

Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009

Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sez. III, Milano, 22 gennaio 2009, n. 214 - Pres. Giordano

È illegittimo il provvedimento dell'amministrazione sanitaria che nega il ricovero di persona in stato vegetativo permanente di cui sia stata accertata con decreto dell'autorità giurisdizionale la volontà di richiedere, per mezzo del tutore, l'interruzione dei trattamenti sanitari che la tengono in vita.

La circostanza per cui il provvedimento giurisdizionale di cui si chiede l'esecuzione non contenga un obbligo formale a carico dell'amministrazione sanitaria non esime quest'ultima, nell'esercizio della sua attività di servizio, dal dovere di rispettare e dare attuazione alla regola di diritto che il giudice ha ermeneuticamente tratto dall'ordinamento per la soluzione del caso concreto con una decisione che abbia acquistato carattere definitivo.

IL COMMENTO

di Alessandra Pioggia

Il Tar riconosce come sia doveroso per l'amministrazione del servizio sanitario assicurare il ricovero anche al paziente in stato vegetativo permanente che, su richiesta del proprio tutore, si sia visto riconoscere dal giudice tutelare il diritto a veder sospesi i trattamenti medici che lo tengono in vita. Il rifiuto di ricovero ospedaliero dovuto al fatto che il malato ha preannunciato la propria intenzione di avvalersi del suo diritto all'interruzione di un trattamento è illegittimo in quanto concretantesi, di fatto, nella limitazione di un diritto fondamentale. Il principio del consenso informato, che presiede alla somministrazione di qualsiasi trattamento medico, contempla infatti anche la possibilità di rifiuto di cure.

Premessa

La decisione n. 214 assunta dal Tar Lombardia il 22 gennaio 2009 ha chiuso idealmente, se pure solo su di un piano strettamente giuridico e ovviamente *de iure condito*, una vicenda apertasi diversi anni orsono e oggetto in questi ultimi mesi di una grande attenzione da parte della politica, della chiesa e dei media¹.

¹ Nel testo delle presenti note si è scelto di non riportare i nomi delle persone coinvolte e in particolare della paziente alla quale è stato riconosciuto il diritto di rifiutare il trattamento di sostegno vitale e del tutore. Il motivo non è tanto quello di mantenere il dovuto riserbo su tematiche così personali e delicate, dal momento che chiunque può cogliere agevolmente a quale vicenda, che nei suoi sviluppi finali è stata quotidianamente seguita dagli organi di informazione, ci si riferisca. L'esigenza deriva piuttosto dalla

Al centro della “tempesta” si è posta prima la questione della riconoscibilità ad un soggetto in stato vegetativo permanente e quindi incapace – perché definitivamente privo di ogni facoltà cosciente, intellettuale e relazionale – del diritto di rifiutare la nutrizione e idratazione artificiali necessarie a mantenerlo in vita, poi il conseguente problema della possibilità e delle eventuali modalità della soddisfazione di tale diritto da parte del servizio pubblico sanitario.

La questione coinvolta dalla sentenza citata è essenzialmente la seconda, ma occorre comunque accennare anche alla prima e alle pronunce giurisdizionali che l’hanno risolta, essendo evidentemente i due aspetti indissolubilmente connessi.

Il diritto al rifiuto di cure dell’incapace e il ruolo del tutore

In prima battuta i giudici sono stati chiamati a pronunciarsi sul diritto del soggetto non più capace di esprimere il proprio volere di far valere, attraverso il tutore, la volontà precedentemente espressa a proposito di un trattamento medico² necessario al suo sostentamento vitale.

La questione, formulata in questi termini, ha ricevuto soluzione positiva nel 2007 con una sentenza della Cassazione civile, la n. 21748 del 16 ottobre.

Due anni prima³ i supremi giudici, nel negare ammissibilità ad un primo ricorso in Cassazione del tutore⁴, avevano tuttavia avuto modo di affermare un significativo principio: l’inconfigurabilità, in mancanza di specifiche disposizioni, di un generale potere di rappresentanza in capo al tutore stesso con riferimento ai diritti cosiddetti personalissimi, compreso, quindi, quello alla rinuncia a cure necessarie alla sopravvivenza.

A questo primo sostanziale diniego della legittimazione a chiedere la sospensione del trattamento di sostegno vitale, è seguita due anni dopo, la pronuncia citata in cui l’autorizzazione all’interruzione del medesimo trattamento è stata invece riconosciuta.

Cosa è cambiato nel breve volgere di tempo che separa le due pronunce?

La risposta sta nell’impostazione della questione che non è più, come in un primo momento, quella della surrogabilità del volere dell’incapace da parte del tutore, ma si configura come ricostruzione della volontà del primo con l’ausilio di quest’ultimo che viene chiamato non a sostituirsi, ma a far “sentire la voce” della persona rappresentata⁵.

necessità di separare gli aspetti tecnico giuridici della questione dalla partecipazione umana che ciascuno non può non avvertire profondamente. A questo fine “spersonalizzare” la vicenda aiuta il tecnico a ragionare sulle questioni tecniche anche se non deve far mai dimenticare che dietro alle questioni tecniche si agitano drammi assolutamente personali.

² È bene chiarire sin d’ora che idratazione e nutrizione artificiali vengono qui senza alcun dubbio considerate “trattamento medico”. Dal punto di vista del giurista, che è quello che evidentemente si assume in questa sede, è argomento sufficiente il fatto che la Corte di Cassazione le abbia qualificate in questo modo nella sentenza 21748 del 2007. Occorre però anche considerare come in questo senso si siano espressi, ben prima della sentenza, anche organismi medico scientifici nazionali e internazionali. A questo proposito si veda quanto più ampiamente considerato nell’ultimo paragrafo delle presenti note.

³ Cass. civ., ord. 8291 del 2005

⁴ La prima richiesta di sospensione del trattamento di idratazione e nutrizione artificiali era stata formulata al tribunale di Lecco nel 1999. Il ricorso in Cassazione al quale si fa qui riferimento riguarda una seconda pronuncia di diniego dello stesso tribunale pronunciata nel 2002.

⁵ La decisione della Corte di Appello di Milano del 9 luglio 2008, a questo proposito, riconosce come il tutore in un caso come questo debba farsi “portavoce” del rappresentato “nulla di più e nulla di meno”.

