

Sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007

(Sezione Prima Civile, Presidente M. G. Luccioli, Relatore A. Giusti)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. – Con ricorso ex art. 732 cod. proc. civ., ZZZ YYY, quale tutore della figlia interdetta XXX YYY, ha chiesto al Tribunale di Lecco, previa nomina di un cura-tore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ., l'emanazione di un ordine di interruzione della alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che tiene in vita la tutelata, in stato di coma vegetativo irreversibile dal 1992.

Il curatore speciale, nominato dal Presidente del Tribunale, ha aderito al ricorso.

Il Tribunale di Lecco, con decreto in data 2 febbraio 2006, ha dichiarato inammissibile il ricorso ed ha giudicato manifestamente infondati i profili di illegittimità costituzionale prospettati in via subordinata dal tutore e dal curatore speciale.

Né il tutore né il curatore speciale – hanno statuito i primi giudici – hanno la rappresentanza sostanziale, e quindi processuale, dell'interdetta con riferimento alla domanda dedotta in giudizio, involgendo essa la sfera dei diritti personalissimi, per i quali il nostro ordinamento giuridico non ammette la rappresentanza, se non in ipotesi tassative previste dalla legge, nella specie non ricorrenti.

Inoltre, la mancata previsione normativa di una tale rappresentanza è perfettamente aderente al dettato costituzionale, e la lacuna non può essere colmata con una interpretazione costituzionalmente orientata.

Peraltro, anche ove il curatore o il tutore fossero investiti di tale potere, la domanda – ad avviso dei primi giudici – dovrebbe essere rigettata, perché il suo accoglimento contrasterebbe con i principi espressi dall'ordinamento costituzionale. Infatti, ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost., un trattamento terapeutico o di alimentazione, anche invasivo, indispensabile a tenere in vita una persona non capace di prestarvi consenso, non solo è lecito, ma dovuto, in quanto espressione del do-vere di solidarietà posto a carico dei consociati, tanto più pregnante quando, come nella specie, il soggetto interessato non sia in grado di manifestare la sua volontà. In base agli artt. 13 e 32 Cost. ogni persona, se pienamente capace di intendere e di volere, può rifiutare qualsiasi trattamento terapeutico o nutrizionale fortemente invasivo, anche se necessario alla sua sopravvivenza, laddove se la persona non è capace di intendere e di volere il conflitto tra il diritto di libertà e di autodeterminazione e il diritto alla vita è solo ipotetico e deve risolversi a favore di quest'ultimo, in quanto, non potendo la persona esprimere alcuna volontà, non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da tutelare. L'art. 32 Cost. porta ed escludere che si possa operare una distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute.

2. – Avverso tale decreto ha proposto reclamo alla Corte d'appello di Milano il tutore, chiedendo che, previa opportuna istruttoria sulla volontà di XXX, a suo tempo manifestata, contraria agli accanimenti terapeutici e, ove occorra, incidente di costituzionalità, venga ordinata l'interruzione dell'alimentazione forzata di XXX, in quanto trattamento invasivo della sfera personale, perpetrato contro la dignità umana.

Il curatore speciale, costituitosi, ha chiesto l'accoglimento dell'impugnazione, ed ha proposto egli stesso reclamo, da intendersi anche come reclamo incidentale.

Il pubblico ministero ha concluso per la reiezione del reclamo, ritenendo condivisibili le argomentazioni poste dal Tribunale a fondamento del provvedimento impugnato.

3. – La Corte d'appello di Milano, con decreto in data 16 dicembre 2006, in riforma del provvedimento impugnato, ha dichiarato ammissibile il ricorso e lo ha rigettato nel merito.

3.1. – La Corte ambrosiana non condivide la decisione del Tribunale in punto di inammissibilità della domanda, giacché i rappresentanti legali di XXX domandano che sia il giudice a disporre l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali, sul presupposto che tale presidio medico costituisca un trattamento invasivo dell'integrità psicofisica, contrario alla dignità umana, non praticabile contro la volontà dell'incapace o, comunque, in assenza del suo consenso.

Secondo la Corte territoriale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 e 424 cod. civ., nel potere di cura della persona, conferito al rappresentante legale dell'incapace, non può non ritenersi compreso il diritto-dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche. La "cura della persona" implica non solo la cura degli interessi patrimoniali, quanto - principalmente - di quelli di natura esistenziale, tra i quali vi è indubbiamente la salute intesa non solo come integrità psicofisica, ma anche come diritto di farsi curare o di rifiutare la cura: tale diritto non può trovare limitazione alcuna quando la persona interessata non è in grado di determinarsi.

La presenza in causa – indicata come necessaria dalla Corte di cassazione con l'ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 – del curatore speciale che si è associato alla richiesta del tutore supera ogni problema di possibile conflitto tra la tutelata ed il tutore.

E, in considerazione dello stato di totale incapacità di XXX e delle gravi conseguenze che la sospensione del trattamento in atto produrrebbe, il tutore o, in sua vece, il curatore speciale deve adire il giudice per ottenerne l'interruzione.

