

Al Tribunale Civile di Roma

Il Pubblico Ministero,

titolare di azione diretta nel procedimento di seguito indicato ai sensi degli artt. 69 cpc e 73 u.c. R.D. 30.1.1941, n. 12;

propone il seguente reclamo avverso il provvedimento del Tribunale di Roma - Sez. I Civile - in composizione monocratica, del 15.12.2006, depositato il 16.12.2006, provvedimento con il quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso ex artt. 669 ter e 700 c.p.c., proposto dal sig. Piergiorgio Welby nei confronti della Antea Associazione Onlus e del dott. Giuseppe Casale, per i seguenti motivi:

1. L'ordinanza è affetta da una palese contraddizione.

Il ragionamento del giudice di prime cure muove dalla ricostruzione - corretta ed esauriente - del quadro giuridico relativo al principio dell'autodeterminazione e del consenso informato, a ragione definito come "grande conquista civile delle società culturalmente evolute" in quanto permette alla persona "di decidere autonomamente e consapevolmente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se ed a quali cure sottoporsi" (il "consenso informato" consente perciò la diversa allocazione, dal medico al paziente, del potere di scelta in ordine alle cure mediche).

Si legge ancora nell'ordinanza che tale canone, giustamente desunto dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. (costituendo sviluppo della tutela e promozione dei diritti fondamentali della persona, della sua dignità ed identità, della libertà personale e della salute), è stato inteso nella sua più ampia estensione dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale, nel senso che "qualsiasi atto invasivo della sfera fisica, sia di natura terapeutica che non terapeutica, non può avvenire senza o contro il consenso della persona interessata, in quanto l'"inviolabilità fisica" costituisce il 'nucleo essenziale' della stessa libertà personale; mentre l'imposizione di un determinato trattamento sanitario può essere giustificato solo se previsto da una legge che lo prescrive in funzione di tutela di un interesse generale e non a tutela della salute individuale e se è comunque garantito il rispetto della 'dignità' della persona (art. 32 Cost.)". Viene pertanto precisato (sulla base di elementi quali la giurisprudenza della Corte di cassazione, le indicazioni del Codice di deontologia medica, la Convenzione di Oviedo e il parere del Comitato nazionale per la bioetica del dicembre 2003) che il paziente è titolare del "diritto [...] di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interrompere la terapia, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, in cui deve ritenersi riconosciuta all'individuo la libertà di scelta del come e del quando concludere il ciclo vitale, quando ormai lo spegnimento della vita è ineluttabile, la malattia è incurabile e per mettere fine alle proprie sofferenze".

Con particolare riferimento alle scelte di trattamento medico di fine vita nei malati terminali, il "consenso informato" e il principio di autodeterminazione sono correttamente collegati al c.d. accanimento terapeutico (definito dal Comitato di bioetica come "un trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunge la presenza di un rischio elevato per il paziente di ulteriori sofferenze, in un contesto nel quale l'eccezionalità dei mezzi adoperata risulta

chiaramente sproporzionata rispetto agli obiettivi"), il cui divieto si fonda su solide basi di diritto positivo.

Senonché l'ordinanza, sin qui del tutto condivisibile, appare incorrere in una contraddizione allorquando procede alla disamina del lato attivo del rapporto medico-paziente e alla individuazione delle modalità di "attuazione pratica del . diritto del paziente ad 'esigere' e a 'pretendere' che sia cessata una determinata attività medica di mantenimento in vita ., in quanto reputata di mero accanimento terapeutico".

Afferma in proposito il giudice che su questo versante del rapporto i concetti di riferimento "sono indeterminati e appartengono ad un campo ancora non regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del Giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento".

Ciò in quanto nel nostro ordinamento: a) mancherebbe una definizione condivisa ed accertata dei concetti di "futilità", di ingiustificatezza o sproporzione del trattamento, di insostenibilità della qualità della vita; b) né esisterebbero linee-guida (tecniche ed empiriche) di orientamento dei comportamenti dei medici, atte a riempire di contenuto il diritto a far cessare l'accanimento con la richiesta di interruzione della terapia di sostentamento vitale.