Il principio del necessario consenso informato

Siffatto cambiamento di prospettiva è di decisiva importanza dal momento che ha consentito ai giudici della Cassazione di ricostruire l'intera questione a partire da un fondamentale e incontestato diritto, quello sintetizzato nella formula del "consenso informato"⁶. Con tale espressione⁷ si indica il diritto del paziente ad una scelta consapevole tra diverse opzioni diagnostiche e terapeutiche, assunta dopo aver ricevuto corretta e completa informazione sulle conseguenze della propria decisione. Tale diritto trova il proprio fondamento nel testo della Costituzione e, in particolare, nell'affermazione del riconoscimento dei diritti inviolabili (art. 2), nella qualificazione come inviolabile della libertà personale (art. 13, c. 1) e nella combinazione fra il diritto alla salute e il generale divieto di imposizione di trattamenti sanitari, derogabile solo con legge e con il limite del sempre necessario rispetto della persona umana (art. 32).

Dal contestuale disposto di tali previsioni emerge la piena centralità dell'individuo nel percorso di cura e la volontà dell'ordinamento di assicurare la tutela della salute come componente della garanzia della sfera personale del singolo e non malgrado essa. Di qui la conseguenza recentemente tratta dalla giurisprudenza della illiceità dell'intervento medico operato senza il preventivo consenso informato del paziente, anche quando posto in essere nell'interesse di quest'ultimo⁸.

⁶ Anche di recente la Corte costituzionale, nella sentenza n. 438 del 2008, ha avuto modo di ribadire come il principio del consenso informato sia principio fondamentale costituzionalmente sancito in materia di salute. Esso è altresì previsto in alcune fondamentali norme internazionali quali l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 e l'art. 3 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. Sul consenso informato si vedano, fra gli altri, A. Santosuosso (a cura di), *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, Giuffrè, 1994; P.S. Appelbaum, C.H.Lidz, A. Meisel, *Informed Consent legal theory and clinical practice*, New York, Oxford University Press, 1987; J.F. Childress, *The place of autonomy in Bioethics*, Hastings Center Report 20, 1990, 12; R. Faden, T.L. Beauchamp, N.M.P. King, *A history and theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1986. Con particolare riferimento al caso italiano, v. F. Dassano, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminante*, Torino, Giappichelli, 2006; F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, I, 377; F. Albergiani, *Il consenso dell'avente diritto*, in *Studium Juris*, 1996, I, 1229; Id., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, Giuffrè, 1995; G. Barbuto, *Alcune considerazioni in tema di consenso dell'avente diritto e trattamento medico chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, 327; L. Eusebi, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profilo giuridico-penale*, in *Riv. it. medicina legale*, 1995, I, 727. Per una rassegna dei diversi orientamenti europei si veda S. Cacace, *Informazione, consenso e rifiuto di cure: (il)liceità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritti del paziente e libertà del sanitario*, in G. Comandè (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, 77 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia v. A. Fiori, E. Bottone, E. D'Alessandro, *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, Milano, Giuffrè, 2000, 58 ss.

⁷ Che viene fatta tradizionalmente risalire alla decisione della Corte Suprema della California sul caso *Salgo v. Leland Stanford Jr., University, Board of Trustees* del 1957.

⁸ Cass. civ., n. 10014 del 1994; Id., n. 364 del 1997; Id., n. 5444 del 2006, che ha precisato come "la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, essendo del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del danno, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni".

Corollario di tale diritto, finora descritto in positivo, e, cioè, come assenso ad un determinato trattamento piuttosto che ad un altro, è il diritto di non assentire ad alcun trattamento rifiutando qualsiasi cura⁹.

Tale questione si pone e si è posta con particolare delicatezza nei casi in cui il trattamento che si intende rifiutare sia necessario alla propria sopravvivenza. Casi drammatici, come quello della donna che nel febbraio del 2004 ha rifiutato l'amputazione di un arto in cancrena andando incontro alla propria morte, hanno confermato come non sia in alcun modo possibile coartare la volontà di una persona che non intenda farsi curare¹⁰, anche se a ciò consegue un pregiudizio irreparabile per la sua sopravvivenza. Deve escludersi, quindi, che il diritto alla scelta terapeutica del paziente incontri un limite ancorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita¹¹.

Il rifiuto di cure dell'incapace

La centralità dell'autodeterminazione del paziente, non più suscettibile di essere posta in discussione, ha fatto muovere la Corte di Cassazione nella direzione della ricerca della medesima garanzia anche per chi non sia più in grado di pronunciare attualmente il proprio volere. Il prezzo, a considerarla diversamente, sarebbe stato altissimo e avrebbe comportato una gravissima discriminazione per chi sia divenuto incapace, dal momento che si sarebbe finito per dover concludere nel senso della mancanza del dovere di rispetto della sua volontà e con essa della dignità della persona che è¹².

L'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, hanno correttamente suggerito alla Corte di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione terapeutica: il medico e il paziente che, attraverso il legale rappresentante, accetta o rifiuta i trattamenti prospettati. Come si è sopra considerato, non è però la volontà del tutore, ma quella del rappresentato a dover orientare la decisione sul trattamento sanitario. In questi termini i giudici hanno

⁹ Sul punto si veda da ultimo la lucida ricostruzione di G.U. Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pubbl.* 2008, 85 ss.

¹⁰ È significativo a questo proposito che Giuliano Vassalli, presidente emerito della Corte Costituzionale, che ha assunto un atteggiamento fortemente critico nei confronti della sentenza con la quale la Cassazione ha riconosciuto la possibilità del paziente incapace di far valere la propria pregressa volontà in termini di rifiuto di cure (si veda l'intervista rilasciata al quotidiano *Il Foglio*, 16 luglio 2008), a proposito della vicenda della donna che ha rifiutato l'amputazione non abbia potuto far a meno di considerare come "l'unica strada percorribile ..." in un caso come questo sia "... quella di convincere il paziente a farsi operare proprio per evitare la morte" (in P. Colaprico, *Meglio la morte che una protesi*, in *La Repubblica*, 1 febbraio 2004, 24).

¹¹ Si veda Cass. pen., 29 maggio 2002-11 luglio 2002 in cui 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". In senso analogo anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 29 aprile 2002, nel caso *Pretty c. Regno Unito*, in cui i giudici sostengono che, in campo sanitario, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, e tuttavia l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione.

¹² "Chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali" in questi termini la sentenza della Cassazione in esame.

condivisibilmente posto la massima enfasi sulla necessità di accertare il volere della persona incapace¹³.

Nel caso affrontato e risolto positivamente nel 2007 la Cassazione, pur in mancanza di una esplicita dichiarazione di volontà anticipata, ha ritenuto di avere chiari, univoci e convincenti elementi di prova, derivanti essenzialmente da testimonianze di persone vicine al paziente negli anni della sua vita di relazione, per appurarne la volontà ed ha conseguentemente disposto in merito al trattamento di sostentamento vitale, cassando la sentenza della Corte di appello di Milano che aveva negato l'autorizzazione alla sua sospensione.

