sui diritti delle persone con disabilità, richiamata nella nota medesima [...] non contraddice affatto il diritto al rifiuto di cure da parte dell'incapace*” (punto 5.2 della sentenza) ha ritenuto che “*L'obiezione della Regione, per la quale la sentenza della Cassazione non farebbe 'stato' nei suoi confronti, trattandosi di provvedimento di volontaria giurisdizione, non coglie nel segno. I provvedimenti assunti in sede di giurisdizione volontaria non contenziosa, essendo preordinati all'esigenza prioritaria della tutela degli interessi e revocabili e modificabili in ogni momento dall'autorità giudiziaria, sono normalmente inidonei ad assumere carattere di definitività ed efficacia di giudicato. Al contrario, le procedure camerali, che si concludano con un provvedimento di natura decisoria su contrapposte posizioni di diritto soggettivo, sono anch'esse suscettibili di acquistare autorità di giudicato (Cass. 16 aprile 2003, n. 6011)*” (punto 5.3).

Capisco bene le “perplexità” del prof. Gambino; perplexità che io per primo condivido – sia se riferite all'esecuzione (*recte*: l'ottemperanza) del decreto della Corte d'Appello, sia se riferite all'esecuzione della sentenza della Corte di cassazione: proprio in ragione di tali perplexità, mi fermavo, nel mio precedente scritto, esattamente sulla soglia della “certezza”, riportando, né più né meno, il passo di un notissimo manuale⁷, riferito alla assoggettabilità ad ottemperanza anche delle sentenze del giudice ordinario.

Ma qui è in discussione, si ripete – almeno ad avviso di chi scrive – ben altra questione, ovverosia se la pubblica amministrazione possa sottrarsi all'esecuzione di una decisione⁸ resa in sede giurisdizionale, in ragione del solo fatto che il cittadino, il quale si è visto letteralmente “autorizzare” da un giudice a veder sospendere un *facere* della p.a. stessa, sia – come nel caso concreto non si crede – sfornito di un titolo idoneo a essere portato ad

⁶ Se è vero che già nel 1954, nelle sue *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, DE MARINI scriveva che “Scrivere un articolo sulla natura della giurisdizione volontaria significa, al giorno d'oggi, correre il rischio di essere accusati di presunzione o di scarsa meditazione”, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, IX, I, p. 255 ss.

⁷ Il quale correttamente – ma non sono io a doverlo dire – afferma essere “*fuori di dubbio che 'il giudizio di ottemperanza [sia] previsto anche per l'esecuzione delle sentenze del giudice civile*”, passo citato anche dal prof. Gambino.

⁸ “Definitiva”, nella misura in cui solo la Corte d'Appello potrebbe rivedere il proprio decreto, ma pur sempre sulla base dell'identico principio stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione, e secondo un accertamento in fatto già avvenuto. E, in effetti, solo l'intervento del Legislatore poteva, in tale circostanza, quantomeno permettere l'adozione di un diverso provvedimento da parte dell'a.g.o.; ma sull'irretroattività della legge e il giudicato (in questo caso, formalmente inesistente), cfr. M. MASSA, *I paletti di Strasburgo alle leggi retroattive*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2007, pp. 419-421.

esecuzione. La risposta è, per chi scrive, nel concetto stesso di Stato (costituzionale) di diritto e nel fondamentale principio di separazione dei poteri, prima ancora che in quello di legalità, ed è quindi certamente negativa; diversamente si abbia il coraggio di dire che il diritto può essere – ed a volte, per alcuni, forse davvero è – sommamente ingiusto, e deve – in quei casi – essere trasgredito: ciò che, ricordando l'esempio di Socrate, io non credo. Ma ciò ci porta molto oltre le limitate ambizioni di questo scritto.

* Assegnista e dottore di ricerca in Diritto pubblico - Università Cattolica di Milano