

I casi Englaro e Welby: diritto e fine della vita fuori dei 'casi di scuola'

M. Cristina Barbieri

ABSTRACT

Lo scritto prende in considerazione i casi giudiziari Englaro e Welby, muovendo dalla sentenza della Corte di Cassazione sul primo dei due casi per enuclearne i principi che ne informano lo schema argomentativo, principi sottesi anche alla sentenza sul caso Welby. L'uno e l'altro caso vengono presi in considerazione sotto il profilo penalistico, considerando anche la recente conclusione in sede penale del caso Englaro. Lo scritto si sofferma sulle differenze 'fattuali' tra i due casi e sulle conseguenze giuridico - penali che ne derivano sul piano della 'posizione di garanzia' del medico.

PAROLE CHIAVE

ENGLARO;
WELBY;
AUTODETERMINAZIONE;
TRATTAMENTI MEDICI;
DIRITTI FONDAMENTALI;
LIBERTÀ PERSONALE.

INTRODUZIONE

I due casi di cui ci si occupa in queste pagine hanno creato indubbiamente un turbamento nell'opinione pubblica, obbligata a riflettere sul momento di morire, sul significato delle cure mediche, sul valore delle scelte individuali. A più di due anni dall'emanazione delle due sentenze sui casi che hanno provocato reazioni scomposte in un parlamento in larga parte impreparato ad affrontare tematiche giuridiche così complesse, una riflessione si impone ancora al giurista, e in particolare al penalista, nella speranza che i problemi posti dal 'finevita' possano essere affrontati in futuro con la razionalità e l'umanità che meritano.

I due casi, Welby e Englaro, presentavano profili problematici differenti sotto l'aspetto giuridico, sia civilistico sia penalistico.

Mentre il caso Englaro ha trovato una progressiva elaborazione in sede civile nell'arco di quasi dieci anni, il caso Welby ha avuto la sua soluzione in un tempo piuttosto rapido tra giudizio civile

e penale, trovando però nel solo giudizio penale una sede di approfondimento dei problemi.

Accomunati dall'assenza di una legge apposita che 'consentisse' di porre fine ai trattamenti medici, i due casi hanno trovato una soluzione nelle sentenze della magistratura, che ha saputo così svolgere fino in fondo il proprio compito di applicare le leggi esistenti.¹

¹ E' bene chiarire infatti che la sent. Cass. Sez. I civile n. 21748 che aveva dettato le condizioni per la sospensione del trattamento di Eluana Englaro non ha agito esercitando una arbitraria supplenza giudiziaria: contro tale pronuncia e contro la decisione della Corte d'Appello di Milano che autorizzava la sospensione del trattamento è stato sollevato un conflitto di attribuzioni che la Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibile con Ord. 8 ottobre 2008, n. 334 pubblicato in "Cassazione penale", 2009, pp. 876 ss. Cfr. sul punto R. Romboli, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in "Foro Italiano", 2009, I, cc. 49 ss. R. Bin, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino?* In www.forumcostituzionale.it parla di "ricorso privo di qualunque fondamento giuridico". Anche l'impugnazione proposta contro il decreto autorizzativo della Corte d'Appello di Milano dal Procuratore generale alle Sezioni Unite

Tuttavia crediamo che sia rimasta nell'opinione pubblica, ma anche nell'opinione di qualche giurista, l'idea che, in nessuno dei due casi la magistratura abbia agito 'secondo le regole', che non abbia, fuor di metafora, rispettato la legge penale, arrogandosi un potere di decidere, in violazione della divisione dei poteri, anche *contra legem*.

Spesso infatti si sono 'sbandierati' i tre possibili reati previsti nel codice penale che possono venire in considerazione: l'art. 575, omicidio volontario, l'art. 579, omicidio del consenziente, l'art. 580 Istigazione e aiuto al suicidio, quasi che la magistratura ne ignorasse l'esistenza².

Ora che entrambi i casi si sono conclusi con il riconoscimento della piena liceità del comportamento di interruzione del trattamento medico, vorremmo in questo breve lavoro ripercorrere i momenti principali di queste due vicende umane e giudiziarie, per darne una valutazione più distaccata di quanto non sia avvenuto quando la vicenda giudiziaria era ancora in corso, cercando di individuare, in modo sintetico, quali sono le ripercussioni che queste vicende hanno lasciato, quali problemi restano ancora irrisolti e quali rischi di nullificazione dei risultati raggiunti possono profilarsi.

Dedichiamo dunque la prima parte di questo breve lavoro al caso Englaro, la seconda al caso Welby, la terza alle considerazioni conclusive.

I

§1. La lunga lotta per il diritto. E' a tutti noto che la vicenda giudiziaria di Eluana e Beppino Englaro si è instaurata per iniziativa di quest'ultimo che, dopo aver ottenuto l'interdizione della figlia ed esserne stato nominato tutore ai sensi degli artt. 357 e 424 c.c., nel lontano 1999 presentò al Tribunale di Lecco un ricorso con il quale chiedeva l'autorizzazione alla sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale (NIA) e di tutte quelle cure della Corte di Cassazione è stata dichiarata *inammissibile*: Corte di Cassazione, sezioni unite civili, 13 novembre 2008, n. 27145, in "Foro italiano", I, 2009, c.35. Sulla legittimità della 'creatività' dei giudici S. Bartole, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, p. 15.

² Cfr. il commento 'a caldo' di F. Gazzoni, *La Cassazione riscrive la norma sull'eutanasia*, in www.judicium.it/news_file/news_saggi.php.

che, come ad es. le vitamine, assicuravano alla figlia Eluana, in condizioni di Stato Vegetativo Permanente (SVP) dal gennaio 1992 la sopravvivenza su un piano puramente biologico. Il Tribunale di Lecco con decreto depositato il 2 marzo 1999 dichiarò inammissibile il ricorso con una motivazione, che può essere definita una motivazione basata su standard³:

"La richiesta contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento vigente, rispetto ai quali ogni forma di eutanasia appare non altro che un inaccettabile tentativo di giustificazione della tendenza della comunità, incapace di sostenere adeguatamente i singoli costretti ad una misura di estrema dedizione nei confronti dei malati senza speranza di guarigione, a trascurare i diritti dei suoi membri più deboli ed in particolare di quelli che non siano più nelle condizioni di condurre una vita cosciente, attiva e produttiva;

l'art. 2 Cost. tutela il diritto alla vita come primo fra tutti i diritti inviolabili dell'uomo, la cui dignità attinge dal valore assoluto della persona e prescinde dalle condizioni anche disperate in cui si esplica la sua esistenza;

l'indisponibilità del diritto alla vita da parte dello stesso titolare, desumibile dall'art. 579 c. p. che incrimina l'omicidio del consenziente, rende inconcepibile la possibilità che un terzo rilasci validamente il consenso alla soppressione di una persona umana incapace di esprimere la propria volontà;

nel caso in esame la sospensione dell'alimentazione artificiale si risolve nella soppressione del malato per omissione nei suoi confronti del più elementare dei doveri di cura e di assistenza"

A distanza di quasi otto anni, nel terzo procedimento proposto da Beppino Englaro, il giudizio arriva alla Corte di Cassazione sez. I civile

³ Il giudice adotterebbe, secondo la teoria cd. della 'giustificazione basata su standard', un criterio decisionale che esiste nella "coscienza sociale collettiva, o semplicemente nel senso comune". Ma, la giustificazione basata su questo criterio, anche se vero, non è adeguata se il giudice non la arricchisce delle "ragioni che fondano l'impiego del criterio nel caso particolare": M. Taruffo, *La giustificazione delle decisioni fondate su standard*, in M. Bessone, R. Guastini (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, pp. 278 ss.

che con la sentenza 4 ottobre 2007, n. 21748, da cui estraiano una massima, segna una svolta nella lunga vicenda giudiziaria:

“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 e 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”

La massima estratta, contenente il punto di diritto, non apre che uno spiraglio sulla complessità della lunga motivazione della sentenza che, per ricchezza di contenuti e per sensibilità, non solo giuridica, si pone come una delle sentenze

più significative emanate nel nostro paese⁴.