Certo la particolarità della situazione e la sua estrema delicatezza hanno suggerito alla Cassazione un dispositivo prudente che, lungi dall'ammettere che qualsiasi dichiarazione in qualsivoglia modo espressa abbia il valore di "testamento biologico"¹⁴, ha fissato dei limiti ben precisi, consistenti essenzialmente nella necessità di acquisire in maniera univoca sia la certezza che, se cosciente, il paziente non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento, sia la sicurezza, secondo standard scientifici internazionalmente riconosciuti, dell'impossibilità di recupero della coscienza e delle capacità di percezione¹⁵.

La mancanza di una legge *ad hoc* e il tentativo di ostacolare l'affermazione del diritto

Proposte di diverso tenore per disciplinare le dichiarazioni anticipate di trattamento sono da tempo all'esame delle Camere. Per quanto, a parere di chi scrive, sia difficile negare che già ora dalla combinazione fra principio di eguaglianza e diritto a veder rispettato il proprio consenso informato, in termini di accettazione o rifiuto delle cure, derivi la necessità di assicurare il medesimo diritto al paziente definitivamente privo di coscienza, non c'è dubbio che una serie di previsioni attuative delle modalità di garanzia di tale diritto siano necessarie a meglio disciplinare la sua soddisfazione¹⁶. In questi termini, ovvero di più dettagliata regolazione di un diritto già presente nel nostro sistema giuridico al fine di renderlo meglio esercitabile, una legge sulle dichiarazioni anticipate di trattamento appare auspicabile. Certo è che le eventuali previsioni

¹³ Il tutore ha quindi il fondamentale compito di ricercare ed offrire la volontà dell'incapace, "ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace; e, in questo compito, umano prima che giuridico, non deve ignorare il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce", così in un significativo passaggio della sentenza della Cassazione in esame.

¹⁴ Si veda in questo senso la recente sentenza Cass. n. 23676 del 2008, in cui la Corte, pur ribadendo la necessità di riconoscere il diritto del paziente a non curarsi, anche se a ciò dovesse conseguire la sua morte e anche qualora la volontà di non vedersi somministrare determinate cure sia stata espressa in generale e in un momento precedente a quello in cui il paziente stesso ha perduto conoscenza, ha ritenuto che la sibillina espressione "niente sangue" contenuta in un cartellino non sia formulazione adeguata a sostanziare una dichiarazione anticipata di rifiuto del trattamento di trasfusione necessario alla sopravvivenza. In questa occasione peraltro i giudici hanno tenuto a chiarire come la soluzione avrebbe dovuto essere di tenore opposto laddove invece fosse stata presente una precedente "articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emergesse la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita".

¹⁵ Si tratta di condizioni accertate con sentenza passata in giudicato e non certo rimesse all'apprezzamento della struttura in cui il paziente è ricoverato.

¹⁶ Per una ricca ed esaustiva ricostruzione del tema del "testamento biologico" e per una serie di considerazioni in ordine alla utilità, ma non necessità, di una legge che ne disciplini le modalità di espressione e impiego si v. F.G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008.

dovrebbero essere innanzi tutto rispettose del dettato costituzionale ed astenersi dall'imporre o rendere irrinunciabili trattamenti sanitari a pazienti incoscienti. È evidente, infatti, che quel che non si può imporre a persona capace non possa essere prescritto per l'incapace, a meno di voler sostenere che i diritti cosiddetti personalissimi debbano essere garantiti in maniera diversa e più "debole" al soggetto in stato di incoscienza permanente, trasformandolo in una sorta di ostaggio della struttura in cui è ricoverato. Ugualmente insostenibile appare la tesi in base alla quale la mancata previsione da parte del nostro ordinamento delle modalità "formali" per l'espressione anticipata del proprio volere costituisca un ostacolo invalicabile all'affermazione del diritto a veder rispettata la propria volontà di cura. La presunta carenza di norme attuative di un disposto costituzionale, del resto, non può essere fatta ricadere sul soggetto al quale spetta la tutela.

Per questo motivo si ritiene che l'attuale assenza di una specifica normativa in materia non impedisca in alcun modo il riconoscimento del diritto a rinunciare alle cure anche a chi abbia perduto le proprie capacità di intendere e volere, ma renda, se mai, più complesse le modalità per accertarne e farne valere le volontà.

Di questo avviso non si sono affatto mostrati i due rami del Parlamento quando, a maggioranza e con l'ampia astensione dell'opposizione, hanno sollevato conflitto di attribuzioni nei confronti della Cassazione e della Corte di Appello milanese, sostenendo che i giudici, nel riconoscere il diritto alla rinuncia alle cure al paziente in stato vegetativo permanente, avevano posto in essere una attività "creativa" del diritto da applicare al caso concreto, non limitandosi a trarlo dal sistema giuridico vigente, ma costituendone di nuovo, violando così le prerogative del Parlamento.

Sulla insostenibilità di tale posizione, tenuto conto di quanto fino ad ora considerato, non v'è bisogno di soffermarsi oltre.

Un unico chiarimento merita probabilmente la questione, pure da alcuni sollevata, relativa al fatto che ammettere la possibilità del rifiuto di cure di sostentamento vitale corrisponderebbe a rendere legittima nel nostro ordinamento l'eutanasia. Le considerazioni da fare a questo proposito sono diverse, ma basti dire che se è già legittimo, anzi doveroso, non intervenire in maniera forzata a somministrare un trattamento medico a persona cosciente che lo abbia rifiutato, nonostante a ciò consegua la morte del paziente, non si vede come il medesimo comportamento nei confronti dell'individuo incosciente possa configurare qualcosa di diverso e corrispondente, per intenderci, all'eutanasia. Il riconoscimento del diritto a rifiutare le cure anche a chi non sia più in grado di recuperare la coscienza e con ciò le proprie facoltà intellettive e relazionali non è altro che una conseguenza diretta del modo in cui il nostro sistema configura il consenso informato. Si tratta quindi di qualcosa di ben diverso dall'eutanasia che richiede invece un comportamento attivo da parte del medico al quale si chiede di intervenire "positivamente" a porre in essere una causa il cui effetto sia la morte del paziente.

Del resto la stessa Corte costituzionale¹⁷, investita della questione, si è affrettata a dichiarare inammissibile il ricorso sollevato dalle Camere proprio perché l'oggetto, lungi dall'essere una questione di attribuzione fra poteri dello Stato, era proprio la selezione e l'interpretazione delle norme esistenti nell'ordinamento (ordinamento che non contempla l'eutanasia) e da applicarsi alla soluzione del caso concreto. Una attività senza dubbio di competenza dei giudici e niente affatto pertinente al Parlamento.

