

I giudici «creativi» aprono una falla nel diritto

il quadro giuridico

di Ilaria Nava



IL DOSSIER
L'ex procuratore generale della Cassazione Gianfranco Iadecola analizza i punti deboli della sentenza con la quale la Suprema Corte un anno fa ha contraddetto alcuni principi del nostro ordinamento giuridico «Un pronunciamento con il quale ci si è spinti su posizioni che superano la cautela richiesta dalla materia»

Un'altra sentenza della Cassazione che, sulla scia della sentenza Englaro, ha sancito ancora una volta la prevalenza assoluta della volontà del paziente e l'obbligo del medico di assecondarla a qualsiasi condizione. Un fatto accaduto a marzo, che non è rimbalzato sulle prime pagine dei giornali, ma che rappresenta il primo effetto della pronuncia che autorizza la morte di Eluana, e che sembra destinata ad ampliare il suo raggio d'azione oltre i confini della vicenda della giovane leccese. La sentenza Englaro, tuttavia, dal punto di vista giuridico, contiene diversi profili discutibili.

«Azzardata», come l'ha definita più volte, anche su queste pagine, Gianfranco Iadecola, che ha rivestito per anni la carica di sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione e con il quale siamo tornati ad esaminarla. **Quanto pesa questa sentenza nel panorama giuridico attuale?** Come ogni sentenza, vale per il singolo caso. Tuttavia ha una portata rilevante, essendo la prima a occuparsi specificamente di questa materia e avendo un contenuto così innovativo. Si spinge infatti su posizioni che superano la cautela che la materia avrebbe richiesto. **Cosa dicono le sentenze emesse finora sul consenso informato?** La Cassazione si è pronunciata diverse volte, soprattutto in sede penale. Sicuramente in questa materia ci sono tesi

TRA RICORSI & SENTENZE

1999. Il Tribunale di Lecco respinge la richiesta di sospendere l'alimentazione e l'idratazione a Eluana Englaro. La Corte d'Appello di Milano respinge il primo ricorso del padre della ragazza.
2003. La richiesta viene ripresentata, ma prima il Tribunale di Lecco poi la Corte d'Appello di Milano la respingono. Il **trattamento medico**, dice la sentenza, non può essere interrotto perché non rappresenta accanimento terapeutico.
2005. Anche la Cassazione dichiara inammissibile il ricorso del padre di Eluana.
2006. Peppino Englaro firma un nuovo ricorso, ma sia il Tribunale di Lecco sia la Corte d'Appello di Milano lo respingono ancora.
16 ottobre 2007. La Cassazione rinvia la decisione alla Corte d'Appello di Milano sostenendo che il giudice può, su istanza del tutore, autorizzare l'interruzione di alimentazione e idratazione a **due condizioni**: se si documenta che lo stato vegetativo della paziente è clinicamente **irreversibile**; se si accerta sulla base del vissuto del paziente che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il **consenso** a continuare il trattamento.
25 giugno 2008. La Corte d'Appello di Milano autorizza con un **decreto** il distacco del sondino naso-gastrico che tiene in vita Eluana.
31 luglio. La Procura generale di Milano si oppone e inoltra istanza di impugnazione alla Cassazione, dalla quale ci si attende un nuovo verdetto.
3 settembre. La Regione Lombardia, rispondendo al padre di Eluana, nega l'autorizzazione a sospendere il trattamento in strutture sanitarie del proprio territorio. Nei giorni successivi, orientamento analogo viene espresso anche da autorità regionali di Toscana e Lazio.
10 settembre. La Procura generale di Milano firma la richiesta con la quale chiede alla Corte d'Appello di **sospendere l'esecutività** del suo decreto.

A cura di Nello Scavo

contrastanti, ma la posizione maggioritaria è quella che considera il primato assoluto della volontà del paziente.

Tuttavia nel caso Englaro questi principi non sono applicabili tout court...

Uno dei passaggi più deboli della sentenza Englaro è l'applicazione quasi automatica anche a una paziente incapace dei principi sanciti finora dalla giurisprudenza in tema di consenso informato. I contributi normativi oggi esistenti in tema di consenso anticipato, a partire dalla convenzione di Oviedo, stabiliscono il principio della non vincolatività assoluta per il medico, qualora il consenso non sia attuale. Resta sempre un margine di discrezionalità. Anche la giurisprudenza ha sempre indicato tra i requisiti del consenso l'attualità, ossia che il consenso provenga da un soggetto nel pieno delle proprie facoltà mentali al momento in cui il trattamento deve essere applicato.

