

Il tutore deve agire nell'interesse dell'incapace

Altro aspetto di grande rilievo, sul piano pratico, che si ricava, sia dalla pronuncia della Cassazione 21748/2007 che da quella del tribunale di Roma 15381/2007, è che l'idratazione e la nutrizione artificiale così come la respirazione artificiale sono trattamenti medici, e in quanto tali, per essere attuati, necessitano del consenso del paziente. Pertanto, rientra, ad esempio, nella previsione dell'articolo 32, secondo comma, della Costituzione, l'ipotesi, volendo rimanere in tema, del distacco dal respiratore artificiale effettuato da un medico poiché l'interruzione di una terapia, consentita dalla norma costituzionale, è quella che si pone all'interno di un rapporto terapeutico o, comunque, in stretta relazione con un trattamento sanitario.

Accanimento terapeutico o trattamento sanitario - La legittimità della sospensione della cura salvavita non è circoscritta solo all'accanimento terapeutico poiché, afferma la Suprema corte, di per sé l'idratazione e l'alimentazione parenterale (sondino naso-gastrico) non costituiscono oggettivamente una forma di accanimento terapeutico. Definizione questa, già adottata a livello internazionale dall'American academy of neurology, dall'Institute of medical ethics nonché dai giudici dei casi Cruzan (Missouri) e Bland (Inghilterra). Nessuna distinzione aprioristica di ciò che è, e ciò che non è accanimento terapeutico ha ragione di essere. Tale valutazione va, quindi, lasciata al diretto interessato e al medico, giacché l'unico possibile scenario all'interno del quale può esercitarsi il diritto di autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario (in tutte le sue diverse manifestazioni), è il rapporto instaurato tra il paziente e il suo medico.

Dal punto di vista penalistico, ne con-

segue che, l'obbligo di garanzia della vita umana a carico del medico, viene meno, a fronte del rifiuto della terapia proveniente dal soggetto legittimato.

Pertanto, a parere del giudice romano, pur esistendo tutti gli elementi costitutivi del reato di omicidio di consenziente, quello materiale (la condotta interventista, ravvisabile nell'atto del distacco del respiratore) e, quello psicologico (l'essere a conoscenza che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso e che tale condotta era antiggiuridica), nel caso concreto appare sussistere la scriminante di cui all'articolo 51 del codi-

**Se non è presente
una posizione
manifestata in precedenza
dall'interdetto,
l'amministratore
non sarà nella condizione
di esprimere
alcun potere di scelta**

ce penale.

L'aver praticamente agito alla presenza di un dovere giuridico, ne scrimina l'illiceità della condotta causativa della morte altrui, giacché il medico ha posto in essere tale condotta, dopo aver verificato la presenza di tutte quelle condizioni che hanno legittimato l'esercizio del diritto da parte della vittima di sottrarsi a un trattamento sanitario non voluto.

D'altro canto, conclude correttamente a tal proposito il tribunale, «l'unica soluzione perché la condotta del medico, attuativa della volontà del paziente e causativa della morte di quest'ultimo, possa essere ritenuta di per sé lecita, sarebbe quella di

ridisegnare, mediante l'intervento del legislatore, i limiti della fattispecie di cui all'articolo 579, del codice penale, escludendo esplicitamente l'ipotesi del medico che, ottemperando la volontà del paziente, cagioni la morte di quest'ultimo, mentre una previsione incriminatrice così ampia ingloba necessariamente anche questo caso».

Requisiti del rifiuto - *Prima facie*, confrontando i due provvedimenti, si nota una diversità nel requisito della temporalità del rifiuto.

Tuttavia, se si considera che la vicenda oggetto della decisione della Cassazione, riguarda una persona in stato di incoscienza si comprende come, l'attualità, possa essere ricercata solo attraverso un'analisi della volontà a suo tempo espressa.

La tesi, secondo la quale la volontà precedentemente espressa non avrebbe valore vincolante per il solo fatto di non essere attuale, e quindi, di non essere contestuale alla decisione da prendere, non ha più ragione di essere ancora applicata dopo le molteplici pronunce giudiziarie che hanno ritenuto vincolante il rifiuto di trattamenti anche se riferiti ad atti da compiere sotto anestesia (Cassazione, sezione V penale, 21 aprile 1992; pretura di Roma, 9 aprile 1997; Gip tribunale di Messina 11 luglio 1995) e, soprattutto, dopo l'approvazione della legge sui trapianti di organi e di tessuti (legge 1° aprile 1999 n. 91).