Lo schema decisionale che sottosta a questa sentenza può essere, in questa sede, solo accennato: la Corte opera un bilanciamento di interessi nel quale prevale il diritto all'autodeterminazione nel rifiuto dei trattamenti medici sul diritto alla conservazione della vita, prevalenza che si dà in presenza delle sole condizioni del caso deciso dalla Corte⁵.

Il diritto a rifiutare un trattamento medico è infatti un diritto soggettivo perfetto che, fondantesi sull'art. 32 della Costituzione, non può non ricevere immediata tutela.

“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”⁶.

Uno degli aspetti che ha suscitato più critiche è la riconosciuta estensione dei poteri del tutore fino alla decisione della sospensione di un trattamento essenziale per la vita del tutelato.

A questo proposito è bene osservare che la legittimazione del tutore a chiedere un'autorizzazione alla sospensione di trattamenti anche vitali non era peraltro più stata messa in discussione dal tempo del primo decreto con cui la Corte d'Appello di Milano nel 2001⁷, pur rigettando nel merito il ricorso proposto contro il decreto del Tribunale di Lecco, aveva appunto ritenuto che il tutore che, ai sensi dell'art. 357 c.c. ha la

4 Cfr. S. Rodotà, *Chi decide sul morire*, in *Repubblica*, 25 ottobre 2007, p. 26

5 Sul bilanciamento di interessi cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden, 1985, pp. 82 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 39 ss.

6 Così la sentenza p. 38 del testo originale. Cfr. per tutti R. Romboli, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in “Quaderni costituzionali”, 2009, p. 91.

7Cfr. Corte d'Appello di Milano 31 dicembre 1999, in “*Foro Italiano*”, 2000, I, cc. 2022 ss con nota adesiva di G. Ponzanelli, *Eutanasia passiva: sì, se c'è accanimento terapeutico* e, parzialmente critica, di A. Santosuosso, *Novità e remore sullo “stato vegetativo persistente”*.

“cura” della persona, fosse la figura legittimata dalla legge a chiedere anche un provvedimento così personale come la cessazione delle cure mediche quando questo corrispondesse alla volontà a suo tempo espressa dal soggetto tutelato.

Del resto, il criterio del “miglior interesse”, cui la Corte di Cassazione esplicitamente si riferisce, è quello che anche attualmente viene considerato come il criterio che deve orientare le scelte dell’amministratore di sostegno⁸ e non può che improntarsi, qualunque sia l’oggetto della decisione, alle aspirazioni, ai desideri, alla personalità della persona di cui ci si prende cura.

La possibilità di “dare voce” attraverso la tutela, e ora attraverso l’amministrazione di sostegno, anche a chi non può più esprimersi sembra alla Corte di Cassazione un dato da cui non si può prescindere per fondamentale rispetto del principio di uguaglianza.

Diversamente, le persone che non possono esprimere una volontà attuale riguardo ai trattamenti medici, sarebbero completamente soggette alla volontà dei medici e al loro operato, in palese contrasto con quanto richiesto dalla Convenzione del Consiglio d’Europa sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997 e resa esecutiva con la legge di

8 Sulla figura dell’amministratore di sostegno ci limitiamo a rimandare a S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell’amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in “Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2004, pp. 29 ss., in particolare p. 47 dove l’Autore afferma che il riferimento, di cui all’art. 410 c.c., alle “aspirazioni” della persona sottoposta all’amministrazione di sostegno, in stretta relazione con la “cura” della stessa “non potrà che riflettersi sulla valutazione relativa alla corrispondenza all’interesse del medesimo dell’atto dell’amministratore: valutazione che perciò è da escludere possa essere condotta alla stregua di meri parametri oggettivi”. Si vedano inoltre con riferimento agli albori della riforma P. Cendon, *Infermi di mente e altri “disabili” in una proposta di riforma del codice civile*, in “Politica del diritto”, 1987, pp. 621 ss. e A. Venchiarutti, *La protezione civilistica dell’incapace*, Milano, 1995, p. 365-367 in cui l’Autore manifestava le sue perplessità sull’interdizione a favore dell’introduzione di un istituto meno invalidante; oggi, *de iure condendo*, P. Cendon, S. Rossi, *L’amministrazione di sostegno va rafforzata, l’interdizione abrogata*, in “Politica del diritto”, 3/2007, pp. 503 ss.

autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, che all’art. 6 recita:

“quando, secondo la legge, un maggiore d’età non ha, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, la capacità di esprimere un consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l’autorizzazione del suo rappresentante, di un’autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge”

A questo proposito, la Corte di Cassazione aveva in un precedente giudizio richiesto ai ricorrenti di integrare il contraddittorio nominando un curatore speciale che dovesse accertare l’eventuale esistenza di un conflitto di interessi tra tutore e tutelato.

La Corte di Cassazione prende dunque “sul serio” la Convenzione e i diritti che essa attribuisce alla persona, potendo anche contare su molti elementi di diritto interno che, in tempi diversi, hanno enunciato il principio secondo il quale deve essere sempre acquisito il consenso informato del paziente e nessun trattamento medico può essere iniziato o proseguito contro la volontà dello stesso.⁹

Certo, per un malato che si trovasse nelle condizioni di Eluana Englaro, non poteva essere acquisita una volontà attuale.

Per questa ragione la Corte dà molta importanza alla ricostruzione della volontà della persona, raccomandando proprio nel ‘punto di diritto’ che si portino 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, cor-

9 I riscontri normativi che riportiamo di seguito dovrebbero far comprendere come siano estremamente infondate le critiche secondo le quali la Corte di Cassazione avrebbe deciso ‘scavalcando il legislatore’: art. 1 l. 13 maggio 1978, n. 180 in materia di “accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”; art. 33 l. 23 dicembre 1978 n. 833, “istituzione del servizio sanitario nazionale”; art. 6 l. 19 febbraio 2004 n. 40 relativa alle “Norme in materia di procreazione assistita”; art. 3 l. 21 ottobre 2005 n. 219 sulla “Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati”.

rispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona”.