¹⁷ Con l'ordinanza 334 del 2008.

Quel che si è configurato nella vicenda del conflitto di attribuzioni è allora piuttosto il tentativo di impedire l'affermazione di un diritto difficilmente contestabile e, a quanto si ritiene, nemmeno limitabile con sopravvenuta norma di legge, stante il vincolo costituzionale a garantire le medesime prerogative personalissime a tutti gli individui senza alcuna discriminazione derivante dal loro stato di salute o coscienza, a pena di un *vulnus* inaccettabile al principio di eguaglianza; un tentativo di ostacolare siffatto diritto fortunatamente senza alcun esito se non quello di mostrare in maniera evidente la resistenza della maggioranza parlamentare al suo riconoscimento.

Ulteriori ostacoli alla soddisfazione del diritto riconosciuto

A conferma dell'atteggiamento appena stigmatizzato, un paio di mesi dopo l'ordinanza della Corte costituzionale il ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, ha adottato un atto di indirizzo rivolto alle regioni e alle province autonome in cui si è riproposto il tentativo di ostacolare, questa volta non tanto l'affermazione del diritto, quanto la sua soddisfazione da parte di qualsivoglia struttura sanitaria.

La nota ministeriale, infatti, qualifica l'interruzione della nutrizione e idratazione artificiale al malato in stato vegetativo come una forma di discriminazione fondata sulla sua inabilità e invita le amministrazioni sanitarie ad evitare in ogni modo tali forme di trattamento discriminatorio. Pur non riferendosi espressamente alla vicenda in commento, è parso evidente a tutti che l'intento del ministro fosse quello di scoraggiare le strutture del servizio sanitario ad accogliere proprio il paziente al quale la giustizia aveva espressamente riconosciuto il diritto alla sospensione di quel tipo di cure. Tant'è che, attraverso gli organi di stampa¹⁸, l'ente che aveva dato una iniziale disponibilità a farsi carico degli adempimenti prescritti dal giudice per la realizzazione di tale diritto, ha comunicato il ritiro della disponibilità manifestata come conseguenza dell'atto di indirizzo ministeriale.

A ben guardare, tuttavia, oltre a non essere di per sé idoneo ad imporre alcuno standard di assistenza alle strutture sanitarie¹⁹, l'atto del ministro contiene alcune affermazioni che in realtà deporrebbero nel senso del rispetto, piuttosto che del mancato ossequio alla pretesa del paziente del quale sia stato riconosciuto il diritto al rifiuto di cure. Infatti il richiamo, più volte ripetuto nell'atto di indirizzo, alla necessità di non discriminare i pazienti in stato vegetativo permanente in ragione della loro disabilità depone fortemente nel senso di riconoscere ad essi il medesimo trattamento che si riserverebbe ad un paziente capace e al quale, come abbiamo considerato sopra, non è possibile imporre alcunché contro la propria volontà. Effettivamente discriminatorio sarebbe allora costringere ad un trattamento non desiderato, non rispettandone il legittimo rifiuto, il soggetto in posizione di debolezza perché incapace di opporsi alle cure o di reiterare la rinuncia precedentemente formulata.

Un altro tentativo di ostacolare la soddisfazione del diritto da parte della regione Lombardia

¹⁸ Si veda ad es. *La Repubblica* del 17 dicembre 2008 alle pagine 15 e 16.

¹⁹ Un atto di indirizzo ministeriale, infatti, non può considerarsi in alcun modo impositivo di livelli di assistenza sanitaria, né direttamente vincolante nei confronti delle strutture sanitarie regionali. A proposito di esso, poi, la sentenza Tar Lombardia del 214 del 2009 nota anche come sia del tutto "inidoneo, secondo i principi generali sulle fonti, ad intaccare il quadro del diritto oggettivo come ricostruito con la forza e l'efficacia propri del procedimento giurisdizionale".

Un ulteriore tentativo di impedire la realizzazione della pretesa alla sospensione del trattamento vitale al paziente in stato vegetativo permanente è venuta, a dire il vero ancor prima del tentativo del ministro, dall'amministrazione sanitaria regionale lombarda, nelle strutture della quale la persona era ricoverata al momento della pronuncia della sentenza che ne ha definitivamente affermato il diritto al rifiuto di cure.

Si tratta dell'atto annullato dalla sentenza del Tar Lombardia in commento che, come inizialmente considerato, chiude il percorso processuale della tormentata vicenda fin qui ricostruita. Il suo annullamento, sulle ragioni del quale fra poco ci si soffermerà, sancisce l'eliminazione dell'ultimo ostacolo alla realizzazione del diritto al rispetto del proprio consenso informato da parte del paziente incapace e configura come doveroso il comportamento del servizio sanitario che sia rivolto a garantirne la soddisfazione.

Ma procediamo per gradi ed esaminiamo innanzi tutto quali sono gli argomenti motivatori individuati dalla regione Lombardia per negare la realizzazione del diritto alla sospensione di cure e quali siano invece le risposte del giudice amministrativo.

Amministrazione, principio di legalità e provvedimenti giurisdizionali

La determinazione che il Direttore generale della direzione sanità della giunta regionale della Lombardia ha adottato il 3 settembre 2008 afferma l'impossibilità del servizio sanitario lombardo di dare soddisfazione alla pretesa di sospensione del trattamento di idratazione e nutrizione artificiale, sostenendo innanzi tutto che il "provvedimento giurisdizionale di cui si chiede l'esecuzione non contiene un obbligo formale a carico di soggetti o enti individuati". Il riferimento è alla decisione della Corte di Appello di Milano che, in ossequio alla sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007, il 9 luglio 2008 ha accordato l'autorizzazione alla interruzione del trattamento sanitario che mantiene in vita il soggetto in stato vegetativo permanente. Dal mancato riferimento della pronuncia ad una specifica struttura che sarebbe obbligata ad eseguire la richiesta interruzione, l'amministrazione lombarda fa discendere la mancanza di qualsivoglia vincolo in ordine al comportamento da tenersi da parte dell'amministrazione sanitaria.