3.2. - Nel merito, la Corte d'appello osserva che XXX – la quale non può considerarsi clinicamente morta, perché la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo – si trova in stato vegetativo permanente, condizione clinica che, secondo la scienza medica, è caratteristica di un soggetto che "ventila, in cui gli occhi possono rimanere aperti, le pupille reagiscono, i riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente e le uniche risposte motorie riflesse consistono in una redistribuzione del tono muscolare". Lo stato vegetativo di XXX è immodificato dal 1992 – da quando ella riportò un trauma cranico-encefalico a seguito di incidente stradale – ed è irreversibile, mentre la cessazione della alimentazione a mezzo del sondino nasogastrico la condurrebbe a sicura morte nel giro di pochissimi giorni.

La Corte territoriale riferisce che dalle concordi deposizioni di tre amiche di XXX – le quali avevano raccolto le sue confidenze poco prima del tragico incidente che l'ha ridotta nelle attuali condizioni - emerge che costei era rimasta profondamente scossa dopo aver fatto visita in ospedale all'amico *Tizio*, in coma a seguito di un sinistro stradale, aveva dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo, *Caio*, che, nel corso dello stesso incidente, era morto sul colpo, piuttosto che rimanere immobile in ospedale in balia di altri attaccato ad un tubo, ed aveva manifestato tale sua convinzione anche a scuola, in una discussione apertasi al riguardo con le sue insegnanti suore.

Secondo i giudici del reclamo, si tratterebbe di dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in un momento di forte emotività, quando XXX era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nella attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui ora versa. Non potrebbe dunque attribuirsi alle dichiarazioni di XXX il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva, maturata con assoluta cognizione di causa. La posizione di XXX sarebbe pertanto assimilabile a quella di qualsiasi altro soggetto incapace che nulla abbia detto in merito alle cure ed ai trattamenti medici cui deve essere sottoposto.

La Corte d'appello non condivide la tesi – sostenuta dal tutore ed avallata dal curatore speciale – secondo cui, di fronte ad un trattamento medico - l'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico - che mantiene in vita XXX esclusivamente da un punto di vista biologico senza

alcuna speranza di miglioramento, solo l'accertamento di una precisa volontà, espressa da XXX quando era cosciente, favorevole alla prosecuzione della vita ad ogni costo, potrebbe indurre a valutare come non degradante e non contrario alla dignità umana il trattamento che oggi le viene imposto.

Innanzitutto perché, in base alla vigente normativa, XXX è viva, posto che la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. In secondo luogo perché – al di là di ogni questione inerente alla natura di terapia medica, di accanimento terapeutico (inteso come cure mediche svincolate dalla speranza di recupero del paziente) o di normale mezzo di sostentamento che si possa dare alla alimentazione forzata cui è sottoposta XXX – è indiscutibile che, non essendo XXX in grado di alimentarsi altrimenti ed essendo la nutrizione con sondino nasogastrico l'unico modo di alimentarla, la sua sospensione condurrebbe l'incapace a morte certa nel volgere di pochi giorni: equivarrebbe, quindi, ad una eutanasia indiretta omissiva.

Secondo i giudici del gravame, non vi sarebbe alcuna possibilità di accedere a distinzioni tra vite degne e non degne di essere vissute, dovendosi fare riferimento unicamente al bene vita costituzionalmente garantito, indipendentemente dalla qualità della vita stessa e dalle percezioni soggettive che di detta qualità si possono avere.

“Se è indubbio che, in forza del diritto alla salute e alla autodeterminazione in campo sanitario, il soggetto capace possa rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita, nel caso di soggetto incapace (di cui non sia certa la volontà, come nel caso di XXX) per il quale sia in atto solo un trattamento di nutrizione, che indipendentemente dalle modalità invasive con cui viene eseguito (sondino nasogastrico) è sicuramente indispensabile per l'impossibilità del soggetto di alimentarsi altrimenti e che, se sospeso, condurrebbe lo stesso a morte, il giudice – chiamato a decidere se sospendere o meno detto trattamento – non può non tenere in considerazione le irreversibili conseguenze cui porterebbe la chiesta sospensione (morte del soggetto incapace), dovendo necessariamente operare un bilanciamento tra diritti parimenti garantiti dalla Costituzione, quali quello alla autodeterminazione e dignità della persona e quello alla vita”. Detto bilanciamento – a giudizio della Corte d'appello – “non può che risolversi a favore del diritto alla vita, ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri (contemplati dagli artt. 13 e 32 Cost.), all'interno della Carta costituzionale”; tanto più che, alla luce di disposizioni normative interne e convenzionali, la vita è un bene supremo, non essendo configurabile l'esistenza di un “diritto a morire” (come ha riconosciuto la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 29 aprile 2002 nel caso *Pretty c. Regno Unito*).

4. – Per la cassazione del decreto della Corte d'appello il tutore ZZZ YYY, con atto notificato il 3 marzo 2007, ha interposto ricorso, affidato ad un unico, complesso motivo.

Anche il controricorrente curatore speciale Avv. Franca Alessio ha proposto ricorso incidentale, sulla base di due motivi.