In questo modo la Corte vuole dare risalto alla persona, alla sua esperienza di vita, e va da sé che la prova testimoniale nel giudizio civile sembra a questo proposito affatto inadatta a ricostruire il mondo di esperienza¹⁰ di una persona e a far emergere così le sue affermazioni da quella rete di affetti che hanno costituito la sua vita di relazione e a cui ha affidato il proprio convincimento.¹¹

Il tutore non sostituisce, in questo modo, la propria visione alla visione del tutelato, agisce non ‘per l’incapace’ ma ‘con l’incapace’.¹²

La strada scelta dalla Corte di voler far dipendere dalla ricostruzione della volontà della persona la sospensione del trattamento

10 R. Dworkin, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994, pp. 277 ss. agli ‘interessi di esperienza’ si riferisce la Corte a p. 50, 7.4 della motivazione.

11 Nella prospettiva civilistica in difesa della ricostruzione effettuata dalla Corte di Cassazione cfr. F. D. Busnelli, *Il caso Englaro in Cassazione*, in “Famiglia, persone e successioni”, dicembre 2008, pp. 966 ss. A conferma della nostra convinzione sulla idoneità della prova testimoniale a ricostruire la volontà rimandiamo a M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in A. Cicu, F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, t. 2, sez. I, Milano, 1992, pp. 121 ss.; pp. 136 ss.; pp. 253 ss.; pp. 281 ss. L’obiezione sollevata contro la ricostruzione della volontà riguardante proprio la difficoltà di portare una prova appare, secondo noi, quindi superabile: cfr. invece S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in “Diritto penale e processo”, 12/2007, p. 1566; F. Viganò, *L’interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione artificiali nel malato in stato vegetativo permanente: la prospettiva penalistica*, in www.forumcostituzionale.it, p. 18, sito consultato il 10 marzo 2010, ritiene estremamente problematica la soluzione adottata dalla Corte di affidare al tutore, o comunque al rappresentante, la scelta sull’interruzione del trattamento, pur sulla base della ricostruzione della volontà del paziente, preferendo invece la soluzione ‘inglese’ che affida interamente ai medici la decisione di dismettere il trattamento sulla base della ritenuta sua ‘futilità’: cfr. *Airedale N.H.S. Trust-v-Bland*, 4 February 1993 in www.swarb.co.uk/c/hl/1993airedale_bland.html. Sul caso Bland si veda A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1995², pp. 416 ss.

12 Così testualmente la sentenza della Corte di Cassazione a p. 45 del testo originale.

della NIA è una scelta che, a suo tempo, anche il Bundesgerichtshof – la Corte di Cassazione tedesca - aveva intrapreso.

E’ del 2003 la prima sentenza del BGH¹³ con cui si riconobbe la piena legittimità sul piano civile della interruzione della NIA su richiesta del rappresentante del paziente e fondata sulla di lui pregressa volontà, anche non tradotta in uno scritto.

E questa sembra, a leggere per bene la sentenza, anche l’unica possibilità che lasci la Corte di Cassazione per raggiungere il risultato della sospensione del trattamento.¹⁴

Diversamente invece si erano espressi i Lords quando nel 1993 nel “leading-case Bland” avevano ritenuto che, in assenza di una volontà espressa sul punto dal paziente prima di cadere in SVP, il parere dei medici, e quindi la prognosi dello stato di ‘irreversibilità’ e la ritenuta ‘futilità’ del trattamento di NIA, sarebbe stata determinante¹⁵.

La Corte d’Appello di Milano nel luglio 2008¹⁶ svolse, come richiesto dalla Corte di

13 BGH, Beschluss v. 17. 3. 2003, in “Juristen Zeitung”, 2003, p. 734, con nota di A. Spickhoff, p. 739.

14 Sui rapporti tra ricostruzione della volontà e dichiarazioni anticipate di trattamento in rapporto ai principi enunciati dalla Corte di Cassazione si veda F.D. Busnelli, *Il caso Englaro*, cit, pp. 967-968.

15 Si veda la nota 11.

16 Corte d’Appello di Milano, sez. I, 25 giugno / 9 luglio 2008 in “Corriere giuridico”, n. 9/2008, pp. 1281 ss.. La Corte non ritiene invece di esperire un nuovo accertamento diagnostico sulla paziente, potendo contare sui ripetuti a distanza di anni accertamenti effettuati dal medico curante Prof. Carlo Alberto Defanti. Per un commento al decreto della Corte d’Appello di Milano si veda F. Viganò, *L’interruzione di trattamenti di sostegno vitale dall’angolo visuale del penalista: riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in “Diritto penale e processo”, 2008, pp.1085 ss. Una descrizione della situazione clinica di Eluana Englaro si può trovare in C. Lalli, *Qualche domanda a Carlo Alberto Defanti su Eluana Englaro*, in www.personaedanno.it; della letteratura scientifica ci limitiamo a citare *The vegetative State: guidance on diagnosis and management. Report of a working Party of the Royal College of Physicians*, in “Clinical medicine”, 3/2003, pp. 249-254. Per ulteriori riferimenti bibliografici scientifici e per una descrizione clinica delle cure prestate a un paziente in SVP tratta dalla succitata fonte ci permettiamo di rimandare a M.C. Barbieri, *Stato vegetativo permanente: una sindrome ‘in cerca di un nome’ e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sent. Cass. 4 ottobre 2007, sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2008, in particolare pp. 392 ss.

Cassazione, una istruttoria volta ad accertare la corrispondenza alla personalità di Eluana delle dichiarazioni da lei a suo tempo effettuate in occasione della morte di un amico, dichiarazioni già provate attraverso dichiarazioni testimoniali giudicate attendibili dalla Corte d'Appello nel 2006, ma che quella stessa Corte aveva disatteso perché pronunciate 'in giovane età'.

Proprio questo aspetto aveva 'cassato' la Suprema Corte, inserendo nel punto di diritto l'obbligo del giudice del rinvio di accertare la corrispondenza di quelle dichiarazioni alla personalità di Eluana.

§2. I profili penalistici del caso Englaro. Certo la sentenza della Corte di Cassazione lascia impregiudicati i risvolti penalistici.

Ma nel momento in cui il supremo giudice civile indica le condizioni alle quali il giudice del rinvio può autorizzare la sospensione della NIA a un malato in SVP implicitamente sottende che il fatto che verrà autorizzato non può costituire un reato.¹⁷

Ma questo non spiega ancora perché le persone che avrebbero dovuto dar corso all'interruzione della NIA qualora, come poi avvenne, i giudici del rinvio si fossero decisi per l'autorizzazione, non avrebbero commesso un reato.

In altri termini, restava da capire se il fatto non avesse integrato una fattispecie tipica, oppure se pur corrispondendo a un fattispecie tipica, dovesse considerarsi giustificato, o ancora se dovesse considerarsi tipico, non sorretto da cause di giustificazione, ma non colpevole.

Va precisato che l'unica imputazione possibile per un caso come quello della sospensione della NIA ad Eluana Englaro è l'omicidio volontario, di cui all'art. 575 c.p. Infatti è da escludersi l'omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p. perché l'integrazione di questa norma presuppone l'esternazione di una volontà attuale.

L'ufficio delle Indagini preliminari del Tri-

bunale di Udine l'11 gennaio 2010¹⁸ ha emesso decreto di archiviazione nei confronti di Beppino Englaro e delle altre dodici persone imputate di concorso in omicidio volontario aggravato, medici e personale paramedico, ritenendo che i fatti oggetto di giudizio fossero giustificati ai sensi dell'art. 51 c.p., "per la necessità di superare l'altrimenti inevitabile contraddizione dell'ordinamento giuridico che non può da una parte attribuire un diritto e dall'altra incriminarne l'esercizio".