A questo argomento il giudice amministrativo risponde con un deciso richiamo al principio di legalità che sancisce la necessaria soggezione dell'azione amministrativa al dettato della legge. Il Tar ha così modo di ricordare che il riferimento a tale fondamentale principio del nostro ordinamento è calzante non solo in relazione alle disposizioni scritte contenute nei testi normativi, ma anche in rapporto alla "legge" del caso concreto ricavata dalla giurisprudenza alla luce del sistema normativo vigente: "la regola di diritto ermeneuticamente desunta dall'ordinamento giuridico e applicata nel caso concreto dalla giurisprudenza non ha minore effetto conformativo dell'ordinamento generale di quella promanante dalle fonti scritte"²⁰. In questi termini la pronuncia giurisdizionale che sancisce il diritto di un individuo a rifiutare le cure che gli sono somministrate rappresenta per l'amministrazione innanzi tutto una norma all'ossequio della quale essa è tenuta in virtù del principio di legalità.

²⁰ Così espressamente Tar Lombardia n. 214 del 2009; ma si veda anche quanto considerato in Cass. civ. n. 4630 del 2000, in cui si osserva come "secondo giurisprudenza costante, la sentenza definitiva che incide sul diritto fatto valere (cosiddetto giudicato sostanziale) costituisce ostacolo all'esplicarsi dell'effetto retroattivo della norma di interpretazione autentica, (è cioè intangibile, in base al principio del divieto del "ne bis in idem", che ha un fondamentale rilievo per l'ordinamento giuridico, in quanto espressione della certezza del diritto)".

Diversamente dal soggetto privato, per il quale un vincolo potrebbe derivare unicamente dalla formale individuazione di un corrispondente obbligo in capo ad esso da parte di una sentenza, l'amministrazione, proprio in virtù della sua soggezione al principio di legalità, non può ritenersi estranea ad una decisione del giudice che, pur non riguardandola direttamente, pronunciando definitivamente il diritto²¹, integra il quadro normativo al quale essa è comunque vincolata. In questa prospettiva anche la decisione assunta in sede di volontaria giurisdizione, nella misura in cui accerta "un" diritto, contribuisce comunque ad integrare "il" diritto, l'attuazione del quale costituisce la stessa ragione d'essere dell'amministrazione.

La questione, del resto, non è tanto quella del portare materialmente ad esecuzione un titolo giuridico, aspetto, se mai, da affrontarsi in sede di ottemperanza ad una sentenza che chiami direttamente in causa l'amministrazione, ma di verificare se sia legittimo un atto che ritenga di poter negare la soddisfazione di un diritto conferito dall'ordinamento civile, così come ricostruito in sede giurisdizionale.

La risposta a tale ultimo interrogativo per il giudice è assolutamente negativa: l'atto è illegittimo stante la violazione dell'ordinamento che discende dal disconoscimento di una regola che ne fa parte, quantunque frutto di interpretazione giurisdizionale.

La natura dell'obbligo di cura in capo al servizio sanitario

Il secondo argomento impiegato dalla direzione lombarda della sanità per motivare il proprio provvedimento negativo riguarda il fatto che il diritto a vedersi sospendere un trattamento sanitario non sarebbe esercitabile da un paziente all'interno del servizio sanitario, dal momento che la sua attuazione materiale, concretantesi nella sospensione delle cure, costringerebbe la struttura sanitaria e il suo personale a violare i propri obblighi professionali e di servizio.

La tesi di fondo, ribadita anche dal Presidente della Lombardia in diverse occasioni²², è che il servizio sanitario sarebbe tenuto a curare, per così dire, "in positivo", per cui si rivelerebbe contrastante con i suoi doveri e con quelli dei suoi operatori interrompere delle cure già in corso.

Un argomento come questo impone di interrogarsi, se pur nel breve spazio riservato a queste note, sulla natura dell'obbligo di cura posto in capo al servizio sanitario²³.

Il fondamentale riferimento è di nuovo alla Costituzione, l'articolo 32 della quale sancisce l'obbligo posto in capo alla Repubblica di assicurare la "tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", stabilendo altresì che "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge", legge che in ogni caso non può violare "i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Come sopra considerato, tale articolo, letto per di più in

²¹ Sul punto peraltro il Tar lombardo non manca di considerare come il decreto della Corte di Appello di Milano, pronunciato il 9 luglio 2008, non essendo più impugnabile, ma unicamente revocabile ad istanza del titolare del diritto inciso, acquista efficacia definitiva, producendosi sul punto un effetto di preclusione quantomeno equivalente a quello del giudicato.

²² Ancora di recente, dopo la sentenza del Tar in esame, v. *Formigoni: «Il nostro compito è curare»*, in *Il Corriere della Sera*, 26 gennaio 2009.

²³ Evidentemente non si può qui esplorare la complessità e ricchezza di un siffatto tema. Per una ricognizione delle questioni fondamentali a ciò connesse, proprio con riferimento, al rapporto fra individuo e sistema pubblico istituzionale si vedano le profonde considerazioni di S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, Feltrinelli, 223 ss.

combinato disposto con il riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale, pone al centro del concetto costituzionale di salute l'essere umano nella sua individualità.

Questo consente di sostenere che le due declinazioni della salute, come diritto individuale e come interesse collettivo, vanno tenute ben distinte: se, infatti, la prima ha carattere generale, la seconda risulta circoscritta nella sua portata dal necessario rispetto della persona umana. Ciò vuol dire che la possibilità di far prevalere considerazioni relative all'interesse della collettività nella disciplina della tutela della salute è limitata perlomeno sotto un duplice profilo. Da un lato, c'è l'aspetto oggi sintetizzato dal concetto di proporzionalità, che impone alla normativa che sancisca qualsivoglia restrizione ai diritti dell'individuo di limitarsi agli interventi strettamente ed effettivamente necessari. Dall'altro lato, c'è il rispetto della dignità della persona umana che deve prevalere anche di fronte ad esigenze collettive di grande rilievo e ad interventi che astrattamente potrebbero considerarsi necessari e proporzionati.

Queste considerazioni mettono in evidenza una sorta di "strumentalità" del concetto di salute rispetto alla tutela della persona complessivamente intesa. Una strumentalità che non si esprime soltanto nella presenza di limiti alla soddisfazione delle esigenze collettive collegate alla salute, ma anche nella necessaria ricostruzione dell'idea stessa di salute individuale²⁴ come aspetto attraverso il quale l'ordinamento contribuisce alla realizzazione della personalità del singolo.

Del resto una simile visione è confermata dall'indubbio collegamento del diritto alla salute con gli articoli 2 e 3 della Costituzione, alla realizzazione dei quali insieme agli altri diritti sociali esso contribuisce²⁵. La Corte costituzionale, a questo proposito, ha avuto modo di chiarire come il nucleo irriducibile del diritto alla salute sia per l'appunto protetto dalla Costituzione "come ambito inviolabile della dignità umana"²⁶, ribadendone così una lettura "finalizzata" alla piena realizzazione della personalità dell'individuo²⁷.