Il ricorrente ed il ricorrente incidentale hanno, entrambi, depositato memoria in prossimità dell'udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – Con l'unico mezzo illustrato con memoria - denunciando violazione degli artt. 357 e 424 cod. civ., in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost., nonché omessa ed insufficiente motivazione circa il punto decisivo della controversia – il tutore, ricorrente in via principale, chiede alla Corte di affermare, come principio di diritto, “il divieto di accanimento terapeutico, e cioè che nessuno debba subire trattamenti invasivi della propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio”. Qualora tale risultato ermeneutico sia precluso per effetto degli artt. 357 cod. civ. e 732 cod. proc. civ., ovvero di altre norme di legge ordinaria, il ricorrente chiede che sia sollevata questione di legittimità costituzionale di tutte tali norme

legislative, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., da cui si assume discendere la piena operatività del divieto di accanimento terapeutico.

Secondo il ricorrente, la Corte d'appello di Milano avrebbe frainteso e travisato completamente il significato da attribuirsi alla indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita. Il predicare l'indisponibilità del diritto alla vita, a differenza di quel che accade per altri diritti costituzionali e fondamentali, si riallaccia al fatto che, nella mappa del costituzionalismo moderno, esso costituisce un diritto diverso da tutti gli altri: la vita è indispensabile presupposto per il godimento di qualunque libertà dell'uomo e, proprio per questo, non può ammettersi che la persona alieni ad altri la decisione sulla propria sopravvivenza o che il diritto si estingua con la rinuncia. E tuttavia, l'indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita è garantita per evitare che soggetti diversi da quello che deve vivere, il quale potrebbe versare in stato di debolezza e minorità, si arroghino arbitrariamente il diritto di interrompere la vita altrui; ma sarebbe errato costruire l'indisponibilità della vita in ossequio ad un interesse altrui, pubblico o collettivo, sopraordinato e distinto da quello della persona che vive.

Del resto – ricorda il ricorrente – la Corte costituzionale ha precisato che nella tutela della libertà personale resa inviolabile dall'art. 13 Cost. è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. E la giurisprudenza della Corte di cassazione, nel ricostruire di recente come fonte di responsabilità del medico il solo fatto di non avere informato il paziente, o di non averne sollecitato ed ottenuto previamente l'assenso per il trattamento, ha chiarito che qui siamo fuori dall'ipotesi in cui il consenso dell'avente diritto vale come esimente da responsabilità giuridica per chi ha agito praticando la cura invasiva della sfera individuale: il consenso libero ed informato è piuttosto percepito come un requisito intrinseco perché l'intervento di chi pure sia professionalmente competente a curare risulti di per sé legittimo.

Il che – ad avviso del ricorrente – sottolinea come il diritto alla vita, proprio perché irrinunciabile ed indisponibile, non spetti che al suo titolare e non possa essere trasferito ad altri, che lo costringano a vivere come essi vorrebbero.

Ciò che la Corte ambrosiana avrebbe trascurato è che, nel caso di XXX YYY come in qualunque altro caso di trattamenti praticati dal medico o da altri sulla persona per mantenerla in vita, a venire in rilievo non è il diritto alla vita, ma "solo ed esclusivamente la legittimità della decisione di un uomo, che solitamente e per fortuna nel caso nostro è un medico professionalmente competente, di intervenire sul corpo di una persona per prolungarne la vita".

Ad avviso del ricorrente, la garanzia del diritto alla vita è più complessa per soggetti incapaci di intendere e di volere, come XXX YYY, che non per chi abbia coscienza e volontà. Per chi sia cosciente e capace di volere, invero, la prima garanzia del proprio diritto alla vita risiede nella libertà di autodeterminazione rispetto all'ingerenza altrui, ove pure consista in una cura da erogarsi in nome del mantenimento in vita.

Lo stesso tipo di garanzia non è sostenibile per chi sia in stato di incapacità. La giurisprudenza ha da tempo individuato, come criterio di azione, l'autolegittimazione dell'intervento medico, in quanto dedito a curare e dotato all'uopo di convenienti capacità ed attitudini professionali. Secondo il ricorrente, resterebbe l'esigenza, di rango costituzionale, che il trattamento invasivo della persona, quando non sia e non possa essere assentito da chi lo subisce, sia erogato sotto il diretto controllo dell'autorità giudiziaria, in quanto sicuramente ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost.

La Corte d'appello di Milano avrebbe svolto, sotto questo profilo, un ragionamento alquanto contraddittorio. Per un verso, nel dichiarare ammissibile il ricorso del tutore, la Corte territoriale non avrebbe negato ed avrebbe anzi ammesso la necessità che il trattamento di cura invasivo della persona di XXX sia sottoposto al controllo dell'autorità giudiziaria; mentre, nel contempo e per altro verso, la stessa Corte avrebbe poi rifiutato, giudicando nel merito, di rilevare ogni e qualunque limite all'intervento del medico, quando il trattamento di cura incida

sul diritto alla vita.

Questa contraddizione, ad avviso del ricorrente, sarebbe frutto di una impostazione radicalmente errata, giacché l'autolegittimazione del medico ad intervenire, anche per trattamenti incidenti sul bene della vita, deve arrestarsi quando i trattamenti medesimi configurino ciò che costituisce accanimento terapeutico.

Secondo il codice di deontologia medica (art. 14), il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita. In questo si rispecchiano l'idea di non accanirsi in trattamenti "futili", presente nell'esperienza anglosassone, o le prescrizioni della riforma del Codice della salute francese introdotte dalla legge 2005-370 del 22 aprile 2005, sulla sospensione e la non erogazione, a titolo di "ostinazione irragionevole", di trattamenti "inutili, sproporzionati o non aventi altro effetto che il solo mantenimento artificiale della vita".

