

IL PENALISTA DI FRONTE ALLE SCELTE DI FINE VITA¹

di

Giovanni Caruso

Università degli Studi di Padova

Abstract

The issue of physician's penal responsibility, against rejection of inmate's treatments has become reason of large debate – in medical area and philosophical-ethics area – by the political and media exposure of tragical existential cases, respectively on years 2007 e 2008, of Piergiorgio Welby and Eluana Englaro. On this paper, the author try to provide a contribution clarifying complex bio-ethics subject moving by criminal law point of view, at first confronting with the sentence of "Riccio's case", then evaluating implications of "Englaro's case". In the background, the all-constant attention to constitutional implications of the right to health and therapeutical self-determination, with the review of topic in the light of an investigation, sensitive to historical depth of right ratify by art. 32 of Italian Constitution. The result clearly visible of this study is represented by proposal of affronting, by juridical point of view, the issues of end of life without ideological constraint, and however exploit ontologically the sense that life, health, medicine and right submit in the existential experience of each one.

1. Il tema della responsabilità penale del medico a fronte di un rifiuto di cure del paziente è divenuto motivo di ampio dibattito – tanto in ambito medico, quanto in ambito etico-filosofico e giuridico – per l'esposizione politica e mediatica delle tragiche vicende esistenziali, rispettivamente nell'anno 2007 e 2008, di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro.

1

¹ Testo integrato dell'intervento del 13 aprile 2011 tenuto presso l'Università degli Studi di Padova in occasione del Convegno "Diritto e Medicina si incontrano: dibattito sulle scelte di fine vita".

Ognuna di queste vicende ha sollecitato importanti riflessioni sul piano giuridico, oggi particolarmente vivide nel corso dei Lavori Parlamentari della Camera sul testo di legge relativo al cd. testamento biologico, già approvato dal Senato della Repubblica².

Rimandando alla parte conclusiva del mio intervento alcune riflessioni sul testo di legge approvato dal Senato – e, come noto, oggetto di ampio dibattito, nonché spigolose polemiche –, vorrei richiamare l'attenzione anzitutto sui temi giuridici di maggior risalto dei due casi umani che hanno catalizzato l'attenzione nel corso degli ultimi due anni, e dai quali è giunta forse a maturazione la scelta politica – scientifiche, religiose, filosofiche, *etc.* – del nostro Legislatore di assumersi specifiche responsabilità in termini di regolamentazione normativa.

2. Per vero, le vicende di P.W. ed E.E., spesso impropriamente accostate sulla scia di una comune spinta emozionale della comunità, si sono caratterizzate diversamente per essenziali contesti esistenziali e sfondi problematici.

In via di estrema sintesi, nel caso di Piergiorgio Welby – soggetto affetto da una patologia neurodegenerativa tale da precluderne del tutto i movimenti ma non da oscurarne la lucidità, la coscienza e la possibilità di comunicare con il mondo esterno –, si è assistito all'esperienza giudiziaria di un medico anestesista che ne aveva assecondato l'espressa richiesta di interruzione delle cd. 'terapie salvavita', mediante il distacco del respiratore artificiale, somministrando altresì al paziente il trattamento farmacologico idoneo a evitare le indicibili sofferenze che il conseguente soffocamento avrebbe altrimenti determinato. Ne scaturiva, come noto, un procedimento penale a carico del medico in relazione all'ipotesi criminosa di omicidio del consenziente previsto dall'art. 579 c.p. (intitolato 'Omicidio del consenziente', il cui primo comma recita: "*Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni*"), procedimento conclusosi con una sentenza di proscioglimento del G.u.p. presso il Tribunale di Roma del 23 luglio 2007.

² Cfr. XVI Legislatura - Scheda lavori preparatori Atto parlamentare: 2350, attualmente in fase di 1^a lettura alla Camera dei Deputati. Testi reperibili anche in: <http://www.camera.it/cartellecomuni/leg16/documenti/progettidilegge/IFT/frameset.htm>.