Ora, l'art. 51 recita: "non è punibile chi ha commesso il fatto nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica", e indica dunque due modelli di cause di giustificazione.

Tra le due è all'adempimento del dovere che il decreto si riferisce, anche se non viene detto esplicitamente.

Lo si evince comunque dalle premesse, dal momento che il decreto richiama i punti salienti della sentenza della Corte di Cassazione civile del 2007 ponendo l'accento sull'ormai assodato riconoscimento dell'esistenza nell'ordinamento giuridico di un diritto della persona a rifiutare un trattamento medico a cui, per logica conseguenza, dovrebbe corrispondere un dovere (del medico) di darvi attuazione, senza incorrere in conseguenze penali, nel momento in cui fosse accertata la volontà di esercitare un siffatto diritto.

E' però l'esplicita citazione della sentenza 23 luglio 2007 sul caso Welby, che ha deciso quel caso con il non luogo a procedere proprio con questa formula giustificatoria dell'adempimento del dovere, a togliere ogni dubbio sul punto, e ad indurre a ulteriori considerazioni.

Sembra infatti che la formula dell'adempimento del dovere sia destinata così ad assumere il ruolo di formula giustificatoria standard per tutti i casi in cui un medico ottemperi alla richiesta legittima di un paziente di porre fine a un trattamento medico, indipendentemente dalla considerazione del modo in cui un medico intervenga per porre fine al trattamento.

§3. Comportamento attivo e comportamento omissivo del medico. Da un punto di vista

¹⁸ Il testo del decreto si può reperire in www.personaedanno.it

Per approfondimenti sul problema si veda il bel libro di C. A. Defanti, *Soglie. Medicina e fine della vita*, Torino, 2007.

¹⁷ Già in questa prospettiva si erano mossi la House of Lords, sapendo che la pronuncia nel senso di autorizzare la sospensione della NIA in sede civile aveva come logico presupposto che il fatto autorizzato non costituisse un reato: cfr. *Airedale N.H.S. Trust-v-Bland*, cit., p. 19.

medico, ma anche forse guardando alla 'natura della cosa', l'interruzione di un trattamento attuata con una condotta omissiva o con una condotta commissiva è del tutto equivalente.

Per il diritto penale invece condotta attiva e condotta omissiva, nel momento in cui provocano un evento, come la morte nei casi che consideriamo, portano a un accertamento di responsabilità seguendo percorsi ricostruttivi differenti.

L'art. 40 c.p. c. 2 infatti declina in modo differente l'imputazione del nesso causale nel caso di condotta omissiva: "Non impedire un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo".

Gli aspetti tecnici dell'equivalenza causale del non impedire al cagionare e dell'obbligo giuridico di impedire l'evento creano una nuova tipicità per il fatto omissivo, che comporta innanzitutto una differenziazione in capo al soggetto che pone in essere la condotta: non può essere chiunque a porre in essere l'omissione penalmente rilevante che provoca l'evento, ma solo chi aveva un obbligo giuridico di impedire lo stesso.

All'interno dunque della figura della posizione di garanzia, termine usato per indicare la situazione di chi ha l'obbligo giuridico di impedire l'evento, si muovono le dinamiche degli obblighi di protezione di un bene da parte di aggressioni che il suo titolare non è in grado di fronteggiare, o di obblighi di controllo di determinate fonti di pericolo¹⁹.

La posizione di garanzia del medico è certo una delle più classiche, ma allo stesso tempo costituisce oggi un esempio paradigmatico di come i suoi contorni e il suo contenuto debbano essere compresi insieme all'evolversi della posizione soggettiva del paziente, al

19 Sulla posizione di garanzia ci limitiamo a ricordare tra i contributi più recenti F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2001, pp. 337 ss.; F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in "Diritto penale e processo", 1999, pp. 620 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di garanzia, obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; e, risalendo nel tempo, G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979 e G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

quale l'ordinamento non assegna più un ruolo meramente passivo, che secondo la Corte di Cassazione finirebbe per trasformarsi in "soggezione"²⁰, ma un ruolo di soggetto consapevole dei propri diritti.

Soggetto attivo di quell'alleanza terapeutica che vede medico e paziente legati da un rapporto, alla ricerca di uno scopo condiviso, in cui trovino spazio i doveri dell'uno e dell'altro, ma dove i doveri del medico oggi non possono più travalicare il rispetto della libertà e dignità del paziente, come si può ricavare dall'art 32 della Costituzione e come espressamente indicano gli artt. 3, 4, 35, 38, 39, 48, 51 del Codice di Deontologia medica.

Questa premessa si è resa indispensabile per comprendere alcuni aspetti fondamentali della vicenda Englaro.

La sospensione del trattamento medico - nel caso di Eluana Englaro la NIA - consisteva infatti di una mera condotta omissiva. La mancata sostituzione da parte dei medici delle sacche contenenti le sostanze chimiche che, somministrate alla paziente tramite sonda nasogastrica consentivano di tenerla in vita, non è infatti situazione diversa da quella di un medico che ometta di continuare a sottoporre a dialisi un paziente che dichiara di non voler continuare nella terapia.

Di fronte alla accertata volontà del paziente di non voler continuare un trattamento, viene meno l'obbligo del medico di continuare a praticare quel trattamento.

Su questo punto la migliore dottrina penalistica non ha da tempo dubbi:

"...se il paziente, adeguatamente informato, pretende o acconsente, in piena coscienza, all'interruzione della cura e alle sue conseguenze mortali, nulla questo: il medico deve senz'altro considerarsi esonerato dall'obbligo di cura"²¹.

20 Citazione da p. 30 del testo originale.

21 F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in "Rivista italiana di medicina legale", 1984, p. 1018; cfr. anche F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1997, pp. 91-92.

La posizione di garanzia del medico viene dunque meno quanto all'obbligo di salvaguardare ad ogni costo la vita del paziente quando questi esprima una volontà contraria. Le ragioni e i fondamenti giuridici per cui anche un paziente nelle condizioni di Eluana Englaro dovesse poter 'far sentire la propria voce' sono già stati sopra richiamati. Si comprende pertanto perchè la Corte di Cassazione abbia voluto dare questo grande risalto all'accertamento della volontà della persona e valorizzare una sorta di 'giudizio sostitutivo'²².

Venendo meno l'obbligo giuridico di impedire la morte del paziente, il fatto del medico non costituisce un fatto tipico e la formula assolutoria di conseguenza dovrebbe essere "perchè il fatto non sussiste".²³

All'opposto, adottare la formula assolutoria dell'adempimento del dovere come causa di giustificazione, come è stato fatto dal Tribunale di Udine, significa da un lato sorvolare sull'aspetto della 'realtà dei fatti' - il comportamento dei medici è una pura omissione di trattamento- e dall'altro lato non vedere che una tale causa di giustificazione non può essere attribuita indifferentemente a tutti i soggetti che concorrono nel fatto: si sarebbe dovuto differenziare infatti tra la posizione del tutore, dei medici, e del personale ausiliario.

