

L'INTERRUZIONE DELL'ALIMENTAZIONE E DELL'IDRATAZIONE ARTIFICIALI NEI CONFRONTI DI PAZIENTI IN STATO VEGETATIVO PERMANENTE: LA PROSPETTIVA PENALISTICA

di Francesco Viganò

1. Introduzione

Vorrei tentare qui di affrontare i problemi sollevati dalla vicenda di Eluana Englaro dalla prospettiva del diritto penale: una prospettiva rimasta singolarmente in ombra non solo nel dibattito mediatico, ma anche nelle riflessioni dei giuristi, in una vicenda in cui — dopo tutto — si discuteva della liceità di una condotta di interruzione del sostegno vitale, la cui conseguenza immediata sarebbe stata la morte della paziente.

Né la sentenza della Cassazione della sez. I civile in data 16 ottobre 2007, né il successivo decreto autorizzativo della Corte d'Appello in data 25 giugno 2008 — la cui conclusione, lo dico subito a scanso di equivoci, in larghissima misura condivido — hanno infatti affrontato la domanda centrale che il penalista non può non porsi: perché mai una condotta la cui conseguenza (prevista in termini di certezza dall'agente) è la morte di un uomo non dovrebbe costituire un omicidio volontario ai sensi dell'art. 575 c.p.?

Il silenzio delle corti civili, in verità, sorprende già alla luce dell'esame del diritto comparato. La Cassazione federale tedesca si pronunciò per la prima volta nel 1994 nel senso della liceità dell'interruzione dell'alimentazione/idratazione a un paziente in stato vegetativo permanente, ricorrendo le medesime condizioni di liceità enunciate dalla nostra Cassazione nel 2007, nell'ambito però di un processo penale celebrato a carico del figlio di un paziente e del suo medico curante, i quali — senza alcuna previa autorizzazione giudiziale — avevano dato disposizioni affinché fosse sospeso il

· Testo, ampliato e corredato di note, di una relazione svolta presso la Corte di Cassazione il 18 febbraio 2009 nell'incontro di studio su "Bioetica e diritto penale", organizzato dalla formazione decentrata dei magistrati della Cassazione.

sostegno vitale al paziente (c.d. *Klempterer Fall*)¹; e in quell'occasione, fu del tutto naturale che i giudici di legittimità si ponessero per prima cosa il problema dell'inquadramento penalistico della condotta. Ma il problema del rapporto con il delitto di omicidio fu ampiamente discusso anche nella ormai notissima pronuncia della *House of Lords* inglese *Bland*, che pure chiuse un procedimento di volontaria giurisdizione, avviato in seguito alla richiesta dei medici curanti di un paziente in stato vegetativo permanente, concordata con i suoi familiari di sospendere l'idratazione/alimentazione che lo teneva in vita². In quell'occasione, uno dei supremi giudici — Lord Mustill — osservò perspicuamente che la questione che la Corte era chiamata ad affrontare “*presuppone la risposta ad una gamma di ipotetiche domande di diritto penale [...]. Noi stiamo in effetti celebrando una sorta di processo penale preventivo, senza giuria e senza verdetto*”³.

Dovrebbe risultare evidente, in effetti, che un giudice civile non potrebbe mai autorizzare il compimento di una condotta costituente reato, non foss'altro che per la ragione che, una volta compiuto il fatto, il giudice penale non è in alcun modo vincolato alla previa decisione del giudice civile, non vertendosi in alcuna delle questioni per le quali, ai sensi dell'art. 3 c.p.p., la decisione del giudice civile fa stato nel processo penale. Né il fatto potrebbe automaticamente ritenersi lecito in forza dell'art. 51 c.p., per avere l'imputato commesso il fatto nell'esercizio di una facoltà legittima, posto che — per comune riconoscimento — la fonte di una tale facoltà dovrebbe essere ricercata in una norma dell'ordinamento, non già in un singolo provvedimento autorizzativo, sia pure di fonte giudiziale. La giustificazione dovrebbe dunque in ogni caso ricercarsi *aliunde*, e precisamente nella norma che fonda il giudizio di liceità della condotta posta a base dell'autorizzazione concessa dal giudice civile; e di una norma, per di più, la cui interpretazione sia condivisa dal giudice penale procedente. Tanto che, laddove il giudice penale non dovesse condividere la previa valutazione di liceità del giudice civile, l'unico spazio difensivo ragionevolmente assicurabile all'imputato sarebbe quello dell'errore inevitabile

¹ BGHSt 40, 257.

² *Airedale NHS Trust v. Bland*, [1993] 1 All ER 858.

³ *Ibidem*, 886.

sull'illiceità penale della propria condotta indotto dalla previa autorizzazione giudiziale, in forza dell'art. 5 c.p. così come 'riletto' dalla sent. 384/1988 della Corte costituzionale.

Rispondere a questa domanda circa la possibile legittimazione al compimento di una condotta *prima facie* omicida significa anche, si noti, contribuire a sgomberare il campo dall'equivoco mediatico secondo cui la morte di Eluana sarebbe un "omicidio per sentenza", mostrando per contro come l'autorizzazione concessa dai giudici civili, lungi dal rappresentare un'arbitraria creazione del diritto da parte di istituzioni sprovviste di legittimazione democratica, costituisca in realtà il logico sviluppo di principi immanenti al sistema e da tempo familiari alla comunità degli interpreti, in grado di far venir meno, senza alcuna indebita forzatura, il carattere di illiceità anche penale del fatto.

Apparendo in questa fase imminente, salve sorprese dell'ultima ora, l'approvazione di una legge in tema di 'testamento biologico' che dovrebbe contemplare un esplicito e assoluto divieto di omettere e/o di interrompere trattamenti di sostegno vitale, in chiusura di questo intervento cercherò altresì di gettare una prima luce sulle ricadute che una tale disciplina potrebbe produrre in vicende come quella, appena conclusasi, di Eluana Englaro, e più in generale nella materia delle decisioni mediche di fine vita.

* * *

2. La situazione de iure condito

2.1. L'interruzione dell'alimentazione/idratazione: azione od omissione?

Cominciando allora dall'esame della questione alla luce della situazione normativa oggi vigente, il primo scoglio che occorre affrontare concerne la questione della natura attiva oppure omissiva della condotta di interruzione dell'alimentazione/idratazione.

Qualora si optasse per la qualificazione in termini attivi della condotta⁴, la ragione della sua possibile liceità andrebbe in effetti ricercata, sul piano sistematico, sul terreno dell'antigiuridicità di una condotta già qualificata in termini di conformità rispetto al tipo di omicidio volontario, completo di tutti i suoi elementi oggettivi (causazione della morte di un uomo) e soggettivi (coscienza e volontà di cagionare la morte). Il che imporrebbe, evidentemente, la necessità di individuare una o più norme in grado di fondare una facoltà e addirittura un dovere di compiere il fatto, con gli effetti scriminanti di cui all'art. 51 c.p.