Sicché, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente (artt. 2, 13 e 32 Cost.).

Il ricorrente contesta la tesi – fatta propria dalla Corte di Milano – secondo cui, poiché la conservazione della vita è un bene in sé, qualsiasi trattamento volto a tale scopo non potrebbe configurare accanimento. Difatti, in frangenti come quello in cui si trova XXX, non è lo spegnersi, bensì il protrarsi della vita ad essere artificiale, ad essere il mero prodotto dell'azione che un uomo compie nella sfera individuale di un'altra persona la quale, solo per tale via, viene, letteralmente, costretta a sopravvivere.

Si sostiene che anche per i trattamenti tesi al prolungamento della vita altrui, come per qualunque altro trattamento medico, deve essere verificato se essi rechino un beneficio o un'utilità al paziente o non incorrano nel divieto di accanimento terapeutico.

Ad avviso del ricorrente, il divieto di ostinazione in cure per cui non sia accertabile ed accertato un beneficio o un miglioramento della qualità della vita non sarebbe in contraddizione con il divieto di trattamenti diretti a provocare la morte: giacché una cosa è che il medico non debba uccidere, neppure sotto le mentite spoglie del curare; altra cosa è che il medico possa e debba astenersi da quei trattamenti che, pur suscettibili di prolungare il vivere, fosse accertato non rechino beneficio o utilità per il paziente, nel sottrarlo all'esito naturale e fatale dello stato in cui si trova e nel forzarlo a mantenere talune funzioni vitali.

Nel ricorso si sostiene che il diritto alla vita è in uno - e non è contrapponibile, come viceversa vorrebbe la Corte d'appello milanese - con la garanzia dell'individualità umana di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. Il modo normale di garantire l'individualità di un uomo è l'autodeterminazione; ma quando, come nel caso di XXX, l'autodeterminazione non è più possibile, perché la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà, bisogna perlomeno assicurarsi che ciò che resta dell'individualità umana, in cui si ripone la "dignità" di cui discorrono gli artt. 2, 13 e 32 Cost., non vada perduta. E tale individualità andrebbe perduta qualora un'altra persona, diversa da quella che deve vivere, potesse illimitatamente ingerirsi nella sfera personale dell'incapace per manipolarla fin nell'intimo, fino al punto di imporre il mantenimento di funzioni vitali altrimenti perdute.

Il divieto di accanimento terapeutico – si sostiene – nasce proprio da qui: esso nasce affinché l'intervento del medico, artificiale ed invasivo della sfera personale di chi è incapace e perciò inerme, sia entro i confini dati dall'autolegittimazione del medico come professionista, il quale, come tale, deve curare e quindi recare un tangibile vantaggio al suo paziente. Siffatta accurata verifica della utilità o del beneficio del trattamento per chi lo subisce andrebbe fatta proprio e soprattutto quando il trattamento miri a prolungare la vita, poiché "proprio e soprattutto quando il trattamento stesso miri a prolungare la vita, il medico, come professionista, si spinge al massimo dell'intromissione nella sfera individuale dell'altra persona, addirittura modificando,

o quanto meno spostando, le frontiere tra la vita e la morte”.

Certamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute. Il che non toglie, tuttavia, che vi siano casi in cui, per il prolungamento artificiale della vita, non si dia riscontro di utilità o beneficio alcuno ed in cui, quindi, l'unico risultato prodotto dal trattamento o dalla cura è di sancire il trionfo della scienza medica nel vincere l'esito naturale della morte. Tale trionfo è però un trionfo vacuo, ribaltabile in disfatta, se per il paziente e la sua salute non c'è altro effetto o vantaggio.

Non è la vita in sé, che è un dono, a potere essere mai indegna; ad essere indegno può essere solo il protrarre artificialmente il vivere, oltre quel che altrimenti avverrebbe, solo grazie all'intervento del medico o comunque di un altro, che non è la persona che si costringe alla vita.

La Corte d'appello di Milano, ad avviso del ricorrente, avrebbe inoltre finito con il travisare e distorcere il significato dell'istruttoria effettuata durante il giudizio, nel quale è stato appurato, per testi, il convincimento di XXX, anteriormente all'incidente che l'ha ridotta in stato vegetativo permanente, che sarebbe stato "meglio" morire piuttosto di avere quella che "non poteva considerarsi vita". I convincimenti di XXX sarebbero stati chiesti e sarebbero stati oggetto di istruttoria non perché taluno potesse pensare che essi, manifestati in un tempo lontano, quando ancora XXX era in piena salute, valgano oggi come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale dai trattamenti che ella subisce. L'accertamento dei convincimenti di XXX, quando ancora poteva manifestarli, sarebbe stato richiesto e fatto, invece, perché la Corte d'appello, nel pronunciarsi sul mantenimento dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali, potesse valutare e ponderare ogni elemento disponibile.

Lo stato vegetativo permanente (SVP) in cui giace XXX è uno stato unico e differente da qualunque altro, non accostabile in alcun modo a stati di handicap o di minorità, ovvero a stati di eclissi della coscienza e volontà in potenza reversibili come il coma. Nello stato di SVP, a differenza che in altri, può darsi effettivamente il problema del riscontro di un qualunque beneficio o una qualunque utilità tangibile dei trattamenti o delle cure, solo finalizzate a posporre la morte sotto l'angolo visuale biologico.