D'altro canto, come ha sottolineato il collegio, così facendo si assicura che la scelta consenso/rifiuto non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante. Invero, considerato il diverso caso, il tribunale capitolino, aderendo a un indirizzo della giurisprudenza e della dottrina (giurisprudenza: Cassazione 29 maggio 2001 n. 26446; dottrina: Mantovani, «Crimi-

I profili etici

Una scelta conforme

A Suo avviso l'interruzione delle cure è...	Sesso	
	Maschi	Femmine
Un atto di clemenza che risparmia inutili sofferenze	27,0%	30,1%
Una scelta accettabile solo se rispecchia la volontà espressa dal paziente	49,7%	47,8%
Una scelta non accettabile perché contrasta con la tutela della vita umana	13,0%	12,9%
Un omicidio	5,0%	4,2%
Non sa/non risponde	5,3%	5,0%

Fonte: Eurispes - Rilevazione 2007

nalia», 2006; Santuosso-Fiecconi, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2005), sostiene che «il rifiuto deve essere attuale, non essendo sufficiente che la persona abbia espresso precedentemente la sua volontà in tal senso, in quanto, attesi l'essenzialità dei diritti sui quali è destinato a incidere e il collegamento di tali decisioni a condizioni, anche interiori, mutevoli, il rifiuto di una terapia salvavita può essere revocato in qualsiasi momento e quindi deve persistere nel momento in cui il medico si accinge ad attuare la volontà del malato». Aggiunge che «il rifiuto di una terapia - anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito sopra descritto e possieda una serie di requisiti quali l'essere personale, autentico, informato, reale e attuale - costituisce un diritto costituzionalmente garantito e, pertanto, sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturiti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio».

Rappresentanza legale: tutore o amministratore di sostegno - Ogni incapace può avere, al pari di quella dei soggetti capaci, tutela piena dei suoi interessi e della sua dignità, secondo quanto stabilito dal principio di uguaglianza e di parità di trattamento tra individui.

In caso di incapacità del paziente, la disposizione dell'articolo 357 del codice civile in connessione con gli articoli 404 e 424 del codice civile, prevedono che la cura della persona sia

affidata al tutore o l'amministratore di sostegno. Sulla base, altresì, sia del tessuto normativo (l'articolo 4 del Dlgs 24 giugno 2003 n. 211 attuativo della direttiva n. 2001/20/Ce; l'articolo 13 della legge 22 maggio 1978 n. 194) che di quello, per ora, interpretativo (in attesa della ratifica della Convenzione di Oviedo, articolo 6), è assodato che i doveri di cura della persona, in capo al rappresentante legale, si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico di chi si trova in stato di incapacità.

Il rappresentante, deve sicuramente fare scelte nell'interesse dell'incapace, ma questo interesse, nel campo dei trattamenti sanitari, risponde a due criteri risalenti direttamente dalla Costituzione: quello della volontarietà e quello della dignità della persona. Tuttavia, nelle situazioni concrete, potendo esserci un interesse ulteriore e diverso rispetto a quello dell'istante, ovvero potendo il provvedimento richiesto dal rappresentante non corrispondere all'interesse dell'interdetto, alla volontà che quest'ultimo aveva manifestato, è necessario che sussistano dei limiti alla potestà del tutore.

A tal proposito, stante il carattere personalissimo del diritto alla salute, un altro aspetto rilevante che il collegio ha evidenziato è che la rappresentanza è sottoposta a un duplice ordine di vincoli. Il tutore deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non «al posto» dell'incapace né «per» l'incapace, ma «con» l'incapace: quindi,

ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente.

Ove manchi una volontà espressa in precedenza dall'interdetto, il tutore/amministratore non sarà in grado di esprimere alcun potere decisionale.

Conseguentemente, il giudice può intervenire per esprimere una forma di controllo unicamente sulla legittimità, nel caso concreto, delle scelte compiute dal tutore nell'interesse dell'incapace, onde autorizzarle o meno.

Oggi, con l'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2004 n. 6, esiste la possibilità di designare il soggetto che si vuole assista, in qualità di amministratore di sostegno, il beneficiario; quindi, in via preventiva, si può confidare sull'assistenza di una persona di propria scelta. Sussiste poi la possibilità, di ricavare un ulteriore spazio all'autonomia della persona, arricchendo il contenuto di tale atto di designazione con «dittive» anche in ambito terapeutico (che dovranno essere seguite dall'amministrazione di sostegno nello svolgimento del suo ufficio).