E la modulazione dei diversi obblighi di ciascuno, che sono evidentemente di natura diversa, avrebbe potuto trovare una adeguata collocazione e un approfondimento all'interno delle diverse posizioni di garanzia, del tutore e del medico.

In definitiva ci sembra che appiattare le diverse 'assenze di responsabilità penale' sot-

²² Il giudizio sostitutivo fu adottato, proprio per casi di pazienti nelle condizioni di Eluana Englaro, per la prima volta negli Stati Uniti d'America. Per l'evoluzione della giurisprudenza americana si può confrontare C. Baron, *Life and Death Decision-Making. Judges v. Legislators as Sources of Law in Bioethics*, in A. Santosuosso, G. Gennari, S. Garagna, M. Zuccotti, C.A. Redi, (a cura di) *Science, Law and Courts in Europe*, Pavia, 2004, trad. italiana *Decisioni di vita o di morte. Giudici vs. legislatori come fonti del diritto in bioetica*, in "Ragion pratica", 19/2002, p. 142; una rassegna anche in F. Viganò, *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziario'*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2008, pp 1595 ss.

²³ Così anche F. Viganò, *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione*, cit., p. 14.

to l'etichetta della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere mortifichi la stessa posizione del medico il cui operato pienamente legittimo anche sul piano della deontologia medica viene invece dall'ordinamento considerato comunque conforme a una fattispecie tipica di reato, seppur giustificato.

L'esito penalistico della vicenda Englaro, rispetto alla profondità di riflessione della sentenza della Corte di Cassazione civile ci sembra quindi piuttosto deludente e un'occasione mancata per la Fortbildung del diritto cui anche ogni giudice può contribuire.

II

§1 La specificità del caso Welby. Come si sarà potuto dedurre da quanto detto sopra, il caso Welby presentava aspetti fattuali e profili giuridici differenti da quelli del caso Englaro.

Piergiorgio Welby infatti soffriva di distrofia muscolare, una patologia altamente invalidante durante il decorso della quale, a seguito di una crisi respiratoria che lo aveva condotto in coma, era stato rianimato e destinato da quel momento a vivere attaccato a un respiratore, macchina che gli 'insuflava' aria nei polmoni, ormai incapaci di svolgere il loro compito di 'organi respiratori'.

La piena coscienza di sé e del mondo esterno gli aveva permesso di continuare una vita di relazione, pur con tutte le difficoltà del caso, fino a che il decorso peggiorativo inevitabile della malattia lo aveva costretto in una situazione in cui gli era divenuto impossibile svolgere quelle attività che fino a quel momento avevano dato un senso pieno alla sua vita, come leggere, collegarsi a internet, scrivere.

Inoltre poteva essere alimentato solo artificialmente e anche questo, oltre alle difficoltà respiratorie che comunque, nonostante l'ausilio del respiratore, aumentavano sempre di più e che lo avrebbero portato incontro a una morte per soffocamento, aveva fatto crescere in lui il proposito di chiedere ai medici di poter porre fine alle sue sofferenze.

Chiedeva dunque ai medici il 'distacco' del respiratore, in definitiva l'unico trattamento medico che lo tenesse in vita, e una sedazione

che gli consentisse di non avvertire la sensazione della morte per soffocamento.²⁴

In questo caso la sospensione del trattamento avrebbe dovuto consistere in una, sia pur blanda, condotta attiva: lo spegnimento di una macchina.

Il Tribunale civile di Roma a cui Piergiorgio Welby presentò ricorso per accertare il suo diritto a rifiutare un trattamento medico e per autorizzare di conseguenza il medico curante a staccare il respiratore, pur riconoscendo che sussistesse il diritto di autodeterminazione del paziente e quindi il diritto a rifiutare un trattamento medico ritenne di non poter assecondare la richiesta del ricorrente in quanto “trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall’ordinamento” e in assenza di “una forma di tutela tipica dell’azione da far valere nel giudizio di merito” ciò non può che comportare “l’inammissibilità dell’azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito”²⁵.

I fatti che seguirono sono noti. Piergiorgio Welby ottenne la disponibilità e l’assistenza del dott. Mario Riccio, anestesista rianimatore, che, dopo un colloquio prolungato con il paziente volto a attestare la sussistenza della sua determinazione a interrompere il sostegno vitale, pose in essere l’atto del distacco del respiratore, previa sedazione volta a preservare l’equilibrio psicofisico del paziente nel momento del passaggio.

Nel procedimento penale avviato al Tribunale di Roma nei confronti del dott. Riccio viene formulata l’imputazione del reato di omicidio del consenziente di cui all’art. 579 c.p., essendo stato Piergiorgio Welby perfettamente cosciente e nel totale possesso delle sue facoltà mentali al momento della richiesta.

24 La ricostruzione della vicenda è contenuta in Sentenza del Tribunale di Roma, Ufficio per le Indagini preliminari 23 luglio 2007 n. 2049, pp. 13 ss del testo originale. La sentenza è pubblicata in “Cassazione penale”, 2008, pp.1791 ss con nota di C. Cupelli, *Il “diritto” del paziente (di rifiutare) e il “dovere” del medico (di non perseverare)*, e in “Diritto penale e processo”, pp. 59 ss con nota di A. Vallini, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*.

25 Cfr. ordinanza del Tribunale civile di Roma, I sez., 16 dicembre 2006, p. 11 testo originale.

Come abbiamo anticipato, il procedimento penale a carico del dottor. Riccio si conclude con una sentenza di non luogo a procedere per la sussistenza della causa di giustificazione di cui all’art. 51 c.p.

Il giudice effettua una lunga premessa sulla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale attestante la natura di diritto fondamentale della persona del diritto a rifiutare le cure mediche, concludendo, in contrasto con le precedenti pronunce civili e con le affermazioni del giudice delle Indagini Preliminari, per la necessità di dare immediata tutela a tale diritto, anche in assenza di una legge apposita che ne regoli l’attuazione.

Attestata la corrispondenza dell’operare del medico a quanto richiesto dal paziente, e attestata la non eziologia causale della sedazione sull’evento morte – fatto che avrebbe mutato la responsabilità del medico in omicidio volontario, in quanto non corrispondente il fatto a una semplice interruzione di cure – non può che constatare che ricorrono gli estremi della fattispecie penale dell’art. 579 c. p., omicidio del consenziente, ma che al contempo tale atto sia giustificato dalla scriminante dell’adempimento del dovere di cui all’art. 51 c. p.

La “norma giuridica” in cui deve trovare la sua fonte tale dovere è, ad avviso del giudice, l’art. 32 della Costituzione c. 2 ove enuncia che “Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, soluzione che a suo tempo la dottrina penalistica aveva suggerito²⁶.

Tale dovere assume un particolare significato in quanto incombente solo sul medico, che è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, e non invece su qualunque persona che su richiesta dello stesso ponesse in essere l’operazione di spegnimento del respiratore e di distacco dal corpo dello stesso²⁷.

Il giudice giustamente riconosce dunque la specificità dell’operare del medico, in quanto professionista e garante, il solo alla cui con-

26 F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 95.

27 Sentenza del Tribunale di Roma 23 luglio 2007, p. 44 del testo originale.

dotta possa essere riconosciuto il significato di una 'sospensione del trattamento'.