2.1. – Con il primo motivo, illustrato con memoria, denunciando violazione o falsa applicazione degli artt. 357 e 424 cod. civ., in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost., il curatore speciale, ricorrente in via incidentale, chiede che sia affermato come principio di diritto il divieto di accanimento terapeutico. Ripercorrendo le medesime argomentazioni contenute nel ricorso principale, nel ricorso incidentale si sottolinea come XXX non sia in grado di esprimere alcun consenso riguardo ad atti che si configurano come invasivi della sua personale integrità psico-fisica, e si richiama la giurisprudenza costituzionale sull'attinenza della tutela della libertà personale a qualunque intromissione sul corpo o sulla psiche cui il soggetto non abbia consentito. Si pone l'accento sulla tutela della dignità umana, inscindibile da quella della vita stessa, come valore costituzionale, e si invoca, tra l'altro, l'art. 32 Cost., che preclude trattamenti sanitari che possano violare il rispetto della persona umana. Si sostiene che, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente.

2.2. – Il secondo mezzo del ricorso incidentale denuncia omessa ed insufficiente motivazione circa il punto decisivo della controversia e chiede che la Corte si pronunci in ordine al principio che nessuno debba subire trattamenti invasivi sulla propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio. Ad avviso del ricorrente in via incidentale, l'osservanza del divieto di accanimento terapeutico doveva essere assicurata dalla Corte d'appello di Milano nell'accezione del divieto di attività svincolata dalla speranza di recupero del paziente, indipendentemente dall'essere il trattamento in questione finalizzato al mantenimento in vita.

Anche nella memoria si sottolinea che la Corte d'appello erroneamente avrebbe, dopo averle ammesse, ritenuto ininfluenti le testimonianze delle amiche di XXX. Secondo il ricorrente in via incidentale, un'eventuale dichiarazione circa la propria volontà a non essere mantenuti in vita durante lo stato vegetativo permanente non può che essere formulata ex ante, da chi si trovi ancora in piena salute e perfettamente in grado di comprendere e di volere, non avendo alcuna rilevanza il fatto che la ragazza, allora, fosse in giovane età. Non sarebbe condivisibile il giudizio della Corte d'appello secondo cui le determinazioni di XXX avrebbero avuto valore solo nell'attualità della malattia.

3. – Il ricorso principale ed il ricorso incidentale devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ., essendo entrambe le impugnazioni proposte contro lo stesso decreto.

4. – Trattandosi dell'impugnazione di un provvedimento depositato il 16 dicembre 2006 - quindi nella vigenza del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80), in base alla disciplina transitoria recata dall'art. 27, comma 2 - il ricorso per cassazione per violazione di legge comprende la possibilità di dedurre, altresì, il vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ai sensi del novellato art. 360 cod. proc. civ.

Le proposte impugnazioni vanno pertanto scrutinate anche là dove prospettano il vizio di cui al numero 5 del citato art. 360 cod. proc. civ.

5. – I motivi in cui si articolano il ricorso principale ed il ricorso incidentale, stante la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Essi investono la Corte - oltre che del quesito se la terapia praticata sul corpo di XXX YYY, consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, sull'asserito rilievo che si verserebbe in fattispecie di trattamento invasivo della persona, senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perché oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica - anche della questione se ed in che limiti, nella situazione data, possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opinioni a suo tempo espresse da XXX su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona.

Quest'ultima questione è preliminare in ordine logico. Dall'esame di essa, pertanto, conviene prendere le mosse.

6. – Occorre premettere che il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Il principio del consenso informato - il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico - ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale "è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo" (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore

tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze.

Nella legislazione ordinaria, il principio del consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833), la quale, dopo avere premesso, all'art. 1, che «La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la quale, all'art. 5, pone la seguente "regola generale" (secondo la rubrica della disposizione): «Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé».

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (Capo I, Dignità; art. 3, Diritto all'integrità della persona).

Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente».

Il principio del consenso informato è ben saldo nella giurisprudenza di questa Corte.

Nelle sentenze della III Sezione civile 25 gennaio 1994, n. 10014, e 15 gennaio 1997, n. 364, si afferma che dall'autolegittimazione dell'attività medica non può trarsi la convinzione che il medico possa, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.), intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. Più di recente, Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, ha precisato che "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": il trattamento eseguito senza previa prestazione di un valido consenso è in violazione "tanto dell'art. 32, secondo comma, della Costituzione, quanto dell'art. 13 della Costituzione e dell'art. 33 della legge n. 833 del 1978, donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all'integrità fisica". "La legittimità di per sé dell'attività medica – ribadisce Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001-3 ottobre 2001 – richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico. Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale 'diritto di curare', a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di 'soggezione' su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi".

6.1. – Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse

possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza.

Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio – nel quadro dell'«alleanza terapeutica» che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire.

Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa – insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui.

Tale orientamento, prevalente negli indirizzi della dottrina, anche costituzionalistica, è già presente nella giurisprudenza di questa Corte.