L'inesigibilità del diritto viene allora motivata sul rilievo della impossibilità di tutelare in concreto il diritto stesso, pur sussistente in capo al titolare, così negando al ricorrente la possibilità di ottenere l'interruzione del trattamento previa somministrazione della sedazione terminale. La pretesa non sarebbe cioè realizzabile in modo coattivo, alla luce della sussistenza di una sfera di "totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta, alla sua coscienza individuale, alle sue interpretazioni soggettive dei fatti e delle situazioni, alle proprie concezioni etiche, religiose e professionali". Di modo che, in conclusione, sarebbe da escludere la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito (con conseguente inammissibilità della domanda cautelare per difetto di strumentalità), spettando al legislatore l'individuazione "degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato 'accanimento terapeutico'".

In altre parole, il giudice conclude sostenendo che il paziente ha sì il diritto di richiedere la interruzione della respirazione assistita e del distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, ma questo diritto non è tutelato dall'ordinamento e pertanto la richiesta di farlo valere in sede giudiziaria è inammissibile.

Questi assunti dimostrano il vizio logico dell'ordinanza, che dalla premessa (corretta) secondo cui nel nostro ordinamento esiste un divieto di accanimento terapeutico e un correlativo diritto di pretenderne la cessazione, perviene a una conclusione (del tutto erronea) per cui questo diritto non può essere tutelato a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative.

Sul piano della teoria generale non può esistere un diritto soggettivo perfetto (come quello riconosciuto in capo al ricorrente) insuscettibile di tutela, perché è proprio la possibilità di azionare la pretesa in un giudizio a qualificare la posizione di diritto soggettivo.

In altri termini, il diritto soggettivo o esiste o non esiste; se esiste, non potrà non essere tutelato, incorrendo altrimenti l'organo di giustizia in un inammissibile non liquet, con l'effetto di lasciare senza risposta un pretesa, giuridicamente riconosciuta alla stregua di fondamentali principi indicati dallo stesso Giudice nel provvedimento impugnato

Dispone in tal senso l'art. 24 Cost. "(tutti possono agire in giudizio per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi), che dalla giurisprudenza costituzionale è costantemente inteso nel senso che il processo deve garantire la tutela di tutte quelle utilità e beni della vita riconosciuti dal diritto sostanziale, secondo un legame messo chiaramente in luce dalla fondamentale sentenza C. cost. 14 luglio 1986, n. 184 (sul risarcimento del danno biologico).

Peraltro, sovente è lo stesso legislatore a lasciare alla giurisprudenza la specificazione del diritto, soprattutto con riguardo alla protezione di beni soggetti a cambiamenti dipendenti da fattori esterni, per la capacità della giurisprudenza di adattare alle situazioni concrete i principi di base rinvenibili nella Costituzione o nei principi fondamentali, ovvero nei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario o dagli obblighi internazionali.

Sembra, infine, esulare dalla controversia il noto problema della esecuzione degli obblighi infungibili (dal momento che non si versa in presenza né di un obbligo di fare "materialmente infungibile", cioè non realizzabile senza la volontà dell'obbligato, né di un obbligo complesso, né di un obbligo di fare comportante peculiari difficoltà o complessità qualitative nell'esecuzione da parte di un terzo, né di un obbligo il cui adempimento dipende dal fatto di un terzo diverso dal debitore, né di un obbligo per il quale è rilevante la persona del debitore).

2. La riconducibilità della pretesa in esame alla categoria del diritto soggettivo tutelabile in giudizio, poi, deriva pienamente dalla pacifica giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione diretta dei diritti costituzionali nei rapporti intersoggettivi (c.d. *Drittwirkung*; espressamente prevista, ad es., dall'art. 1 della Grundgesetz della Repubblica federale tedesca del 1949), la cui possibilità è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale (v., sul diritto alla salute, sentt. n. 122/1970 e n. 88/1979, sul diritto alla retribuzione minima, sentt. n. 156/1971 e n. 177/1984), oltre che dai giudici ordinari, e trova un fondamento normativo nel principio dell'art. 2 Cost. secondo cui " la Repubblica garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" (è stato detto giustamente che l'applicazione diretta della Costituzione rende questo testo "idoneo a soddisfare in modo diretto, senza la necessaria intermediazione legislativa, la domanda di giustizia che proviene dalla società").