La ricerca di una norma in grado di giustificare il fatto non sarebbe invece necessaria laddove la condotta di interruzione dell'alimentazione/idratazione venisse categorizzata in termini omissivi⁵. In tal caso, infatti, il problema troverebbe la sua collocazione sistematica già al livello della tipicità del fatto, dal momento che l'art. 40 co. 2 c.p. condiziona la stessa rilevanza penale dell'omissione alla sua contrarietà ad un "obbligo giuridico di impedire l'evento", e dunque all'esistenza di un dovere in capo al medico di impedire la morte del paziente mediante la somministrazione di liquidi e sostanze nutritive. Di talché l'irrelevanza penale del fatto potrebbe essere già argomentata negando che — ricorrendo determinate condizioni a loro volta bisognose di essere argomentate sulla base di dati normativi, o almeno di principi immanenti al sistema — il medico abbia l'obbligo giuridico di proseguire nell'alimentazione/idratazione di un paziente in stato vegetativo permanente.

Quest'ultima soluzione, si noti, è quella espressamente accolta dalla *House of Lords* inglese nel caso *Bland* e dalla Cassazione tedesca nel suo *Klemptner Fall*, e dunque nei due *leading cases* in quegli ordinamenti in materia di stato vegetativo permanente: ed è una soluzione che si fonda

⁴ Così, in relazione al caso Welby, la dottrina italiana sinora prevalente: cfr., senza alcuna pretesa di completezza, DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 909 ss.; PULITANO, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1217 ss.; A. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 467; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 71 ss.

⁵ Così CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare). Un tentativo di lettura 'giuridica' del caso Welby*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1825, nonché, volendo, VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 7 e ID., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, *ibidem*, 2008, p. 1037.

sull'argomento secondo cui il medico si limiterebbe in queste ipotesi ad astenersi, da un dato momento in poi, dal continuare a somministrare liquidi e sostanze nutritive al paziente, semplicemente non sostituendo le sacche di liquidi e di alimenti che ne avevano assicurato sino a quel momento la sopravvivenza. Il che consente alle due corti supreme di chiedersi se il medico abbia o meno l'obbligo, viceversa, di proseguire tale trattamento, obbligo la cui violazione soltanto potrebbe fondare una sua responsabilità penale per omesso impedimento della morte del paziente. Domanda questa alla quale entrambe le corti forniscono (in generale o ricorrendo determinate condizioni) risposta negativa: più in particolare, la *House of Lords* afferma in via generale che la prosecuzione dell'alimentazione/idratazione a pazienti riconosciuti dalla scienza medica in stato vegetativo permanente è in linea generale futile, in quanto inidonea a recare alcun beneficio, nemmeno di ordine palliativo, ai pazienti medesimi; mentre la Cassazione tedesca preferisce distinguere caso per caso a seconda che, in presenza di uno stato vegetativo giudicato ormai irreversibile dalla scienza medica, possa o meno desumersi una volontà presunta del paziente contraria alla prosecuzione del trattamento.

2.2. (Segue): la soluzione adottata dal g.u.p. di Roma nel caso Welby

Contro la categorizzazione in termini omissivi delle condotte di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale sono state tuttavia sollevate, anche da parte della dottrina italiana, numerose obiezioni, peraltro ritagliate quasi esclusivamente sull'ipotesi dello spegnimento del respiratore (paradigmaticamente illustrato dal caso Welby), nel quale non può negarsi il compimento da parte del medico di una condotta almeno naturalisticamente attiva (lo spegnimento del respiratore, attuato materialmente mediante la pressione di un pulsante o la rotazione di una manopola). Tanto che, come è noto, il g.u.p. di Roma investito del caso Welby ha ritenuto nella propria sentenza di non luogo a procedere di riconoscere natura commissiva alla condotta in questione, con conseguente configurazione — in quell'ipotesi — di

un fatto tipico di omicidio del consenziente, peraltro giustificato (ex art. 51 c.p.) in forza dell'esercizio di un diritto costituzionale desumibile dall'art. 32 co. 2 Cost.⁶

Più in particolare, il g.u.p. di Roma — muovendo dalla premessa che dall'art. 32 co. 2 Cost. discende un diritto fondamentale del paziente alla libertà di cura (*scilicet*, un diritto di rifiutare le cure), persino nell'ipotesi in cui le cure siano necessarie alla sopravvivenza del paziente — ha affermato che il rifiuto della respirazione artificiale espresso da un paziente nel pieno possesso delle proprie capacità psichiche e in piena coscienza delle conseguenze cui si esponeva non può che comportare il correlativo dovere in capo al medico di astenersi dal proseguire nella somministrazione della terapia.

Dall'affermazione di un diritto costituzionale del paziente (a rifiutare le cure) si è così dedotto un dovere, parimenti di rango costituzionale, in capo al medico di rispettare tale volontà: con conseguente giustificazione, ex art. 51 c.p., di un fatto di omicidio del consenziente, pure riconosciuto quale conforme al paradigma normativo di cui all'art. 579 c.p.

Che questo itinerario argomentativo possa essere riproposto *tout court* in un caso che coinvolga un paziente incosciente, e pertanto incapace di esprimere un rifiuto attuale alle cure, mi pare però problematico. Lo stesso g.u.p. che ha chiuso il caso Welby ha avuto cura di circoscrivere la portata della propria decisione all'ipotesi del paziente cosciente e capace, che — pienamente informato delle conseguenze della propria scelta — esprima un dissenso attuale alla prosecuzione delle cure; e di recente la sezione III civile della Cassazione, in un caso che coinvolgeva un rifiuto anticipato di emotrasfusioni da parte di un testimone di Geova, non reiterato dal paziente giunto in stato di incoscienza in ospedale, ha escluso che l'esecuzione del trattamento potesse risultare lesivo del suo diritto ex art. 32 co. 2 Cost., confermando per l'effetto la sentenza che aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni per lesione da diritto fondamentale che quegli aveva spiegato nei confronti dell'ente ospedaliero⁷. Di talché appare lecito dubitare,

⁶ G.U.P. Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 59 s.

⁷ Cass., sez. III civ., 22 maggio-15 settembre 2008, n. 23676.

allo stato attuale del diritto 'vivente', che dall'art. 32 co. 2 Cost. possa senz'altro ricavarsi in via interpretativa un dovere in capo al medico di interrompere l'alimentazione/idratazione nei confronti di un paziente non solo incosciente, ma che addirittura non abbia mai espresso in precedenza una volontà reale contraria all'esecuzione del trattamento.

L'art. 32 co. 2 Cost. vieta espressamente, dopo tutto, soltanto i trattamenti sanitari "obbligatori" non previsti da una apposita disposizione di legge: formulazione questa che parrebbe alludere, quanto meno, a una reale volontà contraria del paziente, nessuno avendo mai — prima del caso Englaro — posto in discussione *funditus* la liceità/doverosità dell'esecuzione di trattamenti necessari per la salvaguardia della salute, e *a fortiori* della vita, di pazienti incoscienti o comunque impossibilitati ad esprimere un consenso informato al trattamento.