La Cassazione come ha affrontato questo punto?

Non ha affrontato affatto il tema delle implicazioni, dal piano del regime giuridico, del dato oggettivo e rilevante del "deficit" di attualità delle direttive anticipate. Così facendo non ha operato alcun distinguo sugli effetti di vincolatività (assoluta) rispetto alle decisioni del medico, ai cui spazi di autonomia decisionale e ai cui precetti deontologici non si dedica per la verità alcuna riflessione. Questi effetti vincolanti vengono riconosciuti sia alla manifestazione di volontà nel presente che a quella pregressa.

La volontà di Eluana invece è stata ricostruita attraverso prove testimoniali?

Direi che affidare al giudice, attraverso l'audizione di testimoni, la ricostruzione della volontà di un soggetto comprende il rischio molto rilevante di considerare

manifestata una volontà che in realtà non è mai stata espressa. Penso che se mai una volontà espressa nel passato dovesse avere valore per l'oggi dovrebbe avere tutti i crismi di certezza assoluta e di autenticità richiesti dall'importanza della posta in gioco. Ad esempio, dovrebbe essere espressa e raccolta in modo formale davanti a un notaio, oppure contenuta in una scrittura privata autenticata.

Ci sono altri punti nevralgici nel ragionamento della Corte?

Innanzitutto uno dei capisaldi della sentenza è l'irreversibilità dello stato vegetativo.

Ma su questo punto gli esperti sono divisi...

Appunto. È noto che tradizionalmente viene ricordato al giudice chi spetta di pronunciarsi su questioni giuridiche implicanti conoscenze di tipo tecnico-scientifico di non fare ricorso - in modo autoreferenziale - alla propria, eventuale e improbabile, "scienza privata", ossia al personale patrimonio conoscitivo, il cui impiego conferirebbe indebiti margini di soggettività alle soluzioni fornite. Il giudice, infatti, non deve farsi egli stesso "produttore" delle leggi scientifiche che servono al processo, ma deve rimanere mero "fruitore" di esse, avendo certamente la doverosa cura di attingerle dalle fonti più autorevoli della comunità scientifica. Si dice che il giudice deve mutare dalla scienza solo le conclusioni incontrovertibili, ossia solo i punti fermi.

In questo caso non è andata così?

Ricordo perfettamente che all'indomani della sentenza l'Associazione italiana degli anestesisti e rianimatori divulgò un comunicato stampa affermando l'impossibilità di definire l'irreversibilità dello stato vegetativo. Se la scienza non mi dice in maniera assoluta che lo stato vegetativo è irreversibile, non posso porre tale assunto come presupposto per una sentenza.

gli appelli

«L'eutanasia? È la legge a vietarla»



Sono molti gli uomini di legge e i giuristi che hanno

preso posizione contro la sentenza della Corte d'Appello di Milano su Eluana. Primi fra tutti, i 6 docenti di diritto penale (Salvatore Ardizzone dell'Università di Palermo, Ivo Caraccioli dell'Università di Torino, Luciano Eusebi dell'Università Cattolica di Piacenza, Marcello Gallo dell'Università di Roma, Ferrando Mantovani dell'Università di Firenze e Mauro Ronco di quella di Padova) che il 17 luglio sono scesi in campo sul caso Englaro contestando «una sentenza che considera ammissibile il ricorso all'eutanasia passiva». Insostenibile, secondo i docenti, appare anche il fatto che dalla «ricostruzione dell'atteggiamento di una persona ritenuta incosciente possa essere dedotto il suo assenso specifico a essere lasciata morire di fame e di sete».

Ancora più incisivo il grido di allarme lanciato qualche giorno più tardi da un nutrito gruppo di studiosi di legge e costituzionalisti di lungo corso agli italiani e alla politica. Il documento, reso pubblico il 23 luglio, annovera tra i primi aderenti tre presidenti emeriti della Corte costituzionale come Antonio Baldassarre, Riccardo Chieppa e Cesare Mirabelli e due vice (Fernando Santosuosso e Massimo Vari), il rettore universitario Giuseppe Dalla Torre e due presidi di facoltà di Giurisprudenza (Giovanni Giacobbe e Roberto Pessi). Ancora, l'ex presidente del Comitato nazionale di Bioetica Francesco D'Agostino oltre a 13 docenti universitari, tutti ordinari di diritto in diversi atenei della Penisola. I 22 grandi giuristi contestano l'introduzione di fatto della pratica eutanasica nel diritto italiano: «Tale decisione - si legge infatti nell'appello - finisce per consentire una pratica di eutanasia, vietata dal nostro ordinamento». Gli studiosi ritengono che la sentenza abbia inoltre violato diverse norme alla base della nostra carta costituzionale, a partire dagli antichi capisaldi del diritto romano, sintetizzati nella massima di Giustiniano «curam praetor habuit», intendendo che il magistrato abbia il dovere di garantire la massima cura, in questo caso l'esistenza, a chi è più debole. Fino ai principi più recenti, a fondamento del sistema costituzionale, come l'inviolabilità della persona umana e «la solidarietà, orientata in questo caso alla tutela del bene sommo della vita».