Cercando di offrire una schematizzazione giuridica chiarificatrice del contesto problematico, occorre dire che, nel caso 'Welby', il giurista si è trovato in presenza di un'espressa, consapevole, matura e sofferta³ decisione del paziente di rifiutare la prosecuzione delle 'terapie salvavita', alla quale avrebbe fatto speculare riscontro il conseguente comportamento del medico, che, con contestuale sedazione del malato, avrebbe operato il distacco del respiratore artificiale, condotta dalla quale sarebbe poi conseguito il decesso di Piergiorgio Welby.

Nel caso di Eluana Englaro, invece, la situazione è stata quella di una donna ormai da sedici anni in stato vegetativo permanente (non persistente) in conseguenza di un sinistro stradale, in quanto tale priva, secondo lo stato delle conoscenze mediche e scientifiche, di ogni aspettativa di recupero della coscienza, ma tenuta artificialmente in vita da un sondino nasogastrico che ne assicurava l'alimentazione e l'idratazione, e il cui tutore, nella persona del padre Beppino Englaro, dopo anni di traversie giudiziarie, si era visto riconosciuto, con provvedimento della Corte d'Appello di Milano del 25 giugno 2008, il potere di farne interrompere il trattamento di alimentazione e idratazione artificiali.

Il caso, quindi, si sarebbe caratterizzato rispetto a quello di P.W. per l'assenza di una specifica richiesta della donna, enucleata a ritroso e inferenzialmente solo mediante l'elaborazione critica della sua ipotetica volontà alla luce dei comportamenti tenuti e dei convincimenti espressi quando ella era ancora vitale e cosciente, dalla ricostruzione particolareggiata dei suoi principi, dei suoi valori, dei suoi orientamenti culturali, filosofici, religiosi. In definitiva, in questo secondo caso, non c'era stata una richiesta personale ed espressa di sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali.

³ Si ricordi l'appello al Presidente della Repubblica, affinché venisse affrontata anche a livello istituzionale la questione; l'esistenza di un libro di testimonianze di Welby, con il quale esprimeva chiaramente la volontà di porre fine alla propria sofferenza esistenziale, etc.

3. Non è certo un compito agevole quello di offrire un contributo chiarificatore sul tema movendo dall'orizzonte del sapere giuridico. Ne è riprova la circostanza che le due vicende dianzi brevemente ricordate abbiano costituito motivo di decisioni contrastanti⁴, e che analoghe richieste proposte da altri pazienti fossero state trattate, sostanzialmente nel medesimo arco temporale, in modo completamente difforme (emblematico il caso Nuvoli⁵).

Schematicamente, il tema cruciale dei rapporti tra diritto penale e scelte di fine vita può presentarsi nel modo seguente: cosa, nei 'casi difficili', il medico deve o non deve fare?; cosa, in quegli stessi casi, il medico può o non può fare?

Un primo quesito, che si è esemplarmente posto nel caso W., è relativo ai possibili profili di responsabilità penale del medico che, accogliendo la richiesta di sospensione di 'cure salvavita' formulata dal paziente, lo lasci morire: si configura, in tali casi, il delitto di omicidio del consenziente?

Il Tribunale di Roma ha ritenuto che il fatto commesso dal medico anestesista, pur configurando il delitto previsto dall'art. 579 c.p. sul piano della 'tipicità' formale della fattispecie – e cioè in termini di 'astratta configurabilità' (sul piano obiettivo e 'causale', il medico pone in essere una condotta che è causa efficiente del decesso) –, fosse tuttavia non punibile poiché scriminato dalla causa di giustificazione dell'adempimento del dovere del sanitario, avente ad oggetto l'obbligo giuridico di assecondare l'espressa e univoca volontà del paziente.