Senza contare, poi, che la stessa qualificazione dell'alimentazione/idratazione come autentico 'trattamento medico', come tale suscettibile di impegnare la garanzia costituzionale di cui all'art. 32 co. 2, non può dirsi pacifica né presso la dottrina, né presso la stessa etica medica, nel cui seno voci autorevoli sostengono la sua qualificazione come mero "sostegno vitale" (*basic care*, nella terminologia anglosassone) che, in quanto espressione di elementari doveri di solidarietà verso i malati, non potrebbero mai essere pretermesse in alcuna circostanza (al pari della cura e dell'igiene del corpo, della prevenzione del decubito, etc.).

Tutto ciò, mi pare, evidenzia la problematicità di una meccanica riproduzione in relazione al caso qui in esame dell'itinerario concettuale — omicidio commissivo giustificato dall'adempimento di un dovere scaturente dall'art. 32 co. 2 Cost. — adottato nella sentenza di non luogo a procedere nel caso Welby.

2.3. La necessità di interrogarsi sulle condizioni che legittimano il trattamento (e la sua prosecuzione) piuttosto che sulle condizioni che legittimano la sua interruzione

Per poter pervenire alla soluzione della liceità, o addirittura della doverosità — ricorrendo determinate condizioni — dell'interruzione dell'alimentazione/idratazione nei confronti di un paziente incosciente che non abbia mai espresso in precedenza una volontà in questo senso, a me pare allora che sia necessario un radicale mutamento di prospettiva rispetto all'approccio sin qui generalmente seguito nell'affrontare questi dilemmi, sul medesimo solco — del resto — dell'orizzonte aperto dalla sentenza della sez. I civile della Cassazione del 16 ottobre 2007 sul caso Englaro⁸.

La domanda consueta che si pone la dottrina penalistica (e la dottrina giuridica in genere) in materia di interruzione del sostegno vitale è se, ed eventualmente a quali condizioni, sia lecito causare o non impedire la morte del paziente, interrompendo il trattamento che lo tiene in vita. Come la dottrina tedesca più recente ha acutamente posto in luce⁹, la domanda è in realtà mal posta: più a monte, occorre invece chiedersi se, e a quali condizioni, sia lecito praticare, o proseguire, la somministrazione del sostegno vitale al paziente, la risposta a tale pregiudiziale quesito non essendo affatto scontata come potrebbe apparire a prima vista.

Ogni trattamento di sostegno vitale — ivi compresa l'alimentazione e idratazione artificiale, costituisce in effetti un intervento invasivo del corpo del paziente, che come tale richiede una specifica legittimazione già sul piano del diritto costituzionale, in ragione della sua interferenza con il diritto fondamentale all'integrità fisica del paziente¹⁰. Diritto, quest'ultimo, che è certamente riconosciuto dall'art. 32 co. 2 Cost. (*sub specie* di diritto a non subire interventi non debitamente consentiti nel proprio corpo), ma che riceve tutela ancor prima dall'art. 13 Cost., e che è più in generale certamente riconducibile al novero dei "diritti inviolabili" di cui all'art. 2 Cost.¹¹

⁸ Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *F. it.*, 2007, c. 3025 ss.

⁹ VERREL, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, in *DJT*, 2006, C 37 (relazione introduttiva alla sessione penalistica del LXI congresso dei giuristi tedeschi dedicata ai temi qui in discussione), e *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche, anche alla dottrina civilistica.

¹⁰ In questo senso è ormai unanimemente orientata la dottrina tedesca: cfr. per puntuali riferimenti, VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 1040 nota 25.

¹¹ Esplicitamente nel senso che il principio del consenso informato del paziente al trattamento, quale portato del diritto fondamentale all'autodeterminazione nelle decisioni relative alla propria

La stretta connessione fra trattamenti invasivi del corpo del paziente e il suo diritto all'integrità fisica è del resto testimoniata in maniera eloquente dall'art. 3 della Carta europea dei diritti dell'uomo, il quale riconosce al primo comma il diritto dell'individuo alla "integrità fisica e psichica", enunciando poi immediatamente, al secondo comma, il diritto al consenso informato del paziente in tutte le procedure sanitarie, diritto quest'ultimo concepito evidentemente come corollario del più generale diritto all'integrità fisica.

Sotto questo angolo visuale, il problema pregiudiziale diviene allora quello di interrogarsi sulla sussistenza dei presupposti che, in positivo, legittimano l'esecuzione del trattamento nei confronti del paziente: in assenza dei quali il trattamento costituirà semplicemente un invasione illegittima del corpo del paziente, e dovrà per tale assorbente ragione essere interrotto.

Una simile affermazione può suonare strana alle orecchie dei penalisti, i quali per tradizione amano ripetere che il trattamento medico si autolegittimerebbe in forza della utilità sociale e della sua funzionalità rispetto alla salvaguardia della salute del paziente, senza necessità di alcuna particolare ragione giustificativa che non sia quella fornita dall'art. 32 Cost. (norma che, si afferma, tutelando la salute come diritto individuale e interesse della collettività, non può non riconoscere implicitamente anche la liceità delle condotte necessarie a promuovere la salute medesima)¹². Ma non più che di affermazioni tralozie si tratta, ormai non più al passo con una mutata sensibilità giuridica che riconosce pacificamente all'individuo un diritto fondamentale, in forza dell'art. 32 secondo comma, di dire "no" a qualsiasi terapia, salve le limitazioni espressamente previste dalla legge¹³; diritto fondamentale che, a sua volta, riposa sul riconoscimento di un'area di

salute, trovi fondamento negli artt. 2, 13 e 32 co. 2 Cost., cfr. del resto la recentissima C. cost. 438/2008.

¹² Per un analogo ordine di idee cfr. ancora la recentissima Cass., s.u., 18 dicembre 2008, n. 2437, "considerato in diritto" n. 4.

¹³ Diritto, del resto, ormai riconosciuto da tutta la giurisprudenza più recente persino nelle ipotesi in cui il rifiuto del trattamento esponga il paziente al rischio della vita, o addirittura alla prospettiva di una morte certa: cfr., in questo senso, la stessa Cass., s.u., 18 dicembre 2008, n. 2437 ("considerato in diritto" n. 5), nonché Cass., sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077, Marazziti e Cass., sez. IV, 16 gennaio 2008, Huscer, n. 11335. Nella giurisprudenza civile, cfr. nel medesimo senso la già citata Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748 (motivi della decisione, n. 6.1).

inviolabilità che l'ordinamento costituzionale erige attorno al corpo della persona, concepito quale recinto affidato alla esclusiva autodeterminazione individuale e protetto da ogni ingerenza, foss'anche benintenzionata, dei terzi.

In questa logica si spiega, del resto, la perspicua ricapitolazione dei presupposti di liceità del trattamento medico operata dalla sez. I civile della Cassazione nella sua sentenza sul caso Englaro; ricapitolazione che qualche commentatore ha ingiustamente ritenuto come un lunghissimo *obiter*, e che è invece essenziale nell'economia di una motivazione che muove dall'idea forte — del tutto antinomica rispetto alla prospettiva dell'autolegittimazione che tanto credito ha ancor oggi presso taluni penalisti — del bisogno di legittimazione di ogni intervento nel corpo del paziente.