Altro aspetto critico rilevato dagli studiosi è che il distacco del sondino che garantisce l'alimentazione e il sostegno vitale alla donna «viene autorizzato sulla base della ricostruzione operata dal giudice, attraverso indici presuntivi, della volontà della Englaro, ove quest'ultima fosse in grado di esprimersi». In sostanza, non vi è tuttora per i sottoscrittori prova autentica della volontà della giovane di morire. Secondo gli specialisti del diritto, poi, la ricostruzione degli interessi della ragazza è un'anomalia perché «avviene in rottura con la tradizione giuridica e gli orientamenti giurisprudenziali che riconoscono la figura della rappresentanza solo per l'esercizio di diritti disponibili o per favorire e proteggere situazioni soggettive». Infatti, conclude l'appello dei giuristi, «non è concepibile usare un procedimento civile, prefigurato per legge per altre funzioni, per sacrificare irrimediabilmente la vita di una persona che è un bene indisponibile». (V.Dal.)

in Parlamento

In campo anche il conflitto d'attribuzione



Il Parlamento è intervenuto nel caso di Eluana, alla fine di luglio, sollevando (per la prima volta nella storia repubblicana) quello che in termini costituzionali viene definito un «conflitto d'attribuzione»: un contrasto, cioè, tra due organi dello Stato (Cassazione e Parlamento, nella fattispecie) in cui uno dei due contesta all'altro un'invasione indebita nelle proprie competenze e chiede l'intervento della Corte Costituzionale. A causare questo evento la vicenda Englaro: secondo la mozione avanzata il 12 luglio dal vicepresidente vicario dei senatori del Pdl, Gaetano Quagliariello insieme ad altri venti colleghi (tra cui, primo firmatario, Francesco Cossiga e il presidente stesso di Palazzo Madama, Renato Schifani) e poi approvata in entrambi i rami del Parlamento, la Corte di Cassazione avrebbe compiuto un atto «sostanzialmente legislativo» invece che verificare (come da mandato

costituzionale) «la corretta applicazione del diritto vigente da parte dei giudici di merito». Il conflitto d'attribuzione si riferisce infatti alla sentenza del 16 ottobre 2007, con cui la Cassazione riconobbe per la prima volta al giudice ordinario il diritto di autorizzare il distacco del sondino naso-gastrico che alimenta Eluana (fatto puntualmente verificatosi in Corte d'Appello, a Milano, il 9 luglio scorso).

Avotare perché la Consulta si esprime sull'inedito contenzioso tra poteri dello Stato è stata la maggioranza (Pdl più Lega e Mpa), con l'Udc e il gruppo dei cosiddetti teodem del Pd (Bionetti, Bobba, Carra, Lusetti, Sarubbi), mentre l'Italia dei Valori si è astenuta alla Camera votando contro al Senato e il Pd ha votato contro alla Camera e non ha partecipato in Senato. Sull'ammissibilità o meno del ricorso parlamentare per conflitto d'attribuzione ora si attende la pronuncia della Corte Costituzionale (che dovrebbe arrivare già nelle prossime settimane). (V. Dal.)

idee/diritto

Uomo «inviolabile»? Non proprio...