Nell'affermare questo il giudice richiama e interpreta il Codice di Deontologia Medica che vieta da un lato al medico di intraprendere qualunque atto diretto a cagionare la morte del paziente anche su sua specifica richiesta, integrando altrimenti in questo caso un atto eutanasi, ma che dall'altro lato impone al medico di astenersi dal praticare trattamenti che incidano sulla capacità di resistenza psico-fisica del paziente stesso²⁸.

Ritiene tuttavia il giudice di non poter negare la "realtà dei fatti", in quanto il comportamento di spegnimento di un respiratore è una condotta dotata di efficacia eziologica attiva rispetto all'evento morte e, come tale, non può che integrare la fattispecie tipica dell'art. 579 c. p. nella sua forma attiva, scriminata dall'adempimento del dovere.

Va detto che questa soluzione, pure essendo stata in larga parte bene accolta dalla dottrina²⁹, ha suscitato qualche rilievo.

Alcune voci hanno infatti dubitato che l'art. 32 Cost., pur enunciando un principio incontestabile, possa costituire una fonte idonea a individuare il dovere del medico.³⁰

A nostro parere, queste perplessità possono essere affrontate e superate solo considerando la norma nella sua struttura e nella sua funzione al fine di individuarne un ambito di applicazione.

Non possono, a nostro avviso infatti semplicemente essere portati come argomento contrario la ratio storica dell'art. 32 c.2 della Costituzione e il dettato letterale, che si riferirebbero ai 'trattamenti obbligatori'³¹.

28 L'art. 18 del Codice deontologia medica recita infatti testualmente: "I trattamenti che incidono sulla integrità e sulla resistenza psico-fisica del malato possono essere attuati, previo accertamento delle necessità terapeutiche, e solo al fine di procurare un concreto beneficio clinico al malato o di alleviarne le sofferenze".

29 A. Vallini, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., pp. 59 ss.; C. Cupelli, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare)*, cit., pp. 1791 ss.; F. Viganò, *Decisioni mediche*, cit., p. 1605.

30 S. Seminara, *Le sentenze sul caso Welby e sul caso Englaro*, cit., p. 1564.

31 Così invece L. Eusebi, *L'eutanasia come problema giuridico*, in *Ragion pratica*, 19/2002, p. 103 e *Laicità e dignità umana nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Milano, 2006, p. 215; A. Berardi, *Una breve disamina dei casi Welby e Englaro*, in "Tigor: rivista di scienze della comunicazione", A.I (2009) n.2 (luglio-dicembre)

L'ambito di una applicazione di una norma deve poter essere determinato anche a distanza di molto tempo dalla sua emanazione valutando se un nuovo assetto di quegli stessi interessi che erano sottesi alla sua emanazione può essere coperto dalla stessa.³²

Che la nostra Costituzione sia anche in parte già cambiata proprio per l'uso che dei suoi principi e delle sue norme ne hanno concretamente fatto gli operatori giuridici è stato ben messo in luce dalla dottrina costituzionalista³³.

Per quanto riguarda appunto il problema dei trattamenti medici indesiderati dal paziente sembra evidente che se questi vengono praticati o continuati contro la sua volontà, diventino in qualche misura dei trattamenti 'obbligati'.

Inoltre si deve osservare che se al medico fosse imposto per legge di non interrompere un trattamento medico essenziale per la sopravvivenza del paziente, ipotesi non del tutto improbabile viste le reazioni parlamentari in costanza dei due casi di cui ci occupiamo³⁴, questi si trasformerebbero in 'trattamenti sanitari obbligatori', in netto contrasto con i soli presupposti a cui l'art. 32 della Costituzione ricollega la possibilità di prevederli da parte della legge, vale a dire nel rispetto della persona umana.

<http://www.openstarts.units.it/dspace/handle/10077/3411>

incidentalmente, ma in un contesto diverso, fa riferimento al fatto che l'art. 32 Cost. vieterebbe soltanto i 'trattamenti obbligatori' F. Viganò, *L'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione*, cit., p. 7.

32 F. Müller, *Juristische Methodik*, Berlin, 2004, pp. 139 ss.

33 R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp. 136-137 S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 15-16.

34 In diversi disegni di legge sulle 'direttive anticipate' proposti nell'inverno del 2009 erano contenute norme in questo senso, come, correlativamente, norme volte a impedire l'inserimento nelle direttive anticipate di disposizioni in ordine al rifiuto di trattamenti medici 'salva-vita'. Tra i tanti disegni di legge presentati, solo quello a firma del senatore Ignazio Marino riflette consapevolmente i principi contenuti nella sentenza n. 21748 della Cassazione: cfr. sul punto anche F. D. Busnelli, *Il caso Englaro*, cit., p. 569. Precedentemente a questo disegno di legge solo quello a firma di Grillini, Belillo, Turci, Turco, presentato alla Camera dei Deputati il 26 settembre 2006 disciplinava compiutamente il problema della disattivazione del sostegno artificiale.

Da ultimo non può essere trascurato che lo stesso comportamento del medico che non ottemperi alla volontà del paziente di sospendere un trattamento medico non può essere considerato a priori un fatto lecito.

Infatti, almeno in situazioni come quella di Piergiorgio Welby, è astrattamente configurabile il sequestro di persona di cui all'art. 605. La forma libera che caratterizza questa norma permette di farvi rientrare anche la forma omissiva – il non liberare il paziente dal respiratore – e l'estensione del bene giuridico tutelato fino a comprendere la libertà da intrusioni nella propria sfera personale³⁵ permette di tutelare anche le persone prive permanentemente della capacità di movimento.

Se questa ipotesi incontrasse opinioni contrarie in dottrina, difficilmente si potrebbe però contrastare l'idea che sussista almeno una illiceità civile. E in entrambi i casi sarebbe molto difficile poter sostenere una giustificazione in capo al medico rintracciabile nel dovere o nel diritto di curare.

In definitiva, e concludendo sul punto, la formula dell'adempimento del dovere come causa di giustificazione invocata dal giudice per il non luogo a procedere nei confronti del dott. Riccio ci sembra, allo stato attuale della legislazione e del dibattito dottrinale, l'unica soluzione ragionevolmente possibile, perché saldamente fondata su una motivazione coerente e rispettosa della legge. E per questo va, a nostro avviso, sostenuta³⁶.

§2 Limiti e aporie del sistema in margine al caso Welby. Ma, proprio per il fatto di essere stata adottata anche per la soluzione penalistica del caso Englaro, con tutti i dubbi che abbiamo sollevato, deve essere considerata un nuovo punto di partenza per ulteriori riflessioni.

Riflessioni che, certo potrebbero appa-

rire in parziale contraddizione con quanto esposto sopra, ma che invece semplicemente muovono da una diversa prospettiva, cioè dalla prospettiva di una possibile alternativa decisionale più consona alla realtà sociale dell'operato del medico.

Fondamentalmente, ciò che non soddisfa è che, a fronte di una evoluzione del diritto civile nel senso della progressiva affermazione del diritto di autodeterminazione del paziente, la rigidità strutturale del diritto penale e una innegabile impasse legislativa impediscano di dare una risposta convincente nel momento in cui si deve valutare l'operato del medico che ottemperi alla legittima richiesta del paziente di sospendere le cure che lo tengono in vita.