Una volta che si accolga questo presupposto, diviene questione tecnica di secondaria importanza l'opzione per una ricostruzione in termini commissivi od omissivi della condotta del sanitario che, constatata l'assenza delle condizioni che legittimano l'ulteriore somministrazione di un trattamento, lo interrompa, così cagionando (ovvero non impedendo) la morte del paziente. A me pare, in effetti, che la soluzione dell'irrelevanza penale di un tale fatto possa essere persuasivamente raggiunta muovendo da entrambe le possibili qualificazioni.

2.4. *Omicidio (commissivo) giustificato?*

Partiamo dall'ipotesi in cui si voglia riconoscere natura commissiva al fatto del medico che interrompa il sostegno vitale (in specie l'alimentazione/idratazione) ad un paziente in stato vegetativo permanente; e dunque dall'ipotesi che il fatto integri tutti gli estremi, oggettivi e soggettivi, di un omicidio volontario ex art. 575 c.p.

Un'argomentazione volta a sostenere l'irrelevanza penale della interruzione dell'alimentazione/idratazione a un paziente in stato vegetativo permanente dovrebbe, a mio giudizio, snodarsi pressappoco attraverso i passaggi seguenti:

— l'alimentazione e l'idratazione artificiali, comunque si risolva la questione relativa alla loro natura di 'trattamento medico' ovvero di '*basic care*', sono indubabilmente procedure invasive dell'integrità fisica del paziente, e come tali necessitano di una specifica ragione giustificativa già al metro del diritto costituzionale;

— la normale ragione di legittimazione del trattamento medico, così come di ogni procedura invasiva finalizzata in senso lato alla tutela della salute del paziente, è costituita dal suo consenso informato, secondo un principio universalmente riconosciuto e sancito, a livello internazionale, dall'art. 3 della Carta europea e dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo;

— non potendo essere acquisito il consenso da parte di un paziente incapace, la legittimazione a prestare il necessario consenso al trattamento spetta al suo legale rappresentante (art. 6 Conv. Oviedo e, a livello di diritto interno, artt. 357 e 424 c.c.), salvi i casi di urgenza terapeutica (art. 8 Conv. Oviedo, art. 54 c.p.) nei quali non sia possibile attendere la nomina, o comunque il tempestivo intervento, del legale rappresentante;

— tanto il consenso del paziente quanto quello del legale rappresentante non solo devono sussistere al momento in cui si inizia l'intervento, ma devono altresì perdurare durante l'intera esecuzione dell'intervento medesimo, perché esso possa considerarsi legittimo;

— per l'effetto, il dissenso del paziente o del legale rappresentante all'avvio o alla prosecuzione dell'intervento determina l'illiceità (rispettivamente originaria o sopravvenuta) dell'intervento già al metro del diritto costituzionale, con conseguente responsabilità civile per lesione del diritto fondamentale all'integrità fisica a carico del sanitario che inizi o prosegua tale intervento in assenza della ragione legittimante rappresentata dal consenso del paziente o del suo legale rappresentante;

— mentre, tuttavia, nel caso di pazienti capaci il rifiuto del trattamento da parte di costoro deve considerarsi assolutamente libero, nel caso di pazienti incapaci il legale rappresentante (genitore, tutore o amministratore di sostegno) è pur sempre vincolato nell'adottare le proprie determinazioni in ordine alla cura

della persona dell'incapace al criterio della salvaguardia e della promozione degli interessi di quest'ultimo;

— conseguentemente, il legale rappresentante non potrà ritenersi legittimato ad assumere scelte incidenti sulla salute, o addirittura sulla vita stessa dell'incapace, che pregiudichino i suoi interessi;

— alla luce peraltro della più volte citata sentenza 16 ottobre 2007 della I sezione civile della Cassazione, non può affermarsi in linea assoluta che la decisione di chiedere l'interruzione di un trattamento di sostegno vitale nei confronti di un paziente incapace sia sempre contraria agli interessi di quest'ultimo;

— allorché, infatti, si possa fondatamente ritenere, sulla base delle passate manifestazioni di volontà del paziente e/o del suo complessivo quadro personologico (del suo mondo di valori e di convinzioni, del suo stile di vita, etc.), che il paziente non avrebbe desiderato essere sottoposto a tale trattamento, il trattamento medesimo dovrà essere giudicato contrario agli interessi (soggettivamente intesi) del paziente incapace, e il legale rappresentante dovrà ritenersi legittimato — previa autorizzazione del tribunale — ad esprimere una volontà contraria alla sua esecuzione o prosecuzione;

— in una tale ipotesi, l'esecuzione o la prosecuzione del trattamento risulterà dunque sfornita di ogni legittimazione, di talché — specularmente — la sua omissione o interruzione risulterà doverosa, in forza del rispetto dovuto al diritto fondamentale all'integrità fisica del paziente risultante dagli artt. 2, 13 e 32 co. 2 Cost.;

— *ergo*, il sanitario che in queste condizioni sospenda l'alimentazione/idratazione nei confronti del paziente, cagionandone la morte, adempirà un proprio preciso dovere, in grado di scriminare ex art. 51 c.p. il fatto di omicidio così commesso.

Il risultato finale di questo *iter* argomentativo sarebbe dunque analogo a quello cui è pervenuto il g.u.p. di Roma nel caso Welby: un fatto 'tipico' di omicidio (in questo caso ex art. 575 c.p.), giustificato in forza dell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p.

2.5. La possibile categorizzazione in termini omissivi della condotta del medico

Non è difficile, a questo punto, ipotizzare il percorso argomentativo che potrebbe essere imboccato laddove, invece, si assumesse che l'interruzione dell'alimentazione/idratazione configuri una condotta omissiva, sostanziandosi nella mancata prosecuzione dell'intervento di sostegno vitale da un dato momento in poi.

Questi, mi pare, i passaggi fondamentali:

— la condotta del medico, se concepita quale omissione dell'ulteriore trattamento, potrebbe essere considerata penalmente rilevante quale omesso impedimento dell'avvenuta morte del paziente soltanto a condizione che nella specie sussistesse un obbligo giuridico di proseguire il trattamento (art. 40 co. 2 c.p.);

— il medico è normalmente titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente avente ad oggetto la salvaguardia della sua vita e salute, posizione di garanzia dalla quale deriva il normale obbligo di praticare al paziente tutti i trattamenti indicati dalla scienza medica come necessari o anche solo opportuni in relazione a tale scopo;

— la posizione di garanzia del medico, e i correlati obblighi di cura, incontrano tuttavia un primo limite, ormai pacifico presso la giurisprudenza italiana, nella contraria volontà del paziente capace, in relazione al diritto fondamentale di costui ad a rifiutare un trattamento medico indesiderato (art. 32 co. 2 Cost.);

— sulla base tuttavia dei principi enunciati dalla Cassazione nella sentenza 16 ottobre 2007, un secondo limite al dovere di cura deve essere ravvisato nella contraria volontà del legale rappresentante del paziente incapace, allorché la scelta di costui — debitamente autorizzata dal tribunale — risulti rispecchiare la volontà presunta del paziente, ricostruita in esito all'esame della complessiva personalità del paziente medesimo secondo le cadenze meglio ricapitolate poc'anzi;

— deve, pertanto, concludersi che, nell'ipotesi in cui il legale rappresentante abbia legittimamente opposto un rifiuto alla prosecuzione dell'alimentazione/idratazione, in capo al medico non sussista più alcun dovere di proseguire nel trattamento, e dunque di impedire in tal modo la morte del paziente ai sensi e per gli effetti dell'art. 40 co. 2 c.p.