Tuttavia, ancora una volta, stante le lacune legislative, tali garanzie restano, principalmente ancorate alla sensibilità individuale del giudice tutelare e dell'amministratore nominato che, nell'emanare il provvedimento e nel darvi esecuzione, potranno o meno attenersi alla volontà precedentemente espressa.

Presupposti dell'autorizzazione - La Suprema corte, rinviando il caso *de quo* a un nuovo processo, enuncia un principio di diritto a cui dovranno attenersi i giudici, onde autorizzare o meno la richiesta di interruzione di cure salvavita, da parte del rappresen-

I profili etici

Le definizioni

Secondo Lei, cosa si intende per accanimento terapeutico?

	Area geografica		
	Nord	Centro	Sud e Isole
Prestare cure che prolungano la vita di un paziente senza speranza di guarigione	37,1%	45,1%	43,4%
Sottoporre un individuo a terapie che comportano sofferenza e menomazioni	20,6%	11,4%	11,4%
Tenere in vita artificialmente un individuo completamente e irreversibilmente privo di coscienza	30,6%	33,2%	33,4%
Altro	0,7%	3,6%	3,7%
Non sa/non risponde	11,0%	6,7%	8,1%

Cos'è il testamento biologico?

	Area geografica		
	Nord	Centro	Sud e Isole
Le disposizioni lasciate prima della morte da un individuo in merito alla propria sepoltura o cremazione	9,5%	4,0%	1,7%
Le decisioni prese dai congiunti in merito alla donazione degli organi di un defunto	13,8%	2,0%	3,4%
Le disposizioni lasciate prima della morte da un individuo in merito ai trattamenti sanitari a cui accetta di essere sottoposto in caso di coma irreversibile o gravi patologie	73,5%	90,0%	91,5%
Non sa/non risponde	3,2%	4,0%	3,4%

Fonte: Eurispes - Rilevazione 2007

tante legale del paziente incapace.

Il primo presupposto, alquanto ovvio, è la fondatezza scientifica della diagnosi dello stato vegetativo permanente. A tale riguardo, sarebbe opportuno che le strutture sanitarie si organizzino, individuando dei collegi di specialisti che abbiano esperienza nella materia, nonché che si stabiliscano - al più presto - parametri e protocolli per l'accertamento dello stato vegetativo (attualmente esistenti solo per la morte cerebrale, legge 29 dicembre 1993 n. 578). Senza dubbio, il fornire maggiori certezze alla classe medica, che dovrà elaborare una diagnosi da cui dipenderà la vita o la morte di una persona, è più che doveroso. Tanto più lo è, se si pensa al coinvolgimento emotivo, alle sofferenze, ai drammi, ai dubbi, alle responsabilità, che esistono dietro a ogni vicenda come questa. L'altro presupposto, veramente innovativo, che si ricava dalla sentenza, è la tutela del diritto di autodeterminazione dell'incapace e il valore che tale diritto ha nella decisione clinica. La Cassazione, infatti, afferma che la volontà dell'interessato deve essere rico-

struita attraverso «sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere nello stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona».

Il malato che si trova in uno stato vegetativo permanente, non avendo più, in quanto tale, una capacità decisionale attuale o futura, può rientrare in gioco solo, se abbia espresso in epoca precedente alla perdita della capacità di intendere e di volere, una specifica volontà sulle cure. Il volere, manifestato dal soggetto capace, di non essere tenuto in vita «come un vegetale» è elemento idoneo per interrompere ogni forma di trattamento e assistenza, sempre che quel volere sia documentato o ricostruito in maniera sufficientemente chiara attraverso testimonianze.

Stabilendo che l'istanza di sospensione della cura sia «realmente espressiva - in base a elementi di prova chiari, univoci e convincenti - della voce del paziente medesimo» viene a cadere il cardine dell'attualità del consenso/ri-

fiuto e viene affermato che, il requisito che deve essere ricercato e provato, è la volontà espressa prima dell'accadimento nefasto.

Precisa, infine, la sentenza che a garanzia, allorché l'una o l'altra condizione manchi, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici.

Summatim, pur se le due sentenze commentate sono riuscite a dare chiare risposte su cosa significhi, in concreto, il rispetto della dignità umana, la tutela dei diritti fondamentali della persona, l'invulnerabilità della libertà personale, resta il fatto che alla magistratura non può essere demandato il compito di colmare il vuoto legislativo, di fornire la certezza del diritto, di assicurare che siano attuate le scelte fondamentali di vita delle persone.