4

⁴ Voglio ricordare come, nel caso W., prima della sentenza di proscioglimento, il G.i.p. avesse disposto l'imputazione coatta a carico del dott. Riccio; come l'originario ricorso di P.W. - presentato nel dicembre 2006 al Giudice civile ex art. 700 c.p.c. al fine di ottenere il distacco del ventilatore artificiale - fosse stato dichiarato inammissibile; per non parlare del caso E., in cui, oltre il coinvolgimento della Cassazione su impugnazione del tutore della donna, è stato sollevato da Camera e Senato anche conflitto di attribuzioni, dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale.

⁵ Procura della Repubblica Sassari, 13 febbraio 2007, in cui si richiedeva al P.M. di disporre il distacco del ventilatore artificiale del paziente con provvedimento d'urgenza di natura preventiva ex art. 321 c.p.p., per impedire che il delitto di violenza privata ex art. 610 c.p., integrato dal rifiuto dei medici di operare direttamente il distacco, e conseguentemente ragionando una forma di costrizione al trattamento terapeutico ricusato dal paziente.

Nel caso specifico, il giudice romano ha ritenuto non punibile il medico poiché la sua condotta – pur, come già detto, con-causativa della morte del paziente – sarebbe stata tenuta nell'adempimento di uno specifico dovere (art. 51 c.p.: *"L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità"*).

In altri termini, nel caso 'Welby' il Tribunale di Roma avrebbe ravvisato tale causa di non punibilità, assumendo che il medico avesse il dovere, giuridico oltre che deontologico-professionale, di dar corso esecutivamente al rifiuto di cure espresso dal paziente, sulla scorta dell'interpretazione 'autonomistica' dell'art. 32, co. 2 Cost., che vieta, in termini generali, l'imposizione coattiva di un qualsiasi trattamento sanitario. Tale disposto costituzionale, consacrando il principio di autodeterminazione terapeutica della persona, avrebbe sancito in capo al singolo un vero e proprio diritto soggettivo di libertà, al quale sarebbe corrisposta una correlativa posizione di dovere in capo al medico. Sul medico, in definitiva, sarebbe gravato il dovere giuridico di astenersi dall'intraprendere le terapie ruscate dal malato, e di interrompere quelle già in atto laddove la prosecuzione delle stesse fosse stata da quest'ultimo successivamente ruscata.

È utile mettere a fuoco i passaggi essenziali della sentenza⁶.

In primo luogo, l'immediata precettività – e non il mero carattere programmatico, secondo un'obsoleta opzione ermeneutica – dell'art. 32, co. 2 Cost., avrebbe consacrato il principio di autodeterminazione terapeutica, alla cui stregua ogni intervento sanitario è sempre condizionato dalla volontà libera e consapevole del paziente.

⁶ GUP c/o Tribunale di Roma, sent. n. 2049/07 del 23 luglio 2007, dep. il 17 ottobre 2007 (Imputato Riccio, cd. sentenza Welby).

In secondo luogo, la sostanziale irrilevanza giuridica dell'essere o meno qualificabile, il trattamento sanitario di ventilazione assistita, come un'ipotesi di cd. 'accanimento terapeutico', a fronte di una espressa e consapevole manifestazione di volontà del malato a non proseguire la terapia, fosse essa ordinaria o straordinaria, di cd. sostegno vitale o meno.

In terzo luogo, la natura terapeutica in senso proprio della ventilazione assistita, anche se attinente al sostegno di funzioni vitali, posto che, diversamente opinando, anche un intervento cardiocirurgico, pure complesso, non si sarebbe potuto qualificare come intervento terapeutico in quanto anch'esso eseguito a sostegno di una funzione vitale, qual è indubbiamente quella svolta dal muscolo cardiaco.

In quarto luogo, l'irrilevanza del fatto che l'Imputato non fosse l'abituale medico curante di P.W., considerando come in ogni caso tra i due si fosse instaurato un rapporto finalizzato a un intervento a contenuto sanitario, ben individuato da medico e paziente, e cioè il distacco dal respiratore artificiale con la contestuale somministrazione di sostanze sedative.

In quinto luogo, in presenza delle condizioni sopra menzionate, il medico, al di là del prevedibilmente certo esito letale della sospensione della terapia, non si sarebbe potuto esimere dal dar corso alla volontà interrottiva del malato, anche con una **condotta commissiva**, quale quella concretamente tenuta dal Dott. Riccio.

La tenuta logico-giuridica della motivazione del Tribunale romano appare, *prima facie*, inespugnabile.

Su tale *iter* logico-giuridico è possibile svolgere qualche breve, e quantomeno problematica, considerazione.

4. Con riferimento all'art. 32, co. 2 Cost., va certamente riconosciuto che la letteratura giuridica e la giurisprudenza costituzionali oggi prevalenti offrono una lettura 'autonomistica' e 'volontaristica' del rapporto medico-paziente, nel senso che il precetto costituzionale riconoscerebbe, in capo al singolo, un vero e proprio diritto soggettivo perfetto di libertà terapeutica,

il cui esercizio sarebbe condizione indispensabile, in assenza di situazioni di urgenza ispirate al *best interest* del malato incapace di esprimere la propria volontà, per l'esecuzione di qualsivoglia trattamento medico: il diniego di sottoporsi a cure o la loro interruzione rappresenterebbe quindi una facoltà riconosciuta all'individuo insuscettibile di essere ostacolata o negata, alla sola condizione che la volontà del soggetto sia stata espressa liberamente e con piena informazione.

Senonché, tale interpretazione dell'art. 32, co. 2 Cost., per quanto oggi particolarmente diffusa, non è l'unica a essersi imposta in seno alla dottrina costituzionalistica, essendovi autorevoli studiosi⁷ che hanno cercato di offrirne una lettura carica sia di spessore storico – alla luce di un'attenta indagine sui lavori in seno all'Assemblea Costituente –, sia di spessore sostanziale – sensibile al rapporto ontologico, assiologico e giuridico che deve legare medico e paziente –.

È opportuno soffermarsi su tale opzione ermeneutica, alternativa rispetto a una valorizzazione integrale e 'totalitaria' della primazia volontaristica del paziente nel rapporto col medico.

⁷ Cfr. MORTATI C. (1891-1985), *La tutela della salute nella costituzione italiana*, ora in ID., *Raccolta degli scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano 1979, pp. 433-446; MONTANARO C., *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamento sanitario «non obbligatorio»)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, anno ventottesimo, 1983, parte prima, pp. 1155-1177 (pp. 1173-1177); e MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano 2002, p. 201.

5. Sul piano storico, si è contestato che l'art. 32 Cost. abbia corrisposto all'esigenza di consacrare, in termini assolutistici, il principio 'volontaristico' in tema di diritto alla salute, negandosi che esso abbia inteso innovare rispetto al principio giuridico dell'**indisponibilità della vita umana**.

Secondo una ermeneutica valorizzata dalla cultura penalistica di area cattolica⁸, l'articolo 32 della Costituzione dovrebbe essere interpretato nella