Questa prospettiva conduce perlomeno a due ordini di considerazioni, entrambe significative per la questione affrontata in queste note.

La prima si traduce nella inopportunità e probabilmente nella impossibilità di definire il concetto di salute in maniera rigida e uniforme in termini di "assenza della malattia"²⁸, o di intervento positivo volto essenzialmente alla "cura", intesa come

²⁴ Per un approccio al diritto alla salute "dal basso" e, cioè, a partire dall'individuo e dalla sua specialità non standardizzabile si veda di recente l'interessante ricostruzione di P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, 8 ss.

²⁵ Sul rapporto fra servizi sociali e articoli 2 e 3 della Costituzione si è scritto moltissimo. Senza pretesa di esaurire i riferimenti alla dottrina in materia, si vedano per tutti E. Ferrari, *I servizi sociali*, Vol. I, *Introduzione, materiali e coordinate*, Milano, Giuffrè, 1986, 93, 273 e G. Corso, *La gestione dei servizi sociali fra pubblico e privato*, in AA.VV. *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1997, 31 e da ultimo V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2008, 42 ss.

²⁶ Così Corte cost. n. 309 del 1999.

²⁷ In questa direzione la Corte si è mossa anche in altri casi in cui si è trovata a dover verificare la compatibilità costituzionale di norme che involgevano aspetti personalissimi relativi alla salute intesa come benessere dell'individuo. Una ipotesi esemplare in questo senso è la sentenza pronunciata sul noto caso "Di Bella" (sent. 165 del 26 maggio 1998) in cui la corte attribuisce rilievo alla "speranza" che in concreto si è creata in ordine alla possibile efficacia della relativa cura e dichiara incostituzionale la norma che non prevede la gratuità dei farmaci limitatamente a quelli rientranti nel c.d. "multitrattamento Di Bella".

²⁸ A questo proposito vale la pena ricordare la nozione di salute proposta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità fin dal momento della sua istituzione nel 1948 come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non soltanto assenza di malattia".

rimozione della causa del malessere fisico. A questo proposito tornano utili le considerazioni sopra svolte a proposito del consenso informato.

La necessità di rispettare la volontà del paziente in ordine ai trattamenti da somministrargli non deve essere intesa unicamente come requisito “legittimante” una invasione della sfera corporea dell’individuo, in assenza del quale l’intervento medico sarebbe addirittura concepibile come illecito penale. Il necessario consenso del paziente indica innanzi tutto la considerazione che l’ordinamento riserva all’idea di benessere fisico che l’individuo concepisce per sé. Il coinvolgimento della persona nella individuazione del trattamento medico che gli sarà somministrato sancisce, quindi, la sua partecipazione alla costruzione dinamica del contenuto concreto del diritto alla salute, di modo che quest’ultimo corrisponda effettivamente all’idea di vita che ne realizza pienamente la personalità²⁹. Laddove sia l’assenza di cura a rispondere a questi requisiti il paziente ha pieno diritto a rinunciare ad ogni trattamento o a chiedere che quello in corso sia sospeso. In questo caso, come ribadisce anche il giudice lombardo nella sentenza in esame, si configura un vero e proprio dovere giuridico della struttura e dei medici di sospendere i mezzi terapeutici il cui impiego “non corrisponda con il mondo dei valori e la visione di vita dignitosa che è propria del soggetto”.

Quanto considerato ci conduce ad una seconda osservazione relativa alla configurazione del “dovere di cura” posto in capo alle strutture sanitarie. Nell’ipotesi appena rappresentata di rifiuto di trattamenti medici, la loro sospensione o mancata somministrazione non realizza unicamente la necessaria astensione da un comportamento illecito, stante il venir meno della sua causa legittimante. L’interruzione delle cure in un caso come questo è anche un preciso dovere professionale e di servizio del medico e della struttura sanitaria.

Con ciò si intende sottolineare come si configuri una vera e propria “doverosità positiva” nell’assistere il soggetto che chiede la realizzazione del “proprio” diritto alla salute per il tramite della sospensione delle cure che confliggono con l’idea di benessere che ha maturato per sé. Non si tratta, cioè, di assecondare passivamente la rinuncia ad un diritto, ma di dare ad esso soddisfazione garantendo innanzi tutto il fine ultimo rispetto al quale il diritto alla salute appare “strumentale”: la realizzazione piena della personalità dell’individuo.

Tutto questo, in termini più generali, mette il servizio sanitario di fronte ad una complessità dei diritti dell’utente che non si esauriscono nella somministrazione in positivo di una prestazione medica idonea a rimuovere la causa di una malattia, ma riguardano un insieme di adempimenti che concorrono tutti alla realizzazione, per il tramite della tutela della salute, della personalità e della dignità dell’individuo³⁰. In questo senso diviene doveroso, non solo raccogliere il consenso del paziente al trattamento sanitario, ma innanzi tutto garantire la sua natura informata attraverso una serie di prestazioni di informazione e ascolto della persona che precedono e accompagnano la cura medica. Nella stessa misura sembrerebbe doversi configurare come doveroso anche il consentire al paziente di esprimere le proprie preferenze in ordine a trattamenti la cui somministrazione non è certa, ma potrebbe rendersi

²⁹ Da ultimo si veda Corte cost. n. 438 del 2008, cit., in cui i giudici costituzionali ribadiscono che “la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute”.

³⁰ Su questi aspetti sia consentito di rinviare più ampiamente ad A. Pioggia, *Questioni di bioetica nell’organizzazione delle strutture sanitarie*, in corso di pubblicazione in Dir. Pubbl. 2009.

necessaria in un futuro in cui la persona stessa avesse perduto in maniera definitiva la propria coscienza³¹.

Le esemplificazioni potrebbero continuare a lungo, ma quanto qui brevemente considerato appare comunque sufficiente a segnalare la impossibilità di accettare una concezione dell'obbligo di cura posto in capo al servizio sanitario così come configurata nell'atto impugnato di fronte al Tar e circoscritta al dovere di rimuovere le cause di una malattia.

Le conseguenze della configurazione ampia dell'obbligo di cura nel caso di specie

Le conseguenze che il giudice amministrativo trae dalla mancata accettazione della versione limitata della doverosità di prestazione sanitaria proposta dall'amministrazione lombarda sono estremamente significative e confermano la visione appena proposta.