La sentenza della I Sezione penale 29 maggio 2002-11 luglio 2002 afferma che, "in presenza

di una determi-nazione 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”. Si tratta evidentemente – si precisa nella citata pronuncia – di ipotesi estreme, “che nella pratica raramente è dato di registrare, se non altro perché chi versa in pericolo di vita o di danno grave alla persona, a causa dell’inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia, difficilmente è in grado di manifestare liberamente il suo intendimento”: “ma se così non è, il medico che abbia adempiuto il suo obbligo morale e professionale di mettere in grado il paziente di compiere la sua scelta e abbia verificato la libertà della scelta medesima, non può essere chiamato a rispondere di nulla, giacché di fronte ad un comportamento nel quale si mani-festa l’esercizio di un vero e proprio diritto, la sua astensione da qualsiasi iniziativa di segno contrario diviene doverosa, potendo, diversamente, configurarsi a suo carico persino gli estremi di un reato”.

La soluzione, tratta dai principi costituzionali, relativa al rifiuto di cure ed al dovere del medico di astenersi da ogni attività diagnostica o terapeutica se manchi il consenso del paziente, anche se tale astensione possa provocare la morte, trova conferma nelle prescrizioni del codice di deontologia medica: ai sensi del citato art. 35, «in presenza di documentato rifiuto di persona capace», il medico deve «in ogni caso» «desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona». Inoltre tale soluzione è legislativamente sancita in altri ordinamenti europei. Significativo in questa direzione è l’art. 1111-10 del code de la santé publique francese, inserito dalla legge n. 2005-370 del 22 aprile 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, a tenore del quale «Lorsqu’une personne, en phase avancée ou terminale d’une affection grave et incurable, quelle qu’en soit la cause, décide de limiter ou d’arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l’avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical».

Né la configurabilità di un dovere dell’individuo alla salute, comportante il dovere del paziente di non rifiutare cure e terapie che consentano il mantenimento in vita, può ricavarsi dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo 29 aprile 2002, nel caso Pretty c. Regno Unito. La Corte di Strasburgo afferma che l’art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuto nella Convenzione diventa inutile, precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un diritto di morire, né, per l’altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita. Siffatto principio – che il Collegio condivide pienamente e fa proprio – è utilizzato dalla Corte di Strasburgo non già per negare l’ammissibilità del rifiuto di cure da parte dell’interessato, ma per giudicare non lesivo del diritto alla vita il divieto penalmente sanzionato di suicidio assistito previsto dalla legislazione nazionale inglese ed il rifiuto, da parte del Director of Public Prosecutions, di garantire l’immunità dalle conseguenze penali al marito di una donna paralizzata e affetta da malattia degenerativa e incurabile, desiderosa di morire, nel caso in cui quest’ultimo le presti aiuto nel commettere suicidio. Coerentemente con tale impostazione, la stessa sentenza della Corte europea ha cura di sottolineare: 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 (diritto alla vita privata); e che una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita.

Analogamente, secondo la sentenza 26 giugno 1997 della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso Vacco e altri c. Quill e altri, ciascuno, a prescindere dalla condizione fisica, è autorizzato, se capace, a rifiutare un trattamento indesiderato per il mantenimento in vita, mentre a nessuno è permesso di prestare assistenza nel suicidio: il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari si fonda sulla premessa dell’esistenza, non di un diritto generale ed astratto ad

accelerare la morte, ma del diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati.

7. – Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza.

Anche in tale situazione, pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali (cfr. Corte cost., sentenza n. 347 del 1998, punto n. 4 del Considerato in diritto).

7.1. – Risulta pacificamente dagli atti di causa che nella indicata situazione si trova XXX YYY, la quale giace in stato vegetativo persistente e permanente a seguito di un grave trauma cranico-encefalico riportato a seguito di un incidente stradale (occorso quando era ventenne), e non ha predisposto, quando era in possesso della capacità di intendere e di volere, alcuna dichiarazione anticipata di trattamento.

Questa condizione clinica perdura invariata dal gennaio 1992.

In ragione del suo stato, XXX, pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare.

La sopravvivenza fisica di XXX, che versa in uno stato stabile ma non progressivo, è assicurata attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiali somministrate attraverso un sondino nasogastrico.

XXX è stata interdetta ed il padre è stato nominato tutore.

7.2. – In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l'effettuazione di quei-gli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente.

E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, 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, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati.

Centrale, in questa direzione, è la disposizione dell'art. 357 cod. civ., la quale – letta in connessione con l'art. 424 cod. civ. –, prevede che «Il tutore ha la cura della persona» dell'interdetto, così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace. Poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno (artt. 404 e ss. cod. civ., introdotti dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6), dovendo il decreto di

nomina contenere l'indicazione degli atti che questa è legittimata a compiere a tutela degli interessi di natura anche personale del beneficiario (art. 405, quarto comma, cod. civ.).