È innegabile infatti che la fattispecie di omicidio del consenziente come imputazione per il medico non convinca nessuno, se non chi voglia ragionare solo nella logica rigida della 'corrispondenza alla fattispecie tipica'³⁷.

Ed è altrettanto innegabile che non è nel codice penale che la attività quotidiana di un professionista come il medico deve cercare la fonte dei suoi doveri professionali nonché incontrare dei limiti, indubbiamente condizionanti, allo svolgimento di un'attività doverosa sul piano professionale, nonché giuridico.

Nel caso specifico del medico che stacchi il respiratore (un 'classico' tra gli esempi del c.d. 'diritto penale della medicina')³⁸ i tentativi di riqualificare il comportamento da commissivo a omissivo, per poterlo 'attirare' nella sistematica del reato omissivo e quindi della posizione di garanzia si sono originati, proprio da osservazioni simili, in ordinamenti che contemplano nel codice penale fattispecie simili al nostro art. 579 c.p. : es. § 216 StGB -Tötung auf Verlangen-omicidio su richiesta.

35 Questo aspetto è ancora di recente ribadito da F. Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio) delle Sezioni Unite*, in "Cassazione penale", 2009, p. 1827 nota a Cass. Sezioni Unite Penali 18 dicembre 2008, n. 2437, ivi, p. 1793 ss.

36 Cfr. anche C. Cupelli, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire e omettere*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2009, p. 1175; F. Viganò, *Decisioni mediche*, cit, p. 1605.

37 Già S. Canestrari, *Le nuove tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in "Rivista italiana di medicina legale", XXV, 2003, p. 753 aveva sottolineato i limiti di una argomentazione che si attenesse rigorosamente a schemi 'tecnico-giuridici' "in quanto tale atteggiamento condurrebbe a legittimare l'obsolescenza della disciplina attualmente vigente risalente al 1930".

38 C. Roxin, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in C. Roxin, U. Schroth, *Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, 2001², München, 2001, p. 101.

La dottrina italiana non è disposta, in linea di massima, ad accettare il punto di vista di quella parte della dottrina tedesca che, in questa ipotesi, parla appunto di omissione mediante commissione, o della necessità di guardare al senso sociale dell'interruzione (attiva) del trattamento³⁹. E, tuttavia se l'ordinamento giuridico deve essere strutturato, e dal cittadino visto, come insieme di norme di comportamento, non può che notarsi che, nella soluzione adottata nel caso Welby, la successione di norme di comportamento che si presentano al medico è quantomeno poco coerente.

Se si muove infatti dall'interno della posizione di garanzia del medico il complesso diritti/doveri si presenta nei termini che esponiamo di seguito.

La premessa è che il diritto del paziente a rifiutare un trattamento medico già iniziato debba avere una piena operatività.

Non può negarsi inoltre che all'interno della posizione di garante del medico, proprio in conseguenza di quel diritto venga meno almeno l'obbligo di proseguire il trattamento, l'obbligo di impedire hic et nunc quell'evento, ma che contestualmente però il dovere di rispettare la volontà del paziente comporti il dovere di cagionare quello stesso evento, in attuazione del diritto del paziente.

Trasferendo il tutto nella prospettiva dell'adempimento del dovere in funzione discriminante, per rendere lecita la condotta attiva, significa dire che il medico ha comunque il dovere di cagionare - ex art. 51 c.p./art. 32 Cost ciò che non è più obbligato a impedire ex art. 40 c.p./art. 32 Cost. Il che fa ben capire perché Karl Engisch usasse il termine Paradoxie in uno dei saggi più significativi su questo problema.⁴⁰

Paradosso che non sarebbe tale se le indicazioni di comportamento venissero considerate nell'ottica della modulazione dei doveri professionali del medico.

39 S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e eutanasia*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1995, p. 695 ritiene necessario un intervento del legislatore; F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 94-95.

40 K. Engisch, *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe*, in *Festschrift für Eduard Dreher zum 70° Geburtstag*, Berlin, 1977, pp. 309 ss.

Di recente la dottrina sembra più orientata all'apertura verso soluzioni che, improntate a una visione più ermeneutica che analitica, consentano di interpretare la tipologia dei fatti sopra descritta come una omissione di trattamento e conseguentemente a non ritenerla 'tipica' ai sensi dell'art. 579 c.p. in quanto non volta a 'uccidere' o, per usare le parole del codice a 'cagionare la morte', ma a 'lasciar morire'^{41,42}.

Il superamento di simili aporie richiede molto lavoro di seria riflessione e impegno da parte della dottrina e dalla giurisprudenza, soprattutto in un momento in cui il rischio di una legislazione involutiva, che potrebbe azzerare i progressi compiuti dalla giurisprudenza civile e penale sui diritti del paziente e sui doveri del medico, è concreto.

Il disegno di legge già approvato in Senato il 26 marzo 2009 "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento" con l'affermare che "nessun trattamento sanitario può essere attivato a prescindere dall'espressione del consenso informato" sembra voler proprio limitare la necessità del consenso del paziente all'intrapresa del trattamento medico, e non invece a ritenerlo necessario durante il perdurare del trattamento.

Oltre all'indubbia ricaduta nel paternalismo, se fosse così, sarebbe di immediata evidenza la disparità di trattamento che verrebbe a verificarsi tra chi è sottoposto a un trattamento medico a somministrazione periodica, come ad es. la dialisi, e chi invece è sottoposto a un trattamento che si effettua in modo continuativo attraverso una macchina come il respiratore.

Nel primo caso il medico, che non potrebbe in nessun caso 'abbandonare' il paziente, non potrebbe però neppure farlo 'tradurre' coattivamente in una struttura sanitaria ed obbligarlo a continuare il trattamento, e tutto questo senza incorrere in alcuna responsabilità penale.

41 F. Viganò, *Decisioni mediche di fine-vita*, cit., p. 1604; C. Cupelli, *La disattivazione di un sostegno artificiale*, cit., pp. 1164 ss.

42 Sulla cattiva sofistica dell'equiparazione del 'desistere dall'ulteriore agire' e 'l'agire', cioè 'dell'uccidere' al 'lasciar morire' H. Jonas, *Tecnica, medicina e etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997, p. 197.

Nel secondo caso invece, se il medico non fosse più tenuto a rilevare un perdurante consenso del paziente e quindi a rispettarne il dissenso, la posizione di 'minorità' del paziente dovuta all'impossibilità di 'staccarsi' dalla macchina, lo obbligherebbe a subire un trattamento altamente invasivo della propria sfera fisica.

Per converso, se il medico decidesse, in presenza del dissenso del paziente, di interrompere tale trattamento, essendo precisato in quello stesso testo all'art. 1, c.1, lett c che "l'attività medica nonché di assistenza alle persone (è) esclusivamente finalizzata alla tutela della vita e della salute" non potrebbe più invocare evidentemente l'adempimento del dovere di cui all'art. 51 c.p. e incorrerebbe quindi in una sicura responsabilità penale per omicidio del consenziente ex art. 579 c.p.