Molti passaggi sono a ben vedere comuni ai due schemi argomentativi, e non sono stati qui ribaditi per evitare inutili ripetizioni. L'esito finale è però parzialmente diverso, affermandosi qui la mera non doverosità della prosecuzione del trattamento, allorché invece — in esito all'itinerario alternativo poc'anzi ipotizzato — il risultato era quello della doverosità della sua interruzione. Diverso, altresì, il locus sistematico nel quale collocare la ragione dell'irrelevanza penale del fatto: esclusione del fatto tipico di omesso impedimento della morte (artt. 40 co. 2, 575 c.p.) in questo caso; esclusione dell'antigiuridicità di un fatto tipico di omicidio volontario (art. 575 c.p.) in forza dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), nell'altro. E diverse, conseguentemente, le formule assolutorie: qui "il fatto non sussiste", là "il fatto non costituisce reato".

2.6. Qualche valutazione conclusiva sullo stato del 'diritto vivente'

Si potrebbe, naturalmente, discutere a lungo sulla sostenibilità della categorizzazione in termini commissivi od omissivi della condotta del medico: discussione che rimanderebbe a quella, ben nota alla letteratura bioetica (e ivi da sempre controversa), tra "uccidere" e "lasciar morire".

Mi accontento qui di osservare come, nel caso dell'interruzione dell'alimentazione/idratazione, non mi pare proprio sussista alcun argomento idoneo a falsificare il suo inquadramento giuridico-penale in termini omissivi: il medico, dopo tutto, si limita qui a non sostituire le sacche di liquidi e di sostanze nutritive precedentemente esauritesi¹⁴, rinunciando così a proseguire il

¹⁴ Così anche BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 384 ss.

sostentamento artificiale del paziente — non diversamente, dal punto di vista strutturale, da una madre che non nutra il proprio neonato, assistendo passivamente alla progressiva degenerazione delle sue funzioni vitali e, quindi, alla sua morte. Né dovrebbe trarre in inganno la circostanza che il medico continui doverosamente a compiere una serie di interventi positivi di natura palliativa sul paziente (ad es. la somministrazioni di sedativi e di analgesici), sin tanto che la morte non sia eziologicamente collegabile all'effetto di tali sostanze ma sia, invece, riconcucibile alla disidratazione, non più contrastata dal medico attraverso la somministrazione di liquidi.

La valutazione in termini omissivi della condotta del medico spalancherebbe, d'altra parte, la strada a una sentenza di mera irrilevanza penale del fatto (per difetto di un "obbligo giuridico di impedire l'evento" mediante la prosecuzione dell'alimentazione/idratazione ex art. 40 co. 2 c.p.), senza la necessità di affermare addirittura la sua doverosità ex art. 51 c.p. — ciò che porrebbe immediatamente il problema dell'eventuale diritto all'obiezione di coscienza da parte del sanitario, e potrebbe forse apparire forzato in relazione allo stato attuale del diritto vivente, avendo in fin dei conti la Cassazione espressamente escluso, nel caso di Eluana, che il giudice potesse non solo "autorizzare", ma addirittura "ordinare" il distacco del sondino nasogastrico¹⁵.

Ma il nodo qui realmente problematico non è, a ben guardare, quello dell'alternativa azione/omissione: che è questione che potrà appassionare i penalisti, ma la cui soluzione non sposta granché dal punto di vista del risultato, posto che muovendo da entrambe le premesse è tecnicamente possibile giungere ad un giudizio di irrilevanza penale del fatto, come confido di avere dimostrato. Il nodo centrale, su cui occorre davvero discutere, è quello relativo invece alla fondatezza *de iure condito* dei passaggi argomentativi — essenziali in entrambi gli schemi proposti — che concernono il paziente incapace, e segnatamente il paziente in stato vegetativo permanente che non abbia mai espresso in precedenza alcuna volontà reale in relazione alla prosecuzione, potenzialmente *ad infinitum*, dell'alimentazione/idratazione.

¹⁵ Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, cit., motivi della decisione, n. 8.

Il problema, a ben guardare, sta tutto qui: nella verifica della fondatezza dell'affermazione, compiuta dalla Cassazione nel caso Englaro, secondo cui non è necessariamente contraria all'interesse del paziente la decisione del suo legale rappresentante di interrompere l'alimentazione/idratazione che ne consente la sopravvivenza; una simile decisione potendo anzi risultare conforme a tale interesse, allorché in questo senso vada ricostruita la volontà presunta del paziente. Ricostruzione, questa, affidata dalla Corte in prima battuta al tutore medesimo, eventualmente con il sostegno di un curatore speciale ove vi sia il pericolo di conflitti di interesse, e salva l'autorizzazione da parte del tribunale — se non vedo male — in applicazione analogica degli artt. 375 e 424 c.c.

La questione investe in prima battuta il diritto di famiglia; ma evidente dovrebbe apparirne la cruciale rilevanza anche ai fini della valutazione penalistica del fatto, trattandosi di un passaggio essenziale in ogni possibile *iter* argomentativo che conduca all'irrelevanza penale dell'interruzione dell'alimentazione/idratazione.

Sul punto, va anzitutto rilevato come la Cassazione non si sia affatto 'inventata' una soluzione avulsa dal diritto positivo, come troppo spesso si è detto in questi ultimi mesi. Il riferimento alla volontà presunta del paziente è, in effetti, già stato utilizzato dal legislatore in tema di sperimentazione clinica su persone incapaci (d.lgs. 211/2003), e dunque in un settore di per sé assai delicato, in cui molto forti sono le esigenze di tutela di soggetti 'deboli'¹⁶. Si trattava, d'altra parte, di un criterio autorevolmente sostenuto a livello dottrinale: Ferrando Mantovani — il penalista italiano che più ha studiato la materia dei trattamenti medici — ormai da decenni sostiene che il "consenso presumibile" del paziente, e non lo stato di necessità, costituisce il fondamento e (assieme il limite) della legittimazione degli interventi compiuti su pazienti non in grado di manifestare la propria volontà in ordine alle cure¹⁷. E si tratta, ancora, di un criterio ben consolidato a livello comparatistico, avendo in particolare la Cassazione tedesca condizionato espressamente la liceità dell'interruzione

¹⁶ Come giustamente rileva la stessa Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, cit., motivi della decisione, n. 7.2.