Coerentemente con essa il Tar anticipa subito la confutazione di un possibile ulteriore limite al ricovero del paziente che intenda interrompere i trattamenti somministratigli: quella dell'obiezione di coscienza dei medici della struttura. Per i giudici tale impedimento non è opponibile al paziente stante la mancata previsione normativa di un siffatto caso di obiezione e l'impossibilità di estendere oltre quanto espressamente previsto dalla legge le modalità e i limiti entro i quali i convincimenti dei singoli medici possono assumere rilevanza. A questo aggiungiamo che, se è vero, come qui si è ritenuto, che della complessiva prestazione di servizio dovuta dal sistema sanitario fa parte anche il rispetto e la soddisfazione della volontà di rinuncia alle cure, allora l'obiezione di coscienza relativa al rifiuto dell'interruzione di trattamenti medici corrisponderebbe alla rinuncia a curare nel senso ampio e complessivo che si è qui visto e con ciò, in alcuni casi, alla rinuncia ad esercitare la propria professione nell'ambito della sanità pubblica.

L'ultima conseguenza tratta dal giudice amministrativo in ordine al caso di specie è quella che idealmente conclude la vicenda ricostruita in queste pagine: il Tar, infatti, muovendo dal riconoscimento del diritto a vedersi sospendere le cure rifiutate, individua infine le modalità di soddisfazione di tale diritto.

Al paziente è dovuto innanzi tutto l'accoglimento in una struttura del servizio sanitario. Rifiutare ad esso il ricovero solo per il fatto che ha preannunciato la propria intenzione di avvalersi del diritto all'interruzione del trattamento corrisponderebbe a negare tale diritto. Ma non basta. Il diritto non deve essere soltanto riconosciuto, ma ad esso deve essere data positiva attuazione nel quadro della prestazione di cura a cui è tenuto il servizio sanitario. In quest'ottica l'amministrazione regionale è tenuta, in ossequio al principio di legalità, ma anche nel rispetto della correttezza dovuta nel rapporto con qualsiasi potenziale utente, ad indicare la struttura dotata dei requisiti tecnologici ed organizzativi confacenti alla prestazione di realizzazione della sospensione del trattamento di nutrizione e idratazione artificiali. Prestazione che, come è evidente, non si sostanzia unicamente nell'omissione di un intervento al quale sia stato opposto un rifiuto, ma si compone anche di tutta l'assistenza successiva, necessaria

³¹ In questo senso si veda il caso dell'Ospedale San Martino di Genova che ha consentito la redazione ed ha accettato un atto di consenso informato nel quale un paziente ha chiesto di inserire una dichiarazione sulle proprie preferenze in ordine ai trattamenti ai quali essere sottoposto in caso di esito infausto di un intervento dal quale dovessero derivare possibilità di sopravvivenza legate a forme di sostentamento artificiale della vita. La vicenda è ricostruita nell'articolo di E. Dellacasa, in *Corriere della Sera* del 9 febbraio 2007.

all'adeguato accudimento della persona durante tutto il periodo che segue l'interruzione del sostegno vitale.

L'ordine di esecuzione della sentenza che chiude la formula dispositiva del Tar Lombardo completa il cerchio apertosi con l'originaria richiesta di sospensione delle cure formulata oramai dieci anni orsono. I passaggi che separano l'affermazione del diritto dal momento della dichiarazione giurisdizionale del necessario contributo delle strutture sanitarie alla sua attuazione confermano ancora una volta, se ancora ce ne fosse bisogno, come qualsiasi diritto a necessaria intermediazione amministrativa, anche quando riconosciuto, non sia che a metà del suo percorso, occorrendo un positivo e doveroso intervento dell'amministrazione, che, se mancante, è suscettibile di rendere vano il diritto stesso.

Una notazione finale sul disegno di legge attualmente in discussione in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento

La chiusura della vicenda giurisdizionale sancita dalla sentenza in commento e l'avvio delle operazioni di attuazione del diritto alla sospensione dei trattamenti di sostentamento vitale ha innescato una improvvisa accelerazione della discussione parlamentare sul rifiuto di cure e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento³².

Il testo in esame in commissione Igiene e Sanità del Senato nel momento in cui si scrivono queste brevi note è quello presentato dal senatore Calabrò il 26 gennaio 2009³³. Non è evidentemente questa la sede per un esame esaustivo del suo contenuto. Alcune brevi considerazioni tuttavia si impongono, tenuto conto di quanto sopra osservato a proposito della configurazione costituzionale del diritto alla salute, del consenso informato e del rifiuto di cure.

Nel proporre una disciplina dei "contenuti e limiti delle dichiarazioni anticipate di trattamento" il testo del disegno di legge citato, all'articolo 5, primo comma, formula una prima fondamentale scelta: quanto disposto in previsione della propria perdita di coscienza non è vincolante per il medico, ma esprime unicamente un "orientamento" del paziente in ordine ai trattamenti sanitari ai quali accetterebbe di essere sottoposto una

³² Il 6 febbraio 2009 il Governo, in maniera sorprendente per le modalità, ma tutto sommato coerentemente con l'intento, già constatato in queste pagine, di ostacolare l'esecuzione del diritto alla sospensione delle cure riconosciuto dai giudici, ha adottato un decreto legge composto da un solo articolo, nel quale si disponeva l'impossibilità di sospendere idratazione e nutrizione artificiale a soggetti non in grado di provvedere a se stessi. Una sorta di divieto per legge all'esecuzione delle sentenze esaminate in queste pagine. Il Presidente della Repubblica ha immediatamente preannunciato e poi posto in essere il rifiuto di emanare siffatto decreto per una serie di motivi di costituzionalità, fra i quali va segnalato in questa sede il "fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri e organi dello Stato" che "non consente di disattendere la soluzione che" per un dato caso concreto "è stata individuata da una decisione giudiziaria definitiva sulla base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall'ordinamento giuridico vigente" (citazioni tratte dal testo della lettera inviata dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri il 6 febbraio 2009). Il Governo ha di seguito presentato, il 9 febbraio successivo, un progetto di legge di un unico articolo del medesimo tenore. La sopravvenuta scomparsa della paziente coinvolta nella vicenda ha, infine, indotto a riprendere l'esame dell'intero disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento dal quale era stato sostanzialmente estrapolato il singolo articolo, volto, come si è detto, ad impedire l'interruzione della nutrizione artificiale nel caso di specie.

³³ Si tratta di uno schema di proposta di testo unificato dei disegni di legge in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento. I disegni di legge in materia presentati in Commissione Igiene e Sanità del Senato, dei quali il relatore Calabrò ha operato l'unificazione, sono i nn. 10, 51, 136, 281, 285, 483, 800, 972, 994, 1095 e 1188.

volta perduta la capacità di intendere e volere³⁴. Certamente il medico non potrà non considerare tale orientamento, ma l'unico onere che gli è effettivamente imposto è di valutarlo "in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza".