A conferma di tale lettura delle norme del codice può richiamarsi la sentenza 18 dicembre 1989, n. 5652, di questa Sezione, con la quale si è statuito che, in tema di interdizione, l'incapacità di provvedere ai propri interessi, di cui all'art. 414 cod. civ., va riguardata anche sotto il profilo della protezione degli interessi non patrimoniali, potendosi avere ipotesi di assoluta necessità di sostituzione della volontà del soggetto con quella della persona nominata tutore pure in assenza di patrimoni da proteggere. Ciò avviene – è la stessa sentenza a precisarlo – nel caso del soggetto "la cui sopravvivenza è messa in pericolo da un suo rifiuto (determinato da infermità psichica) ad interventi esterni di assistenza quali il ricovero in luogo sicuro e salubre od anche il ricovero in ospedale" per trattamenti sanitari: qui il ricorso all'(allora unico istituto dell')interdizione è giustificato in vista dell'esigenza di sostituire il soggetto deputato a esprimere la volontà in ordine al trattamento proposto. E, sempre nella medesima direzione, possono ricordarsi le prime applicazioni dei giudici di merito con riguardo al limitrofo istituto dell'amministratore di sostegno, talora utilizzato, in campo medico-sanitario, per assecondare l'esercizio dell'autonomia e consentire la manifestazione di una volontà autentica là dove lo stato di decadimento cognitivo impedisca di esprimere un consenso realmente consapevole.

E' soprattutto il tessuto normativo a recare significative disposizioni sulla rappresentanza legale in ordine alle cure e ai trattamenti sanitari.

Secondo l'art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico), la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione, tra l'altro, che «sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante»: un consenso – prosegue la norma – che «deve rappresentare la presunta volontà del soggetto».

Ancora, l'art. 13 della legge sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194), disciplinando il caso della donna interdetta per infermità di mente, dispone: che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza, sia entro i primi novanta giorni che trascorso tale periodo, può essere presentata, oltre che dalla donna personalmente, anche dal tutore; che nel caso di richiesta avanzata dall'interdetta deve essere sentito il parere del tutore; che la richiesta formulata dal tutore deve essere confermata dalla donna.

Più direttamente – e con una norma che, essendo relativa a tutti i trattamenti sanitari, esibisce il carattere della regola generale – l'art. 6 della citata Convenzione di Oviedo – rubricato Protection des personnes n'ayant la capacité de consentir – prevede che «Lorsque, selon la loi, un majeur n'a pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour un motif similaire, la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi», precisando che «une intervention ne peut être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéficiaire direct». E – come esplicita il rapporto esplicativo alla Convenzione – quando utilizza l'espressione «pour un motif similaire», il citato art. 6 si riferisce alle situazioni, quali, ad esempio, gli stati comatosi, in cui il paziente è incapace di formulare i suoi desideri o di comunicarli.

Ora, è noto che, sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a

queste una lettura il più possibile ad esso conforme. Del resto, la Corte costituzionale, nell'ammettere le richieste di referendum su alcune norme della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernente la procreazione medicalmente assistita, ha precisato che l'eventuale vuoto conseguente al referendum non si sarebbe posto in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Corte cost., sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005): con ciò implicitamente confermando che i principi da essa posti fanno già oggi parte del sistema e che da essi non si può prescindere.

7.3. - Assodato che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità, si tratta di stabilire i limiti dell'intervento del rappresentante legale.

Tali limiti sono connaturati al fatto che la salute è un diritto personalissimo e che – come questa Corte ha precisato nell'ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 – la libertà di rifiutare le cure "presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive".

Ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli 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, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

L'uno e l'altro vincolo al potere rappresentativo del tutore hanno, come si è visto, un preciso referente normativo: il primo nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che impone di correlare al «bénéfice direct» dell'interessato la scelta terapeutica effettuata dal rappresentante; l'altro nell'art. 5 del d.lgs. n. 211 del 2003, ai cui sensi il consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica deve corrispondere alla presunta volontà dell'adulto incapace.

Non v'è dubbio che la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita.

Ma, al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte.

7.4. – Questa attenzione alle peculiari circostanze del caso concreto e, soprattutto, ai convincimenti espressi dal diretto interessato quando era in condizioni di capacità, è costante, sia pure nella diversità dei percorsi argomentativi seguiti, nelle decisioni adottate in altri ordinamenti dalle Corti nelle controversie in ordine alla sospensione delle cure (ed anche dell'alimentazione e idratazione artificiali) per malati in stato vegetativo permanente, in situazioni di mancanza di testamenti di vita.

Nel leading case in re Quinlan, la Corte Suprema del New Jersey, nella sentenza 31 marzo 1976, adotta la dottrina – seguita dalla stessa Corte nella sentenza 24 giugno 1987, in re Nancy Ellen Jobes – del substituted judgement test, sul rilievo che questo approccio è inteso ad assicurare che chi decide in luogo dell'interessato prenda, per quanto possibile, la decisione che il paziente incapace avrebbe preso se capace. Allorché i desideri di un capace non siano chiaramente espressi, colui che decide in sua vece deve adottare come linea di orientamento il

personale sistema di vita del paziente: il sostituto deve considerare le dichiarazioni precedenti del paziente in merito e le sue reazioni dinanzi ai problemi medici, ed ancora tutti gli aspetti della personalità del paziente familiari al sostituto, ovviamente con riguardo, in particolare, ai suoi valori di ordine filosofico, teologico ed etico, tutto ciò al fine di individuare il tipo di trattamento medico che il paziente prediligerebbe.

Nella sentenza 25 giugno 1990 nel caso Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti statuisce che la Costituzione degli USA non proibisce allo Stato del Missouri di stabilire "a procedural safeguard to assure that the action of the surrogate conforms as best it may to the wishes expressed by the patient while competent".