Quest'ultimo articolo, così come l'art. 575 e 580 c.p. sono infatti 'simbolicamente' richiamati proprio nella stessa norma.

Ma al di là del fatto che queste norme debbano essere riconosciute come applicabili nel caso concreto ad opera dell'attività giudiziale e non certo per richiamo legislativo, resta il fatto che limitare con legge l'attività medica "alla tutela della vita e della salute" significa sovrapporsi e prevaricare le regole del Codice di Deontologia medica che riguardo ai compiti del medico sono certamente più articolate.

L'art. 3 del Codice di Deontologia Medica infatti estende il dovere del medico alla tutela della "salute fisica e psichica" e precisa che la salute deve essere intesa "nell'accezione più ampia del termine, come condizione di benessere fisico e psichico della persona".⁴³

L'art. 18 recita che "i trattamenti che incidono sulla integrità e sulla resistenza psico-fisica del malato possono essere attuati...solo al fine di procurare un concreto beneficio clinico o di alleviarne le sofferenze".

43 Cfr. nella dottrina civilistica le significative osservazioni di P. Zatti, *Il diritto a scegliersi la propria salute (in margine al caso San Raffaele)*, in "Nuova giurisprudenza civile commentata", 2000, II, pp. 3 ss.: "Se invece il concetto di salute si apre agli aspetti interiori della vita come sentiti e vissuti dal soggetto...Salute diviene un concetto che esprime anzitutto una percezione di sé come soggetto integro".

Se quel testo verrà dunque approvato anche alla Camera, ci darà una legge che renderà ancora più incerta per un medico la linea da seguire, e questo non potrà che rendere un cattivo servizio alla certezza del diritto, nonché diffondere una diffidenza che porterà a risolvere ogni problema 'lontano dalle aule giudiziarie'.

III

Considerazioni conclusive. Quando un ordinamento giuridico viene obbligato a riflettere su di sé e sui propri strumenti da casi come quelli di Eluana Englaro e di Piergiorgio Welby, l'uscita dalla fase acuta di queste situazioni induce sempre a una considerazione di quanto è stato aggiunto al diritto e di quanto può essere fatto in futuro per affrontare in modo razionale simili situazioni.

Le due sentenze - Cass. Sez. I civile 4 ottobre 2007 n. 21748 e Tribunale di Roma 17 ottobre 2007 - intervenute rispettivamente sul caso Englaro e sul caso Welby hanno indubbiamente segnato un passo avanti nel riconoscimento dei valori della laicità nel diritto e, più in generale, hanno riconosciuto l'esistenza di un pluralismo dei valori nella società in cui viviamo, un pluralismo dei valori 'normativo'⁴⁴, che viene dunque riconosciuto nelle posizioni soggettive giuridiche.

Nei momenti più drammatici della vicenda umana di Eluana Englaro e di Piergiorgio Welby si è acceso il dibattito, nonché lo scontro parlamentare, sulle direttive anticipate.

L'esperienza di questi due casi e i punti fermi che si sono raggiunti devono mettere sull'avviso il legislatore sul fatto che una futura eventuale legge sulle direttive anticipate, avvertita da molti come una necessità, non potrà che tenere in grande considerazione il percorso argomentativo della sentenza della Corte di Cassazione sul caso Englaro.

Diversamente, se si arrivasse a promulgare una legge limitativa del diritto del cittadino di

44 La contrapposizione è a un pluralismo dei valori 'sociologico': G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005, pp. 89. Cfr. i riferimenti in Cass. Sez. I civile 4 ottobre 2007 n. 21748 p. e in Tribunale di Roma 17 ottobre 2007, Riccio, punto e) della motivazione.

disporre anche in ordine ai trattamenti sanitari essenziali per la propria sopravvivenza, questa si esporrebbe a seri dubbi di legittimità costituzionale nei confronti degli artt. 32 c. 2 e 13 della Costituzione.

Il diritto a non subire trattamenti medici contro la propria volontà e il diritto all'inviolabilità del proprio corpo sono principi scolpiti nella Costituzione quali diritti fondamentali della persona e costituiscono un limite invalicabile⁴⁵.

Allo stesso modo una legge sulle direttive anticipate che escludesse il potere del rappresentante legale del paziente di chiedere 'nel migliore interesse' del tutelato anche l'interruzione di trattamenti essenziali per la sopravvivenza dello stesso si esporrebbe a fondati dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo del mancato rispetto dell'art. 3 della Costituzione.

Proprio l'impossibilità di transigere sul rispetto di tutti questi principi fa dubitare della necessità assoluta di una regolazione normativa che, risultato di inevitabili mediazioni, potrebbe calpestare diritti fondamentali⁴⁶ che, come la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale⁴⁷ hanno chiaramente enunciato, sono tali da dover ricevere invece diretta attuazione in sede giudiziale anche in assenza di una legge che ne disciplini l'esercizio.

La scienza penalistica dal suo canto non può che continuare nell'approfondimento dello studio delle posizioni di garanzia, e in particolare di quella del medico, nella prospettiva di costruire, proprio muovendo dal complesso delle regole deontologiche, una regolamentazione 'integrata' e altamente specialistica.⁴⁸

45 Tali principi sono stati recentemente ribaditi da Cass. Sezioni Unite Penali 18 dicembre 2008, n. 2437, cit., p. 1793 ss., che riconosce anche che il concetto di salute trascende la mera sfera fisica: cfr. p. 1804.

46 Inevitabile riferirsi a R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London, 2004², pp. 131 ss.

47 Sent. Corte cost. 347/1998, n. 4 del considerato in diritto.

48 Questa era l'impostazione del Progetto Grosso che, come è noto, conteneva nell'articolato le diverse posizioni di garanzia. Se si guarda alla relazione al progetto Grosso si vede come compito dei riformatori sarebbe stato quello di inserire nel codice i presupposti e le condizioni di operatività delle singole tipizzate posizioni di garanzia, non certo quello di *codificare* gli specifici dove-

Da ultimo preme mettere in risalto che le conquiste finora raggiunte in ordine alla libertà di autodeterminazione nel campo del trattamento medico non rappresentano l'introduzione di un generico 'diritto a morire'.

In altri termini, non segnano affatto l'anticamera dell'introduzione dell'eutanasia.

E testimonianza ne sono i paesi, come il Regno Unito o la Germania, dove il diritto a rifiutare le cure mediche si è da tempo affermato e nei quali l'eutanasia non è stata introdotta.

La morte di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro non rappresentano forme di eutanasia, ma, per usare un termine preso a prestito dalla lingua tedesca, *Sterbehilfe*, un aiuto nel morire, perchè la morte possa assumere quel significato di scelta consapevole, che solo la singola persona le può dare, all'interno della propria vita.

MARIA CRISTINA BARBIERI, ricercatrice di diritto penale nell'università di Trieste

ri del medico: cfr. *Relazione sull'articolato in I Lavori della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1° ottobre 1998*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2001, pp. 592 ss. L'art. 16, Capo III dell'articolato stabilisce una riserva di legge per le posizioni di garanzia, ma, al secondo comma, specifica che: "i doveri inerenti alle posizioni di garanzia sono determinati in conformità alla *disciplina speciale* (corsivo nostro) delle situazioni considerate (*ibidem*, p. 664).