In questo modo si introduce un primo importante discrimine fra il paziente cosciente che può sempre rifiutare un trattamento e quello divenuto incosciente, che, per quanto abbia precedentemente espresso la propria volontà in maniera documentata, non ha diritto a veder rispettato il proprio dissenso ad una qualsiasi cura, essendo il suo volere unicamente oggetto di valutazione da parte di altro decisore: in questo caso il medico. Già solo sotto questo profilo sembrano potersi ravvisare diversi aspetti di incostituzionalità: dalla violazione del principio di eguaglianza, al mancato rispetto del disposto del secondo comma dell'articolo 32, ai sensi del quale "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge". In questo caso, al di là della dubbia compatibilità della previsione legislativa in esame con i limiti imposti dal rispetto della persona umana, ci troviamo innanzi tutto di fronte ad una previsione generale che non si limita ad imporre un "determinato" trattamento, ma ammette la somministrazione, nonostante il dissenso del paziente, potenzialmente di qualsiasi tipo di cura.

La sostituzione del medico al paziente che qui si prospetta è infatti di dubbia costituzionalità proprio in quanto generale e non limitata ad alcuni casi, come ad esempio quello in cui il progresso della scienza medica abbia reso non più "attuale" quanto anticipatamente dichiarato. Se il quadro della scienza medica fosse cambiato dopo la formulazione della dichiarazione anticipata di trattamento (rendendo, ad esempio, reversibile uno stato patologico di perdita di coscienza prima ritenuto permanente) è evidente che la rivalutazione da parte del medico delle volontà del paziente risponderebbe proprio all'esigenza di riconoscere ad esse la massima valenza, evitando di "tradire" un volere formulato in considerazione di dati di fatto diversi da quelli che si verificano nel momento della sua esecuzione. La sostituzione del medico al paziente in questo tipo di frangenti sarebbe da ritenersi quindi accettabile e coerente con il dettato costituzionale. Ma, come si vede, non è questo il caso del disegno di legge in esame.

L'altro aspetto sul quale preme infine soffermarsi è l'esplicita esclusione, da parte del sesto comma dell'articolo 5, della possibilità che idratazione e nutrizione artificiali possano formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento. A ciò corrisponde nella sostanza l'impossibilità di rinunciare anticipatamente a tale trattamento, così che esso, una volta che si sia perduta coscienza, diviene obbligatorio.

A prima vista sembrerebbe trattarsi di un caso di trattamento medico "determinato" imposto per legge. Ma, se così fosse, sarebbero presenti anche forti dubbi di compatibilità fra tale disposizione e il rispetto della persona umana, che la Costituzione impone come vincolo alla legge che preveda l'obbligatorietà di specifiche cure. Senza dire poi della mancanza di un motivo di "salute pubblica" che giustifichi ragionevolmente tale prescrizione: i casi di trattamento obbligatorio attualmente

³⁴ Un esplicito rifiuto, che dovremmo intendere valevole come tale, è formulabile unicamente rispetto ad alcune forme particolari di trattamenti sanitari "in quanto di carattere sproporzionato, futili, sperimentali, altamente invasive e invalidanti" (art. 5, c. 4 del ddl). Un punto poco significativo, dal momento che, viste le caratteristiche enunciate, dovrebbe trattarsi di trattamenti comunque da vietarsi in generale in quanto forme di accanimento terapeutico.

ammessi, infatti, sono unicamente quelli relativi ad alcuni tipi di vaccinazione resi necessari per evitare il diffondersi di epidemie; una *ratio* del tutto mancante nel caso di specie che riguarda unicamente la sopravvivenza in vita di un singolo soggetto e il rispetto delle sue scelte.

Ma a tali obiezioni il testo del disegno di legge intende sfuggire con quello che non pare altro che un *escamotage*: la definizione delle pratiche di nutrizione e idratazione artificiale non come trattamento medico, ma testualmente come “forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze”. L’intento è evidentemente quello di far fuoriuscire queste attività dal novero dei trattamenti medici, aggirando con ciò i limiti dell’articolo 32 della Costituzione.

La prima considerazione da fare riguarda la possibilità, o anche solo l’opportunità che la legge si sostituisca in modo così diretto alla scienza. La qualificazione della nutrizione e idratazione artificiale come trattamento medico, infatti, non è stata finora posta in discussione in sede medica. Da ultimo la Società italiana di nutrizione parenterale ed enterale (SINPE) in un documento emesso nel gennaio del 2007 ha ribadito come “la nutrizione artificiale, come tutte le terapie mediche, in accordo con la Convenzione di Oviedo” vada “prescritta ed assicurata in presenza delle riconosciute indicazioni” e richieda il consenso informato del malato, potendo essere pertanto anche rifiutata. Ma già diversi anni prima il Gruppo di lavoro su nutrizione e idratazione nei soggetti in stato di irreversibile perdita della coscienza³⁵ aveva esplicitamente indicato “la natura di trattamento medico dell’idratazione e della nutrizione di individui in stato vegetativo permanente” e indicazioni del medesimo tenore erano state già formulate anche a livello internazionale, come può leggersi, ad esempio, nel documento in merito presentato dall’American Academy of Neurology³⁶ o in quello della British Medical Association³⁷.

La seconda e ultima osservazione è che, se anche si volesse ritenere accettabile tale forma di dequalificazione per legge, non ne verrebbe meno l’irragionevolezza. L’esito paradossale di tale disposizione sarebbe infatti che quanto non può essere imposto ad un paziente capace di intendere e di volere³⁸ non potrebbe invece formare oggetto di esplicito rifiuto anticipato. In questo modo non si sfugge alla sensazione che si finisca per ammettere la degradazione dell’individuo da soggetto ad oggetto nel momento in cui perde irreversibilmente la propria coscienza. Un risultato sorprendente se solo si considera come neanche la morte oggi induca giuridicamente questa trasformazione, come del resto testimonia la possibilità di decidere sulla donazione degli organi dopo il proprio decesso³⁹.

³⁵ Istituito con Decreto del Ministro della sanità del 20 ottobre del 2000.

³⁶ American Academy of Neurology, *Guidelines on the vegetative state: Commentary on the American Academy of Neurology statement and Position of the American Academy of Neurology on certain aspects of the care and management of the persistent vegetative state*, in *Neurology*, 1989, 39, 123-126.

³⁷ British Medical Association, *Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment*, BMJ Books, London 1999

³⁸ Dal momento che, tanto per cominciare, indubbiamente l’introduzione di un sondino naso gastrico non appare coercibile.

³⁹ Si veda in proposito quanto disposto dalla legge n. 91 del 1999.