¹⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, II ed., 2005, p. 56 s.

dell'alimentazione/idratazione nei confronti di pazienti in stato vegetativo permanente all'accertamento di una corrispondente 'volontà presunta' dei medesimi.

Ma, soprattutto, il criterio della 'volontà presunta' costituisce, nell'ottica della Cassazione, il naturale corollario di una complessiva ricostruzione delle funzioni di "cura della persona" (artt. 357, 424 c.c.) dell'incapace, che assegna al legale rappresentante il compito di esprimere "la sua autentica e più genuina voce"¹⁸, e di orientare così le proprie scelte relative alla persona dell'incapace non già secondo la propria scala di valori e preferenze, e nemmeno secondo criteri di 'oggettiva' ragionevolezza; bensì calandosi nel mondo ideale del paziente, nel suo fascio di valori, interessi, desideri, così come espressi e manifestati nella sua vita anteriore¹⁹.

In questa chiave, lo stesso concetto di 'interesse' dell'incapace si tinge di colorazioni soggettive, che si aprono alla personale concezione della dignità umana propria di ogni soggetto poi divenuto incapace. Personale concezione della quale, allora, non potrà non tenersi conto allorché debba essere assunta una decisione che riguarda la vita o la morte di un paziente in stato vegetativo permanente; giacché, argomenta la Corte, "accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere mantenuto 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 concezione di vita priva della percezione del mondo esterno". Ebbene, prosegue la Corte, a un tale soggetto "l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale"²⁰: il quale viene chiamato così a farsi interprete della personalità del soggetto incapace, anche nella scelta estrema di rifiutare cure che quest'ultimo avrebbe presumibilmente giudicato incompatibili con il proprio concetto di dignità umana.

¹⁸ Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, cit., motivi della decisione, n. 7.5.

¹⁹ Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, cit., motivi della decisione, n. 7.3.

²⁰ Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, cit., motivi della decisione, n. 7.5.

Il profondo afflato umano che traspare da questi passaggi argomentativi, che non cessa di affascinarci, lascia però nel lettore un senso di vertigine di fronte dell'immensità della responsabilità così assegnata al legale rappresentante, chiamato se del caso a farsi portavoce di una presumibile volontà di lasciarsi morire. La gravità, la definitività delle conseguenze di una simile scelta parrebbero richiedere, verrebbe da dire, qualcosa di più di una volontà presunta, ricostruita necessariamente sulla base di elementi che rischiano fatalmente di apparire evanescenti — il carattere della persona, il suo amore per la vita, qualche sua frase pronunciata in occasione di esperienze emotivamente intense ma senza alcuna particolare previa riflessione, e così via.

Cionondimeno, sono personalmente convinto che abbia avuto ragione la Cassazione nel negare che il mantenimento in vita di un paziente in stato vegetativo permanente, attuato attraverso la somministrazione potenzialmente *ad infinitum* di liquidi e sostanze nutritive, corrisponda sempre al suo 'interesse', e sia quindi sia necessariamente una scelta doverosa per il medico e per tutti i soggetti interessati.

A me pare, anzi, che la soluzione più lineare in materia sia stata, a conti fatti, quella della *House of Lords* in *Bland*: quella, cioè, di negare in via generale che la somministrazione di liquidi e di alimenti al paziente in queste condizioni risponda a qualsivoglia 'interesse' del paziente, ormai incapace di percepire alcun beneficio — foss'anche di ordine palliativo — dall'intervento, e dal suo stesso mantenimento in vita; con conseguente venir meno della doverosità della prosecuzione dell'alimentazione/idratazione, ogniqualvolta sia stata medicalmente accertata l'irreversibilità della sua condizione patologica (e a prescindere, dunque, da ogni problematica ricostruzione della sua volontà presunta). Con ciò i supremi giudici inglesi non hanno affatto inteso negare il valore della vita umana, né la sua 'sacralità'; ma, soltanto, hanno inteso riconoscere la finitezza della sforzi umani in difesa della vita, permettendo che la morte possa intervenire a chiudere un'esistenza ormai irrimediabilmente compromessa, e consentendo al tempo stesso a tutti coloro che quella persona

hanno amato di elaborare il lutto per una scomparsa, nei fatti, già da tempo avvenuta²¹.

Una simile impostazione sarebbe, peraltro, riuscita forse ancora più ostica da accettare da parte dell'opinione pubblica, e da parte di molti giuristi ancora avvezzi a considerare la vita umana come un bene assolutamente indisponibile e intangibile, in qualunque circostanza. L'impostazione prescelta dalla Cassazione — e sulla quale del resto era stata impostata l'intera battaglia, personale e legale, di Beppino Englaro — ha invece la possibilità di far leva sul principio ormai ben consolidato di autodeterminazione del paziente²², sia pure dilatandone i suoi confini ben oltre il suo ambito di applicazione naturale, rappresentato dai pazienti capaci di autodeterminarsi; e ciò, per l'appunto, attraverso la rilettura 'personalistica' del concetto di interessi di incapaci di cui dicevo poc'anzi, unitamente alla prospettiva — cara alla riflessione filosofica nordamericana — della possibile incompatibilità di una condizione di vita irreversibilmente priva di coscienza con la propria personale idea di dignità umana.

Con tutto ciò la soluzione della Cassazione — splendidamente motivata, e certamente compatibile con le fonti normative vincolanti per il giudice, nonostante tutto quanto si è urlato in questi mesi da parte dei suoi critici — resta *de iure condito* controvertibile, in relazione sia alla scelta del parametro (la 'volontà presunta') cui ancorare la valutazione relativa agli 'interessi' dell'incapace in ambito sanitario, sia soprattutto alle difficoltà pratiche di accertamento di una tale volontà presunta: difficoltà particolarmente inquietanti, è inutile negarlo, a fronte di una scelta terribile come quella di lasciar morire per disidratazione una persona, sia pure versante in una condizione patologica a sua volta, per molti aspetti, 'estrema'.

* * *

²¹ Sia consentito il rinvio alle considerazioni svolte sul punto in VIGANÒ, *Dovere di cura e rispetto per la morte*, in *Politeia*, anno XXIV, n. 91, p. 100 ss.

²² Si vedano, sul punto, le preziose repliche di Carlo Alberto Defanti — il medico curante di Eluana — formulate in replica alle mie osservazioni di cui al lavoro citato alla nota precedente (DEFANTI, *Replca*, *ibidem*, p. 108 s.).

3. La prospettive *de lege ferenda*

E veniamo così, in estrema sintesi, all'esame delle novità che stanno per essere introdotte nel nostro ordinamento, le quali appaiono destinate — se il testo approvato coinciderà con quello del d.d.l. 'consolidato' a firma del sen. Calabrò, che pare avere il sostegno dell'intera maggioranza governativa — a incidere in profondità sulle conclusioni sin qui raggiunte.