La "realizzazione" della persona umana è assunta quale principio fondamentale della Repubblica (art.2. Cost), il che significa che la giustiziabilità di interessi fondamentali della persona può prescindere dalla mediazione legislativa e reclamare una diretta tutela giurisdizionale affermando la precettività diretta di alcune norme costituzionali, in particolare il diritto alla salute (v. in dottrina L. Francario e, sulla riconosciuta possibilità di tutela specifica e diretta del diritto alla salute M. Bessone e E.Roppo, F.Busnelli e U.Breccia, Lucani).

3. Né, infine, si può opporre l'inesistenza di specifiche disposizioni del Codice di deontologia medica o, per converso, l'esistenza di disposizioni

che, nel caso di pericolo di vita, costituiscono in capo ai medici "un preciso obbligo giuridico di garanzia" avente ad oggetto il curare e mantenere in vita il paziente (artt. 35 e 37 cod. deont.). Si è già detto, infatti, che dal combinato disposto degli artt. 32 e 13 Cost. si evince l'esistenza di un vero e proprio "diritto a non curarsi", ossia di una assoluta libertà del paziente di rifiutare le cure mediche, lasciando che la malattia faccia il suo corso.

Il medico, dunque, ha la potestà o la facoltà di curare e non il diritto di curare. In questo senso, la facoltà di scelta riconosciuta al paziente -ossia, se curarsi o meno- è solo apparentemente in contrasto con la funzione del medico che ha come sua unica finalità la tutela della vita e dell'integrità fisica del suo assistito, poiché di fronte a situazioni, come quella in esame, dell'inutilità delle cure per la prospettiva dell'inevitabilità della morte riconosciuta dallo stesso dott. Casale, non si tratta di agevolare un "diritto a morire", questione qui assolutamente non pertinente e del tutto fuori luogo, bensì di una scelta cosciente tesa ad evitare ulteriori ed inutili sofferenze al paziente irrimediabilmente malato.

Del resto, lo stesso codice di deontologia medica sembra imporre atteggiamenti di questo tipo quando, all'art. 37, statuisce che "in caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve limitare la sua opera all'assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutili sofferenze, fornendo al malato trattamenti appropriati, per quanto possibile, alla qualità della vita".

E pare a questo P.M. che la linea di condotta del dott. Casale e della associazione alla quale il medesimo appartiene, si ispiri al predetto canone deontologico, quando si dichiara disponibile, con riguardo al caso Welby, come risulta dal verbale di interrogatorio libero del predetto dott. Casale, a praticare una sedazione continuativa per consentire il naturale spegnimento del paziente senza traumi.

Ed allora non si comprende proprio la posizione del già citato dott. Casale e, per riflesso, quella sussunta dal Giudice di prime cure nel proprio provvedimento. Infatti, se esiste, come riferito dal dott. Casale (esperto di malati terminali), una consolidata tendenza a non perseverare nelle cure di fronte a tutte quelle situazioni in cui la morte è palesemente inevitabile, tanto che si viene incontro al malato con cure palliative di tipo sedativo per consentire il declino naturale del paziente, perché ciò non è possibile nel caso del sig. Welby, che chiede proprio questo, con l'aggiunta di interrompere il respiratore artificiale, che rappresenta un trattamento assolutamente inutile sul piano terapeutico.

A questa domanda il Giudice non può sottrarsi, avendo tutti gli strumenti necessari per arrivare ad una pronuncia di merito.

P.Q.M.

Chiede

Che il Tribunale, in riforma, dell'ordinanza emessa dal giudice dott.ssa Salvio, voglia affermare l'esistenza del diritto del ricorrente ad interrompere il trattamento terapeutico non voluto, con le modalità richieste, e per l'effetto emanare i provvedimenti opportuni ai sensi dell'art. 669 duodecies cpc.

Roma, 19 dicembre 2006

IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA