

I diritti del paziente e i doveri del medico nelle 'scelte di fine vita'

di Cristiano Cupelli *

(Intervento al Convegno "I diritti di fine vita",
svoltosi presso l'Auditorium della Cassa dei Risparmi di Forlì il 4 giugno 2009)

Mi limiterò ad alcune brevi osservazioni, circoscritte alla sfera del diritto penale, ricollegandomi a spunti che sono emersi nel dibattito odierno, tentando di collocarmi nella duplice prospettiva non solo del paziente (e dei suoi *diritti*) ma anche del medico (e dei suoi *doveri*); medico che si trova in una posizione invero alquanto scomoda, per così dire "tra incudine e martello" o – con esemplificazione colorita – potenzialmente "vittima" o "carnefice": comunque *a rischio penale*.

In particolare, tre sono i punti su cui vorrei soffermarmi, tutti correlati tra loro, in una progressione logica che partendo dai *diritti* del paziente giunge, appunto, ai *doveri* del medico:

- a) l'equiparazione tra dissenso *ad iniziare* un trattamento e dissenso *a proseguire* un trattamento già in atto;
- b) la ricostruzione in termini *commissivi* ovvero *omissivi* della condotta del medico che operi la disattivazione di un sostegno artificiale ovvero interrompa alimentazione e nutrizione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo;
- c) le ricadute di un dissenso del paziente al trattamento sui compiti e, più in generale, sulla posizione di garanzia del medico.

E vorrei condurre l'analisi attraverso le soluzioni offerte dalla giurisprudenza nei due provvedimenti più significativi sul tema e che offrono una importante esemplificazione con riferimento rispettivamente a pazienti capaci ed incapaci; mi riferisco e cioè alla sentenza del GUP di Roma sul caso Welby del 23 luglio 2007 ed alla sentenza della Prima sezione civile della Cassazione dell'ottobre del 2007 sulla vicenda Englaro.

1. Consenso *presupposto* e *limite*.

Premessa e punto di partenza obbligato e comune alle questioni è rappresentato dal ruolo rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico come ricostruito ai sensi degli artt. 2, 13 e 32, 2 Cost.: il consenso espresso del paziente al trattamento rappresenta non solo il necessario *presupposto* ma anche l'insuperabile *limite* della posizione di garanzia del medico, di talché un'inequivocabile richiesta del paziente stesso di non essere sottoposto a cure – in uno con l'acquisizione che non può ritenersi gravante sullo stesso il *dovere di vivere ad ogni costo* - fa venir meno in capo al medico lo stesso *obbligo giuridico di curarlo* (anche a costo della sua morte). Viene a mancare il necessario titolo di legittimazione dell'esecuzione del trattamento. Già a questo livello, può ricavarsi una prima *ricaduta* in termini penalistici: *nessuna responsabilità penale* potrà essere ascritta al medico che ometta di praticare trattamenti vitali ad un paziente che coscientemente esprima il suo diritto a non essere curato, nell'ipotesi in cui sopraggiunga la morte.

2. Equiparazione tra dissenso *ad iniziare un trattamento* e dissenso *a proseguire un trattamento già in atto.*

2.1. Equiparazione.

L'adesione alla lettura dominante circa la non doverosità delle cure vitali nell'ipotesi di rifiuto del paziente (quando cioè il trattamento non ha ancora avuto inizio ed il paziente rifiuta di sottoporvisi), e conseguentemente l'irrelevanza penale dell'omissione 'iniziale' del medico, può, almeno a prima vista, non apparire così certa nel caso in cui la morte derivi non già dal progredire della malattia per un'iniziale omissione di cure non consentite, quanto piuttosto dalla interruzione (richiesta dal paziente) di un trattamento già in atto, operata dal medico attraverso la disattivazione di un sostegno artificiale. È questo il caso, ad esempio, dello spegnimento del respiratore artificiale nella vicenda Welby.

Il problema si pone in quanto è forte l'impressione che ci si trovi innanzi ad un'*altra situazione*, alla quale pertanto dover riservare un trattamento giuridico diverso: in questo caso, infatti, il comportamento del medico, dal punto di vista naturalistico, è ascrivibile ad una *azione* (spegnimento del respiratore), invece che ad un mero *non fare* (non iniziare una terapia). Così, questo indubbio profilo di diversità *materiale* può ingenerare il convincimento di trovarsi in un caso maggiormente assimilabile all'eutanasia attiva, quale aiuto a morire, piuttosto che ad un legittimo rifiuto di un trattamento medico, riecheggiando in pratica la classica distinzione – foriera di ben differenti conseguenze in termini di responsabilità penale - tra 'procurare la morte' e 'lasciare morire'.

A ben vedere, tuttavia, l'apparente divario tra le due ipotesi si riduce sensibilmente - ristabilendo la comune riconducibilità alla matrice di un *legittimo rifiuto di terapie* (in questo caso di sostegno vitale) - non appena si rifletta sulla *equivalenza, dal punto di vista normativo, delle due situazioni rispetto al contenuto dell'art. 32 Cost.*

È innegabile, infatti, già sul piano logico – prima ancora che giuridico - che una volta subordinata al consenso del paziente la legittimità circa la praticabilità *iniziale* di cure (anche vitali), sarebbe del tutto incongruente non concordare sulla *necessità anche del suo consenso a proseguirle*, in sostanza nel riconoscimento di una *revocabilità o ritrattabilità del consenso iniziale* (così come di un eventuale dissenso) una volta espresso, con altrettanto piena legittimazione di una rinuncia al trattamento sanitario da parte del singolo. D'altronde, non si potrebbe non arrivare a questa conclusione, anche sul piano tecnico-giuridico, solo riflettendo su come tra i requisiti indiscussi del consenso vi sia la sua *attualità*, e cioè l'esigenza che esso *assisti lo svolgimento di tutta l'attività consentita*.

Pertanto, un comportamento del medico volto ad interrompere un trattamento già iniziato va inquadrato in quello stesso (generale) *dovere del medico* di non eseguire trattamenti sanitari contro la volontà del paziente. Nella prospettiva del paziente si tratta di una *diversa* modalità di attuazione – adeguata al *diverso* caso concreto - del suo diritto fondamentale *a non essere costretto a subire un trattamento medico indesiderato*, rispetto al quale non assume alcun rilievo se il trattamento sia stato già iniziato o no, divenendo la sua prosecuzione "illecita" (in quanto "lesiva del suo diritto fondamentale a non subire alcuna coazione terapeutica") non appena sia stato espresso un valido rifiuto.

Va da sé che qualora si negasse tale equiparazione, legittimando solo un rifiuto iniziale del trattamento da parte del malato, si andrebbe incontro ad una serie di effetti irragionevoli, oltre che paradossali. Per citarne solo alcuni tra i più eclatanti, ad esempio, a seconda della possibilità di interrompere la terapia *da soli* o no, la sospensione di cure sarebbe consentita solo a taluni pazienti e non ad altri, con una *selezione* basata sulla *tipologia* di malattia, sullo *stato di avanzamento della patologia* sofferta (che incide sul momento in cui si può rinunciare o meno) e sul tipo di *terapia attuata* (ad es. un malato di tumore potrà sempre sospendere un ciclo di chemioterapia, non presentandosi alla seduta

successiva se le precedenti sono state ritenute troppo invasive e comunque intollerabili in un rapporto personale di costi/benefici delle stesse cure). Come ulteriore effetto paradossale, poi, nel caso in cui il paziente ritenesse di non potere più sospendere la terapia, potrebbe essere portato a *non intraprenderla affatto*, proprio per il timore che una volta iniziata non la si possa più interrompere e se ne debba quindi rimanere necessariamente *prigionieri*.

2.2. La soluzione prospettata dal GUP di Roma nella sentenza sul caso Welby.

2.2.1. La sentenza.

Una conferma significativa di tale impostazione è offerta dal caso Welby ed in particolare dalla sentenza con la quale il GUP presso il Tribunale di Roma il 23 luglio del 2007 ha prosciolto l'anestesista Mario Riccio dall'imputazione (coatta) di omicidio del consenziente.

Il caso si offre paradigmaticamente per la presenza contestuale di elementi di fatto *chiari ed incontrovertiti* che consentono di vagliare la problematica giuridica. In particolare:

a) di un gravissimo stato morboso degenerativo (distrofia muscolare scapolo omerale in forma progressiva);

b) di una patologia tale per cui, sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche, i trattamenti sanitari praticabili non erano in grado di arrestarne in alcun modo l'evoluzione, con l'unico possibile effetto di differire nel tempo il sicuro esito infausto;

c) di una permanenza in vita assicurata esclusivamente da un respiratore automatico (al quale era collegato sin dal 1997);

d) di una piena capacità di intendere e di volere del malato, circa l'accettazione o il rifiuto dei trattamenti praticati in quanto, nonostante le condizioni fisiche, erano rimaste intatte le facoltà mentali;

e) di una richiesta, informata e pienamente consapevole, rivolta dal paziente stesso dapprima alla struttura ospedaliera ed ai medici che lo assistevano e quindi al giudice civile, di non essere ulteriormente sottoposto alle terapie di sostentamento in atto e di voler ricevere assistenza nei soli limiti in cui ciò fosse necessario a lenire le sofferenze fisiche, ossia il distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione.

Senza ripercorrere qui le tappe dell'intero *iter* giudiziario, possiamo soffermarci sulla sentenza di proscioglimento che ha chiuso la vicenda, nella quale, come è noto, il GUP, ha riconosciuto che il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito di un rapporto terapeutico e sulla base di un consenso valido e 'pieno', "costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p."

Lo schema seguito è quello dell'*adempimento di un dovere: dovere del medico di consentire al paziente l'esercizio di un diritto, costituzionalmente garantito, a rifiutare le cure*.

La soluzione accolta, ossia il riconoscimento della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere, risultava pressoché *obbligata* per il GUP, avendo lo stesso giudice rinvenuto gli elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) della fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), ritenendo in particolare che la condotta (qualificata come *attiva*) dell'anestesista Riccio integrasse l'elemento materiale in quanto, "oltre all'effettiva sussistenza del dato estrinseco del consenso della vittima, il distacco di quest'ultima dal respiratore artificiale effettuato dal predetto determinava il suo decesso dopo poco".

2.2.2. Qualche dubbio.

Se con riferimento all'equiparazione tra rifiuto iniziale di un trattamento e rifiuto di un trattamento già in atto, la sentenza Welby ha riaffermato con forza (e condivisibilmente) tale principio, facendo così chiarezza sul fondamento di liceità del comportamento

dell'anestesista, qualche dubbio residua in ordine all'astratta configurabilità della condotta posta in essere dallo stesso medico, che come accennato il GUP ha qualificato come *commissiva*. E così veniamo al secondo punto, relativo all'indagine sulla natura, commissiva o omissiva, della condotta; indagine che non è poi così secondaria, per le implicazioni che – come si vedrà - evidentemente comporta, *in primis* sulla diversa qualificazione del relativo proscioglimento.

La pronuncia prende una netta posizione sul punto, escludendo categoricamente che il medico si sia limitato “*a non proseguire la terapia in ottemperanza della volontà espressa dal paziente, ponendo in essere una condotta semplicemente omissiva*”; anzi, ravvisa nell'atto del distacco del respiratore “*una innegabile condotta interventista, che non può essere assimilata, e non solo dal punto di vista naturalistico, alla condotta, essa sì, omissiva del medico che si limiti a non iniziare una terapia non voluta dal paziente*”.

Può qui incidentalmente notarsi come nella stessa direzione sembra porsi da ultimo anche il Comitato Nazionale per la Bioetica nel Parere del 24 ottobre 2008 su “*Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*”, laddove qualifica “lo spegnimento di un macchinario che garantisca la sopravvivenza del malato”, in accoglimento di una “competente e documentata richiesta di interruzione delle cure formulata da un paziente in stato di dipendenza” prima come “azione o comunque (...) intervento positivo da parte del medico e della sua equipe”, poi in maniera ancora più netta ed esplicita come “comportamento attivo da parte del medico”.

3. La ricostruzione in termini omissivi della condotta del medico che operi la disattivazione di un sostegno artificiale ovvero interrompa alimentazione e nutrizione artificiali nei confronti di pazienti in stato vegetativo.

3.1. Omissione (mediante azione) dell'ulteriore trattamento.

Una diversa ricostruzione in termini omissivi è tuttavia possibile, ascrivendo tale tipologia di comportamenti all'interno della categoria della «*omissione mediante azione*», nella quale la condotta può dirsi *ommissiva* nel senso che *l'omissione è realizzata attraverso una azione* (in questo caso: una azione che rimuove il sostegno artificiale che impedisce l'evento morte), ovvero, semplicemente, ricostruendola come *omissione dell'ulteriore trattamento* e giungendo quindi a decretarne l'irrilevanza penale per *manca di tipicità* (dell'omissione).

È nota l'esemplificazione proposta sul punto nella dottrina tedesca: “allo stesso modo come il medico omette quando interrompe le misure di rianimazione iniziate con movimenti di massaggio, così si ha solo omissione allorché egli interrompe, su di un piano tecnologicamente più elevato, il lavoro di una macchina”; ancor meglio, si è precisato che “il respiratore ben può essere riguardato (...) come il braccio meccanico, come la *longa manus* del medico che pratica un trattamento di assistenza respiratoria ad un paziente non più in grado di respirare da sé: anziché essere effettuata manualmente a mezzo di un pallone di gomma, la ventilazione è praticata attraverso una macchina che regola il ritmo respiratorio, insufflando forzatamente l'ossigeno nei confronti del paziente”.

Questa lettura si fonda ancora una volta sulla valorizzazione del *profilo normativo della condotta*, incentrato sul *senso sociale* dell'interruzione o della sospensione. In breve: a fronte di una condotta (il distacco da parte del medico del macchinario che prolunga artificialmente la vita del paziente) che naturalisticamente può essere considerata attiva, il significato normativo del comportamento del sanitario – da riportare al diritto costituzionalmente riconosciuto all'art. 32 di rifiutare trattamenti medici indesiderati – va ricostruito in relazione non già al singolo atto (di disattivazione) quanto rispetto al *processo* in cui si inquadra e che ad esso dà significato. In tale prospettiva, si propende per una qualificazione in termini *sostanzialmente e normativamente omissivi*, e cioè di *omissione della prosecuzione della terapia in atto* (non più assentita dal malato). Si può dire che il medico che interrompe le terapie disattivando il sostegno vitale non cagiona positivamente

la morte ma *in sostanza* “cessa di opporsi al processo patologico che lo stava conducendo alla naturale conclusione della sua vita”, desistendo da ogni azione di prolungamento artificiale non più voluta dal malato.

Del resto, si può osservare come, nella moderna pratica medica (nella quale si riscontra uno sviluppo progressivo dell'ospedalizzazione e dei trattamenti artificiali volti a prolungare la fase finale della vita), il semplice *astenersi dal fare* (in questo caso, dal *curare*) richiede talvolta un *quid pluris*; è spesso necessario, per arrivare ad omettere un trattamento, che si *faccia* qualcosa (in questo caso, per l'appunto, che si distacchi un respiratore; tanto più che – come riconosciuto dalla stessa sentenza del GUP sul caso Welby – l'attività di ventilazione meccanica consiste in una “induzione artificiale della respirazione tramite l'azione di una macchina”). Il distacco, così, rappresenta il *modo* in cui la decisione del malato trova la sua *concreta* attuazione, un agire per rispettare la volontà del paziente di sottrarsi a terapie non obbligatorie. Anche qui, allora, come nell'ipotesi pacifica in cui si ometta *ab initio* il ricorso a sostegni artificiali, la condotta si sostanzierebbe in un'omissione; come visto, più precisamente, in un'*omissione delle ulteriori terapie*.

In pratica, può dirsi che si rinuncia alla tecnica ed alle sue degenerazioni, a quel *terzo* elemento che lo sviluppo della medicina ha frapposto al classico rapporto *duale* medico/paziente. Meglio: si rinuncia a ciò che la tecnica artificialmente protrae (vita biologica e funzioni biologiche) e impedisce (il decorso naturale della malattia), accettandosi il *mancato impedimento* della ripresa di *quel* processo patologico che era stato artificialmente interrotto, sul presupposto insuperabile che l'esistenza di una tecnica non può far sorgere un obbligo di utilizzarla o di non potervi rinunciare se inizialmente accettata.

3.2. Il 'problema' causale.

Tornando alla sentenza sul caso Welby, va aggiunto che il GUP ritiene che la natura commissiva della condotta possa ricavarci con certezza anche ragionando *in termini causali*, sottolineando che “*se l'imputato non fosse intervenuto attivamente, staccando il malato dalla macchina che gli assicurava la respirazione assistita, quest'ultimo non sarebbe deceduto quel giorno e a quell'ora*”. Come è ovvio, non può negarsi la sussistenza di un nesso causale; tuttavia, si può dire che sulla base di tale nesso non debba necessariamente inferirsi la natura commissiva della condotta.

Peraltro, meraviglia non poco la perentorietà dell'affermazione del GUP, considerando che, come è noto, proprio nel campo della responsabilità medica si registrano le maggiori difficoltà nel discernere con certezza la natura commissiva ovvero omissiva delle condotte ascrivibili ai sanitari, tenuto conto che nella maggior parte dei casi il comportamento del medico, lungi dall'esplicare una efficacia eziologica esclusiva, si pone quale concausa dell'evento morte (unitamente alla patologia da cui il paziente è affetto); sicché, di frequente, la rilevanza causale finisce per misurarsi solo in relazione all'*anticipazione* dell'evento morte, *comunque inevitabile*.

Tornando al punto, va osservato allora come l'anticipazione di tale evento, connessa al distacco del respiratore, non derivi necessariamente dalla qualificazione della condotta come attiva, essendo un effetto innegabile anche della qualificazione del distacco come “omissione dell'ulteriore trattamento”. Al contrario, la prevalenza accordata al significato normativo della condotta del medico piuttosto che alla dimensione naturalistica legata alla materialità del suo gesto e soprattutto la valorizzazione dell'evento concreto sotto il diverso (ma ugualmente necessario) profilo *modale* (*l'hic*) - oltre che *temporale* (il *nunc*) - potrebbero far propendere per il carattere omissivo della condotta, aderendo ad alcune recenti letture (fatte proprie anche da parte della giurisprudenza di legittimità), per le quali avrebbe natura “commissiva la condotta del medico che *ha introdotto* nel quadro clinico del paziente un

fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi” e “omissiva la condotta del sanitario che *non abbia contrastato* un rischio *già presente* nel quadro clinico del paziente”.

Utilizzando questo *discrimen*, si potrebbe ritenere - nel nostro caso - che l'insufficienza respiratoria che ha causato la morte del paziente rappresenti un “fattore di rischio già presente” nel quadro clinico del paziente (quale effetto irreversibile della patologia da cui questi era affetto, e cioè la distrofia muscolare progressiva), che - non più contrastato artificialmente dalla macchina - conduce *nunc* alla morte.

3.3. Mancanza di tipicità e conseguenze della differente qualificazione.

Tirando le fila del discorso sin qui svolto e riepilogando, alla luce della soluzione privilegiata, che qualifica la condotta come *omissione dell'ulteriore trattamento*, potrebbe dirsi elisa la stessa tipicità del fatto, così da escludere in radice – e cioè già a livello di fatto tipico – la punibilità delle ipotesi di interruzione o sospensione di terapie non più assentite dal paziente. Se il fondamento dell'omissione penalmente rilevante risiede, come è noto, nell'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento (ex art. 40, co. 2 c.p.), è allora innegabile che con il dissenso alla prosecuzione del trattamento manifestato dal paziente – espressione del diritto costituzionalmente garantito agli artt. 13 e 32, co. 2 – venga meno il *dovere di agire* del medico e quindi il suo obbligo di garanzia di proseguire quei trattamenti finalizzati ad impedirne la morte.

Come è stato osservato, molti passaggi sono sovrapponibili nelle due prospettazioni (*comunque*) ‘assolutorie’ per il medico (condotta *commissiva* tipica ma giustificata ex art. 51 c.p. – condotta *omissiva* atipica ex art. 40, co. 2 c.p.). Tuttavia, l'esito finale è in parte diverso. E cioè:

(x) in caso di ricostruzione in termini *omissivi* si avrà la mera *non doverosità* della prosecuzione del trattamento, allorché di contro l'esito in caso di ricostruzione *commissiva* sarà di *doverosità della sua interruzione* (con possibili riflessi sull'obiezione di coscienza);

(xx) in caso di *omissione* l'irrelevanza penale del fatto andrà ricondotta alla più *radicale* esclusione del fatto tipico di omesso impedimento dell'evento-morte (artt. 40 co. 2, 575 c.p.); nell'ipotesi *commissiva*, invece, si dovrà parlare di esclusione dell'antigiuridicità di un fatto *tipico* di omicidio volontario (art. 575 c.p.), ricorrendo alla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.);

(xxx) con riferimento infine alla *formula assolutoria*, in caso di ricostruzione della condotta come *omissione dell'ulteriore trattamento*, il medico sarà assolto perché “il fatto non sussiste”; in caso di *azione*, l'assoluzione si avrà perché “il fatto non costituisce reato”.

Nel complesso, può dirsi che una lettura in termini omissivi della condotta del medico che interrompa una terapia mediante la disattivazione di un sostegno artificiale - ad onta dell'apparente controintuitività rispetto ad un approccio meramente naturalistico - si pone in termini maggiormente aderenti alla realtà delle cose nel loro *concreto* divenire e rende in pieno il *senso* del ‘lasciare in pace’ il paziente, del rispettare – adempiendola - la sua volontà, autodeterminatasi rispetto alle cure prospettate.

4. Il caso Englaro.

4.1. Gli spunti.

Giunti a questo punto, la drammatica condizione nella quale si è venuta a trovare per moltissimi anni Eluana Englaro e la morte sopravvenuta il 9 febbraio 2009 a seguito della sospensione di nutrizione e idratazione artificiali sollevano ulteriori e spinosi interrogativi, al cospetto:

- di un caso estremamente complesso e delicato, relativo ad un paziente divenuto *improvvisamente e traumaticamente* incapace (in una condizione di stato vegetativo) e che

non aveva lasciato alcuna manifestazione *espressa* di volontà rispetto a terapie e scelte di fine vita;

- dell'*autorizzazione* da parte della Corte di appello di Milano dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale (idratazione/alimentazione con sondino nasogastrico) su richiesta del genitore in veste di tutore.

Ai fini del nostro discorso, gli spunti che la vicenda offre concernono, in particolare, la *qualificazione penalistica della condotta del medico* (o meglio, come è avvenuto nel caso di specie, dell'*equipe* medica) che ha provveduto a sospendere l'alimentazione e l'idratazione artificiale alla paziente.

Non possono essere affrontate in questa sede le molte perplessità che una ricostruzione in via presuntiva e attraverso canali meramente indiziari della manifestazione di volontà di un soggetto incapace solleva, pur nella consapevolezza che nel caso Englaro il vero snodo è rappresentato proprio dalla presenza o meno di un reale dissenso alla prosecuzione; in mancanza di una valida manifestazione di volontà alla sospensione del trattamento in atto (o del sostegno vitale) verrebbe meno, infatti, l'elemento decisivo, su cui si fonda la ricostruzione che attribuisce alla condotta di interruzione, naturalisticamente attiva, del sanitario il significato sociale/normativo omissivo.

4.2. Trattamenti medici o sostentamenti ordinari di base?

Ora, accogliendo la ricostruzione della Corte d'Appello di Milano (sulla scia dell'apertura della Cassazione civile del 2007) circa la sussistenza (e la validità) di un '*dissenso presunto*' rispetto alla prosecuzione di trattamenti in atto, si dovrebbe comunque tenere conto della divergenza di opinioni circa la qualificazione di nutrizione ed idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico (NIA) quali '*trattamenti medici*' ovvero quali semplici '*presidi di cura*' (intesi secondo il significato proprio del termine anglosassone *care*) o, se si preferisce, "*sostentamenti ordinari di base*" (richiamando la definizione del Comitato Nazionale per la Bioetica) e delle implicazioni che ne vengono ricavate.

Ebbene: solo se letti come trattamenti medici - rientrando nella sfera applicativa dell'art. 32 Cost. - NIA sarebbero rifiutabili, al pari di ogni trattamento sanitario; non lo sarebbero nel secondo caso (NIA = presidi di cura), così come in tal caso non sarebbero comunque sospensibili da parte del medico, in quanto si tratterebbe di una violazione di basilari doveri di solidarietà verso il malato.

Considerata la delicatezza e l'estrema complessità tecnica della questione - nell'oscillazione tra una nozione oggettiva e soggettiva di atto medico; le posizioni ondivaghe espresse sul punto da organi qualificati, sfociate anche in accese polemiche politiche e nelle more di un provvedimento legislativo sulle direttive anticipate di trattamento ove si preannuncia una presa di posizione sul punto, vanno sicuramente tenute presenti - ai fini del nostro discorso - le nette indicazioni, nel senso di "trattamento terapeutico", offerte dagli ultimi provvedimenti giurisdizionali che hanno affrontato la questione, e cioè quelli della Corte di Cassazione in sede civile, nella sentenza dell'ottobre del 2007, della Corte d'appello di Milano nel decreto 25 giugno 2008, del GIP presso il Tribunale di Sassari, disponendo l'archiviazione in data 9 giugno 2008 nei confronti del medico che aveva in cura domiciliariamente Giovanni Nuvoli e del Giudice tutelare presso il Tribunale di Modena (decreti 13.5.2008; 5.11.2008 e 14.5.2009).

Può anche richiamarsi, *nello stesso senso*, la recente presa di posizione assunta dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO) sulle Direttive anticipate di trattamento (DAT), in un Documento del 13 giugno 2009 all'esito del Consiglio Nazionale riunitosi a Terni.

4.3. La soluzione non muta.

Invero, a fronte dell'incertezza scientifica sul punto, si potrebbe provare a *smitizzare* l'importanza dirimente della valutazione di NIA come trattamento medico o no, riflettendo sui medesimi esiti delle implicazioni 'penalistiche' connesse ad entrambe le ipotesi.

Anche qualificandoli come *presidi di cura* – e ritenendo valido e provato nei termini elaborati dalla Cassazione e recepiti dalla Corte di Appello di Milano il ‘*dissenso presunto*’ del paziente alla loro prosecuzione – si può configurare un *legittimo rifiuto di tali presidi*, rispetto al quale il medico non ha alcun *potere*, né tantomeno *obbligo* di procedere in via forzata, a fronte della loro innegabile attitudine invasiva della sfera corporale e della libertà morale della persona, non foss’altro che per l’esigenza – in quest’ottica assorbente - di procedere nella fase iniziale ad operazioni tecniche ‘qualificate’ (ad esempio per il posizionamento del sondino e l’individuazione dei preparati farmacologici) e, se del caso, anche chirurgiche (con diretta ‘incisione’ sul corpo del paziente). *È quindi sempre necessaria una loro previa legittimazione attraverso la volontà del paziente* – che in questo caso viene a mancare - e di nuovo il rispetto del principio dell’*habeas corpus* (ex art. 13 Cost.) assume una valenza decisiva, richiamando in tal senso le acquisizioni giurisprudenziali in materia di divieto di procedere ad alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame o la fondamentale giurisprudenza costituzionale relativa al divieto di sottoporre indagati o terzi a prelievo ematico coattivo, oltre naturalmente al codice di deontologia medica.

Peraltro, a stretto rigore semantico, il riferimento che all’art. 32 Cost. si fa a “trattamenti sanitari” cui “nessuno può essere obbligato”, implica un *ambito applicativo più esteso* di quello circoscritto alle sole “cure” o “terapie”, così come del resto il termine “sanitario” è più ampio di “medico” e il riferimento al “personale sanitario” coinvolge più soggetti rispetto al “personale medico”; da ciò deriva che anche sospendendo tutte le terapie – e cioè i trattamenti *medici in senso stretto* – residua una sfera di *altri trattamenti sanitari* (che non consistono in terapie ma possono essere somministrati *solo* da personale qualificato: ed è difficile ipotizzare che un soggetto non appartenente a personale sanitario autorizzato possa procedere all’inserimento o al distacco di un sondino nasogastrico o di una sonda nella trachea, nello stomaco o in altra parte del corpo) che sono costituzionalmente *coperti* dall’art. 32 Cost. e *inibiti* senza il consenso del diretto interessato, sempre legittimato a *non essere trattato* contro la sua volontà.

Considerando invece nutrizione e idratazione artificiali alla stregua di *trattamenti medici* – valorizzando il dato che le *tecniche da impiegare* per procedervi sono presumibilmente sanitarie (e come tali possono essere praticate esclusivamente da personale autorizzato e qualificato) e che la *finalità* di tali pratiche è quella di conservare in vita un individuo che non sarebbe in grado di provvedervi da sé (pur senza alcuna effettiva possibilità di concorrere a riacquistare una effettiva ripresa di uno stato di salute psico-fisica, trattandosi di terapie non ‘eziologiche’) - si ricadrebbe *direttamente* nella sfera applicativa dell’art. 32, co. 2 Cost., e si potrebbero comunque riprendere le conclusioni elaborate con riferimento al caso Welby (stante, in questi termini, la sostanziale ‘similitudine’ rispetto ad esempio ad una pratica di respirazione artificiale).

In quest’ipotesi, non rileverebbe poi più di tanto la qualificazione in termini *naturalisticamente* attivi ovvero omissivi della condotta del medico chiamato ad interrompere i trattamenti di NIA (cioè *attivo* distacco del sondino nasogastrico ovvero mero *non facere*, come mancata sostituzione della sacca di liquidi o di sostanze nutritive), assumendo decisivo rilievo ai nostri fini ancora una volta il significato normativo-sociale della stessa condotta, quale *omissione (mancata prosecuzione) dei trattamenti di nutrizione e idratazione*; si potrebbe inoltre ripercorrere il medesimo *iter* argomentativo circa l’attuazione tecnica del rifiuto alla prosecuzione del trattamento, laddove anche necessitasse una condotta naturalisticamente attiva (quale ad esempio la rimozione di sondino), riconducendo il sopravvenuto evento morte alla disidratazione.

Anche qui, dunque, ci troveremmo di fronte all’*assenza per il medico di un obbligo giuridico di (prosecuzione della) idratazione e nutrizione artificiale*, da cui ricavare l’assenza

di significatività penale della sua omissione e la conseguente non punibilità per *atipicità del fatto*.

In questa prospettiva, si possono coerentemente *già* sollevare dubbi di *compatibilità costituzionale* – per contrasto appunto con gli artt. 13 e 32, co. 2 Cost. - di una futura legislazione che rendesse *irrifutabili* nutrizione e idratazione artificiali, sul modello del testo approvato dall'Aula del Senato il 26 marzo 2009 e recante “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*”; qui, all'art. 3, co. 5, si prevede infatti che “*alimentazione ed 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 dichiarazione anticipata di trattamento*”.

5. Le implicazioni sulla posizione di garanzia del medico (e sui suoi obblighi).

La massima valorizzazione del diritto del paziente di rifiutare trattamenti medici indesiderati apre nuove prospettive con riferimento al contenuto della posizione di garanzia del medico. Non vi è dubbio infatti che – richiamando ancora il ruolo del consenso del paziente come presupposto e limite della posizione di garanzia del medico - il consenso libero e consapevole rappresenti appunto un elemento strutturale decisivo per delineare l'esatto ambito operativo degli obblighi del medico e ne plasmi, pertanto, *contenuto* e specifici *limiti*, che per loro natura non sono e non possono essere *fissi* ma in ogni momento *mutevoli*. In sostanza, la peculiarità del vincolo paziente/medico ed il ruolo che il consenso del primo dispiega sui doveri e sugli obblighi del secondo, delineano dei *vincoli interni*, genetici ed insuperabili del rapporto, i quali – latenti sin quando il consenso è validamente prestato e permane – sono pronti a palesarsi a fronte di una inequivoca manifestazione di *volontà negativa* del paziente in corso di terapia. Si ripropone così anche il problema dei *limiti del dovere di cura del medico*, dal momento che è la contraria volontà del paziente alla terapia – espressione della sua compiuta autodeterminazione nelle scelte mediche – a rappresentare una *barriera* al dovere di proseguire *quella* terapia da parte del medico stesso.

In questo nuovo contesto, allora, il medico diventerebbe *garante* non più soltanto della salute del paziente ma anche della sua *libertà morale* (*rectius*: della sua libertà di cura), che si estende sino al diritto di non curarsi *ab origine* o di non essere più curato *in itinere* (anche del paziente che non è in grado di attuare questa libertà da solo). Così, potrebbe ritenersi che il dissenso del paziente alla prosecuzione di un trattamento sanitario, pur vitale (espressione della revocabilità connessa al carattere derivato del ruolo di garante), non faccia radicalmente venir meno in capo al medico la posizione di garanzia, ma ne *muti sostanzialmente il contenuto*, gravando su di lui, in questo caso, il compito di assecondarne la volontà e di assecondarla – comunque – nel modo *tecnicamente* migliore, se del caso anche attraverso la somministrazione di farmaci idonei ad alleviare le sofferenze (c.d. terapie palliative).

5.1. La modifica della posizione di garanzia del medico: i ‘nuovi compiti’.

In altri termini, la mancanza (o revoca) del consenso non eliminerebbe del tutto la posizione di garanzia, ma la modificherebbe incisivamente, rimodulando gli oneri gravanti sul medico, da rapportare alla *aggiornata* dimensione dell'obbligo di protezione rispetto ad un paziente dissenziente; non più, cioè, quello di curare *ad ogni costo* ed incondizionatamente per procrastinare una morte comunque inevitabile, quanto piuttosto (e non esaustivamente):

a) esperire – a fronte di una prima manifestazione di dissenso - un *tentativo di persuasione* nei confronti del paziente, non ideologico né paternalistico, bensì volto a “ricostruire un positivo rapporto fra tutela della salute e gestione consapevole del proprio

essere”, considerato che una scelta di rifiuto di cure vitali non può essere assunta dal medico come un dato immutabile da eseguire passivamente;

b) garantire i più generali doveri di *sostegno morale*, di *assistenza psicologica* e di *cura in senso lato*, rifuggendo comportamenti ispirati a puri formalismi (sia tecnico-scientifici che morali), così da allontanare sia il rischio che alla scelta del diritto di rifiutare le cure si accompagnino deprecabili prassi di abbandono terapeutico, sia quello che dietro un formalistico rispetto dell'autodeterminazione del paziente possa celarsi un'ambigua elusione della responsabilità di fare delle scelte e di fatto si pratici l'abbandono del malato;

c) assicurare al paziente la *necessaria e corretta informazione* (ulteriore rispetto a quella di base prodromica all'acquisizione del consenso iniziale al trattamento medico) *circa il decorso e gli effetti connessi al rifiuto o all'interruzione delle terapie*, così da poterne a pieno apprezzare i rischi connessi, nel rispetto del ruolo decisivo che nel processo di 'concretizzazione' della posizione di garanzia assume la capacità di autodeterminazione responsabile del paziente;

d) infine (e qualora persista una volontà dissenziente) *adottare le procedure più idonee all'interruzione stessa*.

Si badi: in questo modo il medico non si trasforma, come pure si è paventato, in un "acritico esecutore di volontà sanitarie altrui", ma interpreta sul piano applicativo l'*interrelazione di cura* con il suo malato, traducendo *in concreto ed attuando* una manifestazione di volontà finale – espressione di un diritto costituzionalmente garantito -, giunta all'esito di un percorso comune in cui il medico è attore *protagonista* tanto quanto il paziente.

5.2. Medico vincolato dal diritto del paziente.

Al dunque, può ritenersi che il medico, dopo aver adempiuto ai preliminari doveri *persuasivi, assistenziali ed informativi*, pur non obbligato ad eseguire personalmente l'interruzione, sia *vincolato dal diritto del paziente* - espressamente riconosciuto dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel menzionato Parere 24.10.2008 su "*Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*", che tuttavia attribuisce al medico un diritto di *astensione* – di ottenere "in ogni caso (...) la realizzazione della propria richiesta di interruzione della cura", essendo "comunque chiamato a garantire l'assistenza al paziente, a fornirgli le cure palliative, a trasmettere ad altri sanitari tutte le informazioni sul decorso della malattia indispensabili ad una corretta assunzione di responsabilità medica". Si tratterebbe, in sostanza, di un *obbligo di garantire la libertà del paziente - non più in grado di farlo da solo - di non curarsi più* (un *obbligo di garantire il risultato*), seppure *delegabile* ad altro garante mediante un trasferimento di funzioni per ragioni di coscienza.

5.3. Il problema dell'obiezione di coscienza.

Questa potrebbe essere una possibile soluzione del problema dell'ammissibilità dell'obiezione di coscienza.

Come è noto, la questione è assai controversa:

- per la *mancaza di una presa di posizione legislativa sul punto*: a differenza dell'interruzione della gravidanza o della fecondazione assistita, non vi sono in proposito specifici riferimenti nel codice di deontologia medica (in particolare, qui si prevede, all'art. 43, co. 2, con riferimento all'interruzione della gravidanza, che "l'obiezione di coscienza del medico si esprime nell'ambito e nei limiti della legge vigente e non lo esime dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della donna", mentre l'art. 44, co. 5, in tema di fecondazione assistita, fa "salve le norme in materia di obiezione di coscienza"; tuttavia, è anche vero che può comunque richiamarsi, in linea generale, l'art. 4 ("*Libertà e indipendenza della professione*") del medesimo codice deontologico, ove si prevede che

“l'esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull'indipendenza della professione che costituiscono diritto inalienabile del medico”; che “il medico nell'esercizio della professione deve attenersi alle conoscenze scientifiche e ispirarsi ai valori etici della professione, assumendo come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona; non deve soggiacere a interessi, imposizioni e suggestioni di qualsiasi natura”);

- per l'assenza nel nostro ordinamento di una norma che *sanzioni penalmente l'eventuale rifiuto del medico di attuare la volontà del paziente.*

La soluzione potrebbe essere facilitata proprio da una ricostruzione in termini omissivi della condotta del medico. Infatti, come è stato evidenziato “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 naso gastrico”.

Se quindi, come presupposto del discorso, possiamo dire che a fronte di un dissenso alla terapia del paziente la posizione di garanzia del medico non cessa ma ne muta *solo* il contenuto, può coerentemente ammettersi una sua delegabilità (rispetto alla fase esecutiva). In altri termini, si potrebbe ammettere proprio la *possibilità di trasferire, alla luce della teoria del reato omissivo improprio, alcuni compiti relativi al proprio ruolo ad un collega competente e in grado di svolgerli*; una delegabilità di tali compiti, sul presupposto tuttavia del consenso *liberatorio* del paziente, “non essendo unilateralmente disponibile la *titolarità* di una posizione di protezione preposta alla tutela di interessi fondamentali altrui”.

6. Osservazioni in prospettiva *de iure condendo*. Verso nuovi obblighi del medico?

Le considerazioni sin qui svolte circa il contenuto e le implicazioni dei principi costituzionali sui reciproci diritti e doveri di medico e paziente rischiano di essere *ridimensionate* (se non addirittura vanificate) in caso di approvazione definitiva, anche da parte della Camera, del testo del disegno di legge, già licenziato dal Senato il 26 marzo 2009, recante “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*”.

In generale, nella versione approvata dall'Aula del Senato si riconosce che “nessun trattamento sanitario può essere *attivato* a prescindere dall'espressione del consenso informato”, restando fermo “il principio per cui la salute deve essere tutelata come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge e con i limiti imposti dal rispetto della persona umana” (art. 1, co. 1, lett. e), e che “in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizione di morte prevista come imminente il medico debba astenersi da trattamenti straordinari non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura” (art.1, co. 1, lett. f).

Più in particolare, con riferimento ai soli *pazienti capaci*, si stabilisce che, “salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento sanitario è *attivato* previo consenso esplicito ed attuale del paziente prestato in modo libero e consapevole” e che questo “può essere sempre *revocato*, anche parzialmente” (art. 2, co. 1 e 5). Inoltre, si “vieta ai sensi degli articoli 575, 579 e 580 del codice penale ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio, *considerando l'attività medica nonché di assistenza alle persone esclusivamente*

finalizzata alla tutela della vita e della salute nonché all'alleviamento della sofferenza" (art. 1, co. 1, lett. c).

Anzitutto, può osservarsi un *uso improprio* del termine "*eutanasia*", quantomeno sotto il profilo della sufficiente determinatezza – giacché, come è noto, si tratta di un concetto estremamente controverso sotto il profilo contenutistico e riferibile a condotte affatto eterogenee e secondo taluni lecite; basti pensare alla classificazione, con relative implicazioni in termini di liceità o meno, tra eutanasia attiva, passiva, consensuale e non consensuale, diretta ed indiretta, ecc.

Secondo una lettura unitaria del divieto sancito all'art. 1, co. 1, lett. c), e della necessità di un "previo consenso esplicito ed attuale del paziente" limitata alla sola *attivazione* di un trattamento sanitario, par di capire che se anche un paziente cosciente e consapevole richiedesse, una volta iniziato, la sospensione di un trattamento salva vita – esercitando la facoltà di revoca del consenso (art. 2, co. 5) -, il medico non potrebbe assecondare queste sue volontà, a fronte del divieto di porre in essere qualunque pratica di "aiuto" a morire, per l'esclusiva finalizzazione dell'attività medica alla tutela della vita.

Se questo è il senso da attribuire alla normativa, dovrebbe concludersi per l'inefficacia della revoca del consenso, laddove quest'ultima ricada su trattamenti salva vita già iniziati, con l'effetto di ridimensionare l'ambito di applicazione dell'art. 2 co. 5 alle sole ipotesi nelle quali non sia chiamata in causa la "tutela della vita" del paziente.

Tutto ciò rappresenterebbe, come è ovvio, un *passo indietro* nel percorso di ormai consolidato superamento del paternalismo medico ed uno svuotamento del contenuto essenziale del ruolo del consenso informato, con conseguenze dirimpenti anche sul piano penalistico; si stravolgerebbe l'essenza della posizione di garanzia del medico nei confronti del paziente, ridisegnandone la sfera dei doveri: non più chiamato ad interagire *effettivamente* con il malato nella valutazione *critica* di costi e benefici di un percorso terapeutico, ma *obbligato ex lege* a proseguire un trattamento iniziato. Così, nel caso del distacco del ventilatore artificiale da parte del medico, a fronte di una richiesta di un paziente capace non potrebbe più dirsi carente il suo obbligo giuridico di continuare a praticare quel trattamento necessario a mantenerlo in vita, ben potendosi ravvisare ora a suo carico – *anzi* - un preciso *dovere* di *non* interromperlo. L'omessa prosecuzione delle ulteriori terapie - *tipica*, ai sensi degli artt. 40, co. 2 e 579 c.p., e *non giustificata* - esporrebbe quindi il medico ad una responsabilità penale. L'*obbligo di azione* del medico, allora, potrebbe arrestarsi solo in un caso, invero residuale, trasformandosi in *obbligo di astensione*: quando, "in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizione di morte prevista come imminente", non restino che "trattamenti straordinari non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura" (art.1, co. 1, lett. f).

È indubitabile allora che si possa avanzare *già in via preventiva* qualche *dubbio di compatibilità costituzionale* di una siffatta legislazione che, come visto, finirebbe per *alterare* l'asse fisiologico dei rapporti tra medico e paziente. Il contrasto sarebbe anzitutto con l'*art. 13 Cost.*, *forzandosi* – violandola – la libertà personale, come libertà *anche solo* di *non subire intrusioni indesiderate o manomissioni sul proprio corpo*, pur attraverso trattamenti medici esplicitamente rifiutati. Ma soprattutto si prospetterebbe una collisione con l'*art. 32, co. 2 Cost.*, il cui contenuto essenziale verrebbe nella sostanza disatteso, annullandosi ogni spazio di rilevanza alla volontà del paziente rispetto alla prosecuzione di una terapia *già iniziata ma non più voluta*.

* Ricercatore di diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".