Di fronte a questioni laceranti i giudici adottano in genere la decisione più benevola. Nel caso di Eluana hanno invece adottato la decisione più cruda, quella che apre le porte alla morte e le chiude alla vita. Una decisione (ne saranno stati consapevoli i nostri buoni giudici?) obiettivamente necrofila. **(Francesco D'Agostino, presidente emerito del Comitato nazionale di bioetica), Avvenire, 11 luglio.**

La volontà di un soggetto si presume in molti casi ove si tratti di compiere delle scelte di tipo economico. Mi pare veramente difficile poter applicare una presunzione a una scelta così radicale come quella circa la propria vita e la propria morte. Questi sono fatti, eventi che accadono, che sono dati. E una civiltà giuridica che si rispetti dovrebbe in primo luogo rispettare ciò che è dato. **(Lorenza Violini, ordinario di Diritto costituzionale all'Università degli Studi di Milano), 12 luglio.**

Per quanti sforzi faccia, non riesco a trovare nel nostro ordinamento elementi che ci consentano di ritenere che un soggetto possa rivendicare un "diritto alla morte". Al contrario, troviamo sempre e soltanto il principio del *favor vitae*, principio per cui si ha "diritto alla vita", come sancisce l'articolo 36 della

box

Fischella: «Il Paese deve capire che è in gioco la concezione della vita»

Quando si legifera sulla vita, c'è sempre «un grande timore, che deriva dal non sapere con esattezza cosa il legislatore porrà all'interno della legge». Per monsignor Rino Fischella, intervistato da *Avvenire* il 5 agosto sulla vicenda Englaro, bisogna capire «cosa significa e di quali contenuti viene riempita» un'iniziativa legislativa su simili questioni. E i contenuti, ha ribadito in quell'occasione il presidente della Pontificia Accademia per la vita, non possono andare contro la vita stessa: lo dicono la Costituzione, «la natura dell'ordinamento giuridico» e anche «principi etici condivisi da tutti» secondo i quali l'accanimento terapeutico va evita-

to, ma idratazione e nutrizione non sono interventi medici, bensì «l'elemento indispensabile per vivere». Il vescovo, commentando la vicenda di Eluana, ha sottolineato come «chiunque abbia letto la sentenza ha capito subito che doveva essere impugnata. È positivo - continuava Fischella nell'intervista - che la procura lo abbia fatto. Ed è importante che il Parlamento abbia compreso che si trattava di un'invasione di campo. Mi aspetto solo che il Paese arrivi a una consapevolezza di ciò che è veramente in gioco: il futuro delle nuove generazioni, la concezione stessa della vita e della morte, della verità e della libertà».

Costituzione. **(Vincenzo Nardi, avvocato generale presso la Corte di Cassazione), 19 luglio.**

Il nodo nella vicenda di Eluana è sia nell'espressione della sua volontà dedotta, ricostruita sulla base di "stili di vita" e di qualche affermazione occasionale e non contestualizzata, sia nella riferibilità di questo a una situazione diversa e a rilevantissima distanza di tempo. (...) È facile pensare quali decisioni si avrebbero adesso per chiunque si appellasse alla Cassazione per situazioni come quella di Eluana.

(Cesare Mirabelli, presidente emerito della Corte costituzionale), 26 luglio.

Da sempre i diritti fondamentali, e tra questi il diritto alla vita così come definito dalla Corte costituzionale, sono diritti indisponibili. Ora improvvisamente la Cassazione ha "trasformato" il diritto alla vita in un diritto disponibile. Ma va contro tutto ciò che è stato sempre insegnato nelle università e affermato dalla giurisprudenza, non solo italiana, in materia di diritti inviolabili della persona umana. **(Antonio Baldassarre,**

presidente emerito della Corte costituzionale), 29 luglio.

C'è stata una sovraesposizione da parte della magistratura, che è intervenuta in un campo che attiene strettamente alla deontologia medica e scientifica. Siamo proprio sicuri che lo stato vegetativo sia davvero irreversibile? Il giudice sembra darlo per scontato, ma non sarebbe certo il primo caso di un risveglio, sia pure tardivo. La vita è un diritto irrinunciabile e indisponibile. La Costituzione italiana è molto precisa su questo punto e prevede anche l'obbligo di assistenza e di cura. Può un giudice autorizzare a dare la morte? E può essere un tutore legale a decidere al posto del tutelato, quando la figura del tutore si occupa in realtà di amministrazione di patrimoni e di beni? **(Riccardo Chieppa, presidente emerito della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato), 31 luglio.**

Con 63 pagine di motivazione - una mole che già di per sé esprime la fragilità dell'argomentazione - i giudici della Corte d'Appello di Milano hanno deciso in maniera univoca su un nodo che in campo medico-scientifico è tuttora oggetto di dibattito: dove, in presenza di uno stato vegetativo, non esista nessuna possibilità di ripresa e quindi si possa porre la parola fine a una vita. Una scoperta che, fosse stata fatta da un medico o da un ricercatore, sarebbe valsa un premio Nobel. **(Massimo Vari, vicepresidente emerito della Corte Costituzionale), 2 agosto.**