E' ormai superfluo dedicare in questa sede una particolare attenzione al decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 6 febbraio, poi non controfirmato dal Capo dello Stato e presentato quindi al parlamento come d.d.l. n. 1369, il cui articolo unico — in attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita — vietava nei confronti di "soggetti non in grado di provvedere a se stessi" la sospensione la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione, "in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze". La morte di Eluana Englaro, intervenuta qualche giorno prima del previsto, ha determinato in effetti l'accantonamento di quel d.d.l., il cui unico e dichiarato scopo era quello di imporre il ripristino dell'alimentazione/idratazione ad Eluana; e proprio la morte di Eluana mi dispensa qui dall'onere di discutere se fosse o meno legittima la pretesa del parlamento (e ancor prima del governo) di sovrapporsi a una decisione giudiziale autorizzativa dell'interruzione dell'alimentazione/idratazione in un singolo caso, impedendone l'attuazione.

Con lo sguardo rivolto al futuro, occorre qui piuttosto domandarsi che cosa potrebbe accadere in un caso analogo a quello di Eluana sulla base delle norme che il parlamento si appresta ora a varare.

3.1. Le norme rilevanti contenute nel d.d.l. Calabrò attualmente all'esame del Senato

Il d.d.l. si apre, all'art. 1, con il solenne riconoscimento dei diritti alla vita e alla salute, definendo il primo (co. 4) come diritto "inviolabile ed indisponibile".

L'art. 2 vieta poi, senza definirla, "ogni forma di eutanasia", anche se attuata mediante condotte omissive, richiamando le sanzioni di cui agli artt. 575, 579 e 580 c.p.; precisando di seguito che "l'attività medica, in quanto esclusivamente finalizzata alla tutela della vita e della salute, nonché all'alleviamento della sofferenza non può in nessun caso essere orientata al prodursi o consentirsi della morte del paziente, attraverso la non attivazione o disattivazione dei trattamenti sanitari ordinari e proporzionati alla salvaguardia della sua vita o della sua salute, da cui in scienza e coscienza si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente". All'art. 3 viene specularmente introdotto un "divieto di accanimento terapeutico", precisandosi subito, però, che tale divieto "non può legittimare attività che direttamente o indirettamente [...] configurino pratiche di carattere eutanascico o di abbandono terapeutico".

Le disposizioni contenute in questi primi tre articoli devono peraltro armonizzarsi con le regole in tema di consenso informato di cui al successivo art. 4: e si tratta, lo dico subito, di un'armonizzazione non agevole.

L'art. 4 enuncia al primo comma il principio secondo cui "salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento sanitario è attivato previo consenso esplicito ed attuale del paziente, prestato in modo libero e consapevole"; consenso che, precisa il co. 5, può sempre essere revocato, anche parzialmente.

I commi 6, 7 e 8 disciplinano poi le ipotesi in cui il paziente sia incapace di prestare il consenso, disponendo a) che il consenso per l'adulto incapace sia "prestato" secondo i casi dal tutore, dal curatore o dall'amministratore di sostegno, b) che il consenso per il minore sia "accordato o rifiutato" dagli esercenti la potestà parentale o la tutela, e c) che in caso di urgenza la quale non consenta di acquisire tempestivamente il consenso di tali soggetti, il medico "agisce in scienza e coscienza, conformemente ai principi dell'etica e della deontologia medica". In ogni caso, i commi 6 e 7 precisano (con riferimento rispettivamente al paziente adulto incapace e al paziente minore) che la decisione dei legali rappresentanti deve essere "adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute degli incapaci e non può pertanto

riguardare trattamenti sanitari in pregiudizio della vita” dell’incapace o del minore.

L’art. 4 prevede dunque, nella versione attuale, una regola generale destinata ad applicarsi ai pazienti capaci — per i quali è sempre richiesto il consenso al trattamento medico, salvi i “casi previsti dalla legge” (non meglio precisati dal d.d.l.) —; e prevede poi alcune regole speciali per i pazienti incapaci.

Dal che una prima conclusione: il d.d.l. non prevede alcuna eccezione alla necessità del consenso informato per i pazienti capaci, né *a fortiori* prevede alcuna forma di trattamento coattivo nei confronti di questi in attuazione della riserva di legge di cui all’art. 32 co. 2 Cost. Dunque, un trattamento praticato senza il consenso di un paziente capace, o addirittura in presenza di un suo dissenso, dovrà anche in futuro essere considerato illecito; e in caso di revoca del consenso precedentemente prestato (co. 5), il trattamento diverrà illecito a partire dal momento in cui intervenga tale manifestazione di volontà contraria.

Intuibile l’antinomia che verrà così a crearsi nell’ipotesi in cui un paziente rifiutasse il consenso a (o alla prosecuzione di) un trattamento “ordinario e proporzionato alla salvaguardia della sua vita o della sua salute”, o comunque dal quale “possa fondatamente attendersi un beneficio per il paziente”, che il medico è tenuto a praticare ai sensi dell’art. 2. Si pensi ad un caso analogo a quello di Piergiorgio Welby: due posizioni giuridiche contrapposte verrebbero qui a collisione — da un lato, il diritto del paziente di rifiutare il trattamento, che è altro non è se non il rovescio della regola sul consenso informato sancita dallo stesso d.d.l.; e, dall’altro, il dovere del medico di praticare il trattamento, e di non interrompere il trattamento già attivato —. Un’antinomia, mi pare, che dovrà essere sciolta ancora una volta dal giudice ordinario, sulla base anche dei principi costituzionali e delle carte internazionali dei diritti vincolanti per il nostro paese.

Indicazioni più univoche sono invece fornite nei confronti del paziente incapace (adulto o minore). Il trattamento dovrà qui di regola essere autorizzato dal legale rappresentante; quest’ultimo sarà tenuto ad orientare la propria decisione al criterio esclusivo della “salvaguardia della salute dell’incapace”, e

non potrà “pertanto riguardare trattamenti sanitari in pregiudizio della vita” dell’incapace. La formulazione è, eufemisticamente, infelice (come può ipotizzarsi un “trattamento sanitario in pregiudizio della vita”?), ma il senso è chiaro, e suona come una aperta sconfessione del passaggio centrale nella motivazione della sentenza della Cassazione sul caso Englaro: la determinazione relativa agli interessi dell’incapace in materia di salute dovrà d’ora in poi essere effettuata al metro di un puro giudizio medico, negandosi ogni accesso alla considerazione della complessiva personalità pregressa dell’incapace, che aveva permesso alla Corte di valorizzare le sue inclinazioni ideali, il suo mondo di valori, la sua individuale concezione della dignità umana; elementi tutti che potevano parlare, secondo la Cassazione, anche contro la scelta di proseguire nella somministrazione del sostegno vitale. Al di là degli scivoloni terminologici, la norma ora in discussione sancisce dunque il divieto, in capo al tutore, di assumere decisioni relative alla salute dell’incapace che vadano “in pregiudizio della vita”, come l’eventuale decisione di interrompere l’alimentazione/idratazione: di qualunque natura siano i controinteressi in gioco. Tanto che, nell’ipotesi di “inadempimento (*sic*) o di rifiuto ingiustificato di prestazione del consenso o del dissenso ad un trattamento sanitario” da parte del legale rappresentante dell’incapace (ma che sarà mai un “rifiuto ingiustificato di prestazione del dissenso”?), l’art. 9 co. 2 del d.d.l. prevede che la decisione sia assunta dal giudice tutelare, investito della questione dal medico curante e/o dal pubblico ministero, il quale verrà così a sostituirsi al legale rappresentante limitatamente alla prestazione del consenso all’atto medico, assicurando direttamente il rispetto del criterio decisionale imposto dalla legge.