Nella sentenza 17 marzo 2003, il Bundesgerichtshof – dopo avere premesso che se un paziente non è capace di prestare il consenso e la sua malattia ha iniziato un decorso mortale irreversibile, devono essere evitate misure atte a prolungargli la vita o a mantenerlo in vita qualora tali cure siano contrarie alla sua volontà espressa in precedenza sotto forma di cosiddetta disposizione del paziente (e ciò in considerazione del fatto che la dignità dell'essere umano impone di rispettare il suo diritto di autodeterminarsi, esercitato in situazione di capacità di esprimere il suo consenso, anche nel momento in cui questi non è più in grado di prendere decisioni consapevoli) – afferma che, allorché non è possibile accertare tale chiara volontà del paziente, si può valutare l'ammissibilità di tali misure secondo la presunta volontà del paziente, la quale deve, quindi, essere identificata, di volta in volta, anche sulla base delle decisioni del paziente stesso in merito alla sua vita, ai suoi valori e alle sue convinzioni.

Nel caso Bland, l'House of Lords 4 febbraio 1993, utilizzando la diversa tecnica del best interest, perviene alla conclusione (particolarmente articolata nel parere di Lord Goff of Chieveley) secondo cui, in assenza di trattamenti autenticamente curativi, e data l'impossibilità di recupero della coscienza, è contrario al miglior interesse del paziente protrarre la nutrizione e l'idratazione artificiali, ritenute trattamenti invasivi ingiustificati della sua sfera corporea.

7.5. – 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, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente.

La tragicità estrema di tale stato patologico – che è parte costitutiva della biografia del malato e che nulla toglie alla sua dignità di essere umano – non giustifica in alcun modo un affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che il Servizio sanitario deve continuare ad offrire e che il malato, al pari di ogni altro appartenente al consorzio umano, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte. La comunità deve mettere a disposizione di chi ne ha bisogno e lo richiede tutte le migliori cure e i presidi che la scienza medica è in grado di apprestare per affrontare la lotta per restare in vita, a prescindere da quanto la vita sia precaria e da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive. Lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili.

Ma – accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno.

Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta.

All'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri

convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale.

Ad avviso del Collegio, la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi: quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; e sempre che tale condizione – tenendo conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona.

Per altro verso, la ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza – ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza – assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante, ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Il tutore ha quindi il compito di completare questa identità complessiva della vita del paziente, 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.

Da quanto sopra deriva che, in una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico di perdita assoluta della coscienza, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta, proveniente dal tutore che lo rappresenta, di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorché quella condizione, caratterizzante detto stato, di assenza di sentimento e di esperienza, di relazione e di conoscenza – proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità – si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza nella vita.

7.6. - Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche. Siffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale; trova il sostegno della giurisprudenza nel caso Cruzan e nel caso Bland; si allinea, infine, agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, la quale ricomprende il prelievo ematico – anch'esso "pratica medica di ordinaria amministrazione" – tra le misure di "restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo" (sentenza n. 238 del 1996).

8. – Diversamente da quanto mostrano di ritenere i ricorrenti, al giudice non può essere richiesto di ordinare il distacco del sondino nasogastrico: una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario, come quello di specie, che, in sé, non

costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione.

Piuttosto, l'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace; e, all'esito di un giudizio effettuato secondo la logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto, si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione soltanto (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

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.

9. – Nei limiti appena tratteggiati, il decreto impugnato non si sottrae alle censure dei ricorrenti.

Esso ha omesso di ricostruire la presunta volontà di XXX e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua personalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti.

Sotto questo profilo, la Corte territoriale – a fronte dell'indagine istruttoria, nella quale è stato appurato, per testi, che XXX, esprimendosi su una situazione prossima a quella in cui ella stessa sarebbe venuta, poi, a trovarsi, aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma – si è limitata a osservare che quei convincimenti, manifestatisi in un tempo lontano, quando ancora XXX era in piena salute, non potevano valere come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale in ordine ai trattamenti praticati sul suo corpo.

Ma i giudici d'appello non hanno affatto verificato se tali dichiarazioni – della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di XXX e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive; e quindi hanno omesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia.

Tale accertamento dovrà essere effettuato dal giudice del rinvio, tenendo conto di tutti gli elementi emersi dall'istruttoria e della convergente posizione assunta dalle parti in giudizio (tutore e curatore speciale) nella ricostruzione della personalità della ragazza.

10. – Assorbito l'esame della questione di legittimità costituzionale, i ricorsi sono accolti, nei

sensi di cui in motivazione e nei limiti in essa indicati.

Ne segue la cassazione del decreto impugnato e il rinvio della causa ad una diversa Sezione della Corte d'appello di Milano.

Detta Corte deciderà adeguandosi al seguente principio di diritto:

«Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle 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 in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, 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 e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

11. – Ricorrendo i presupposti di cui all'art. 52, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), a tutela dei diritti e della dignità delle persone coinvolte deve essere disposta, in caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'omissione delle indicazioni delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati riportati nella sentenza.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, li accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione; cassa il decreto impugnato e rinvia la causa a diversa Sezione della Corte d'appello di Milano.

Dispone che, in caso di diffusione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati riportati nella sentenza.