Né l’interruzione dell’alimentazione/idratazione potrà essere disposta in via preventiva dal soggetto, mediante una dichiarazione anticipata sottoscritta quando ancora era capace. L’art. 5 del d.d.l., con il quale si aprono le disposizioni dedicate per l’appunto alle dichiarazioni anticipate (DAT), esclude espressamente (co. 5) che il soggetto possa in esse “inserire indicazioni finalizzate all’eutanasia attiva o omissiva”; e il successivo co. 6 chiarisce ulteriormente, con una norma la cui portata sembra estendersi anche oltre

l'ambito delle dichiarazioni anticipate, che “alimentazione e idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, sono forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze e non possono formare oggetto di DAT”. La disposizione recepisce in tal modo la tesi che inquadra ogni intervento di idratazione e alimentazione artificiale (anche quella attuato mediante sonda gastrica) come mero “sostegno vitale” o “*basic care*”, e che mira a sottrarre a queste procedure all'area dei “trattamenti medici” e alla relativa disciplina, affermandone sempre e comunque la doverosità. Al di là però dei problemi definitivi, che sarebbe inutile sopravvalutare, univoca è la volontà dei proponenti: quella, cioè, di sancire la doverosità di queste procedure (comunque etichettate), e correlativamente l'illiceità della loro interruzione ove già avviate, indipendentemente dalla eventuale volontà contraria in precedenza manifestata dall'interessato.

3.2. Illegittimità costituzionale della nuova disciplina?

Laddove il d.d.l. dovesse essere approvato, in tutta evidenza una domanda come quella proposta da Beppino Englaro non potrebbe più essere accolta da alcun giudice italiano, stante l'insuperabile ostacolo rappresentato da una legge che impone al legale rappresentante della persona incapace di orientare le proprie decisioni in materia di trattamenti medici al solo criterio della salvaguardia della sua salute, e che espressamente vieta (sia pure con contorta formulazione) l'assunzione di decisioni “in pregiudizio della sua vita”. Il criterio dell'interesse (o del ‘miglior interesse’) della persona incapace, alla cui stregua orientare le decisioni del legale rappresentante concernenti la “cura della persona” dell'incapace (artt. 357 e 424 c.c.) troverebbe qui una declinazione legislativa vincolante per l'interprete. Il legale rappresentante, così stando le cose, semplicemente non potrebbe disporre l'interruzione dell'alimentazione/idratazione, né potrebbe essere a ciò autorizzato dal tribunale; anzi, in caso di suo (illegittimo) rifiuto alla prosecuzione del trattamento, il giudice tutelare sarebbe chiamato a sostituirsi al rappresentante,

e ad autorizzare egli stesso (art. 9 co. 2) la prosecuzione di un sostegno vitale che, per altro verso, il medico ha il divieto esplicito di disattivare (art. 2 co. 2).

Tutto ciò, naturalmente, sino a che la legge non fosse rimossa per volontà popolare (per effetto di un possibile, e già annunciato, referendum abrogativo), ovvero dalla Corte costituzionale per il suo contrasto con la Carta fondamentale.

Senza potere e volere qui sviluppare valutazioni che potranno essere meglio articolate quando e se questa legge vedrà finalmente la luce, non trascurabili sembrano già *prima facie* i vizi di costituzionalità di molte delle norme ora in discussione.

Lasciando qui da parte i profili che concernono il rifiuto del trattamento da parte paziente capace, che potrebbero forse essere già risolti dal giudice ordinario in un'ottica di interpretazione costituzionalmente orientata di una disciplina che — dopo tutto — non prevede allo stato alcuna forma di trattamento “obbligatorio” in grado di soddisfare le riserve di legge (rinforzate) e di giurisdizione di cui agli artt. 13 e 32 co. 2 Cost., rispetto al paziente incapace potrebbe ad es. censurarsi avanti alla Consulta la contrarietà all'art. 32 co. 2 Cost. della norma che vieta di disporre anticipatamente, in qualsiasi circostanza, la propria volontà di non essere sottoposto ad alimentazione e idratazione artificiale, una tale previsione istituendo in effetti un “trattamento obbligatorio” di assai dubbia compatibilità con i principi sinora enunciati dalla Corte costituzionale in materia (secondo i quali ogni trattamento obbligatorio dovrebbe essere funzionale alla tutela sia della salute individuale, sia della salute collettiva²³) e con lo stesso principio del “rispetto della persona umana”, che si pone come limite invalicabile alla stessa discrezionalità legislativa e che non può non contemplare tra i suoi contenuti minimi il rispetto della dignità di ogni persona, e del concetto che questa abbia della propria dignità.

Ancora, rispetto al divieto per il legale rappresentante di disporre l'interruzione dell'alimentazione/idratazione potrebbe rilevarsi il contrasto con gli

²³ Cfr. in particolare C. cost. 258/1994 e, soprattutto, C. cost. 307/1990, ove si afferma che “è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che nerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”.

artt. 2 e 3 Cost. di una disciplina che, in nome della tutela della vita umana (proclamata quale bene indisponibile da parte del suo stesso titolare) presume in via assoluta la conformità all'interesse e ai diritti dell'incapace della prosecuzione a oltranza di un intervento fortemente invasivo del suo diritto fondamentale all'integrità fisica, ed eventualmente della sua concezione di dignità della persona, senza lasciare alcuno spazio alla possibilità di dimostrare che quel concreto paziente non avrebbe desiderato essere mantenuto in vita in quelle condizioni, o addirittura che quel paziente avesse espresso in passato una volontà reale in tal senso (seppur evidentemente non espressa nelle forme di una vera e propria dichiarazione anticipata).

Ma di tutto questo dovremo meglio discutere nella prossima puntata: che si aprirà se e quando il parlamento davvero scioglierà gli indugi che sinora gli hanno impedito di emanare una disciplina organica in materia di decisioni mediche di fine vita — per la verità, senza troppo rammarico da parte di chi, come me, ritiene che la giurisprudenza abbia fatto sinora un lavoro egregio, fissando regole e principi in larghissima misura coerenti con il quadro costituzionale, e con gli esiti cui sono prevenute le giurisprudenze di tutti gli ordinamenti a noi culturalmente più affini²⁴.

²⁴ Per più ampie considerazioni sul punto, sia ancora consentito il richiamo a VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *La Magistratura*, 2008, n. 2, p. 56 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1594 ss.