⁸ Cfr. RONCO M., *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *Cristianità*, maggio-agosto 2007, n. 341-342, 11 ss.; EUSEBI L., *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, 252 ss. Secondo i due autorevoli penalisti, l'art. 32, senza per nulla e in nulla innovare al principio fondamentale della indisponibilità della salute, intende evitare che l'autorità amministrativa eserciti autonomamente e discrezionalmente le sue facoltà per garantire e promuovere l'«interesse» della collettività, costringendo i cittadini a interventi, nell'interesse della collettività, che non siano previsti dalla legge e che non rispettino la persona umana. A questo scopo contempla, nella prima parte del comma 2, la riserva di legge, soggiungendo, appunto, nell'ultima parte, che neppure la legge può permettere trattamenti o interventi irrispettosi della persona umana. Il problema cui risponde l'articolo 32, comma 2, della Costituzione consiste nel regolare il rapporto fra l'individuo, titolare del diritto personalissimo alla salute, e la pubblica amministrazione, portatrice dell'interesse pubblico generale. L'individuo, infatti, non è una monade isolata, priva di comunicazioni e di relazioni con gli altri componenti della società. Ciascuno, invece, è avvinto da obblighi ineludibili di solidarietà, ben scolpiti a livello costituzionale dall'articolo 2, che ricollega i diritti fondamentali dell'individuo, sia come singolo sia come componente delle varie formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, ai doveri inderogabili di «*solidarietà politica, economica e sociale*». In nulla e per nulla tale disposizione porta innovazioni al principio d'indisponibilità della vita e della salute, limitandosi a circoscrivere gli interventi dell'autorità spesi nell'interesse della collettività. Il valore indisponibile della salute come diritto individuale e come interesse sociale è riaffermato vigorosamente, e per nulla affatto sminuito, offuscato o addirittura negato. Gli interventi non rispettosi della persona umana, che la Costituzione ha voluto del tutto vietare, sottraendoli anche alla possibile loro previsione attraverso la legge, sono quelli che la follia del biologismo e del razzismo eugenetico aveva prima incoraggiato e successivamente praticato, non soltanto nella Germania nazionalsocialista, ma anche in altri Stati. L'esame della discussione tenuta nell'Assemblea Costituente impone di escludere, al di là di ogni ragionevole dubbio, che l'articolo 32, comma 2, abbia modificato il principio della disponibilità della vita e della salute umana. Gli Autori rammentano come tale disposizione, infatti, fosse stata proposta e approvata, pur fra qualche opposizione, estremamente significativa, ispirata a ideologie collettivistiche o individualistiche, per garantire la persona dal possibile intervento coattivo dello Stato, allo scopo di eseguire, in particolare, la sterilizzazione. Poiché il Comitato incaricato dalla Commissione per la Costituzione, la cosiddetta «Commissione dei 75», per la redazione dell'articolo sulla salute aveva respinto il seguente emendamento aggiuntivo: «*Nessun trattamento sanitario può essere obbligatorio se non per legge. Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana*», l'on. Aldo Moro (1916-1978), che ne era stato, insieme con l'on. Paolo Rossi (1900-1985), il presentatore, lo ripresentò in Commissione, illustrandone il significato. Ciò avvenne nella seduta del 28 gennaio 1947. L'on. Moro spiegò che la seconda parte dell'emendamento - «*Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana*» — intendeva porre «[...] anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana. Si tratta, prevalentemente, del problema della sterilizzazione e di altri problemi accessori». Rispondendo, poi, all'obiezione dell'on. Giuseppe Grassi (1883-1950), che riteneva opportuno lasciare libero il legislatore ordinario di decidere se la sterilizzazione, per certe ragioni, fosse «giusta», l'on. Moro così rispondeva: «[...] non si vuole escludere il consenso

sua integralità. Anzitutto il comma 1 del medesimo, statuendo che *«la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»*, implicherebbe solo che lo Stato non possa strumentalizzare tale diritto a profitto di altri beni, siano essi individuali o collettivi. Per esempio, nessuno potrebbe essere sottoposto a sperimentazione farmacologica, diagnostica o terapeutica per il progresso della scienza, né potrebbero ammettersi attività lavorative, pur utili alla collettività, che mettano a rischio la salute del lavoratore.

La salute individuale sarebbe, però, anche un **bene per l'intera comunità**, come affermato esplicitamente dall'ultima parte del comma 1 dell'articolo 32. La salute rimane, pertanto, **un diritto non disponibile e non negoziabile**, giuridicamente e logicamente insuscettibile di contenere il suo contrario, come sarebbe se tale diritto si riducesse al principio dell'assoluta autodeterminazione e il suo oggetto consistesse tanto nel **bene positivo** della vita e della salute quanto nel suo **annientamento**.

In effetti, il comma 2 dell'articolo 32, secondo cui *«Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»*, rivela una saggezza pratica esemplare, risolvendo con equilibrio il problema delle modalità con cui l'interesse pubblico alla salute di ciascun individuo, costituzionalmente riconosciuto, può essere fatto valere nei confronti del suo titolare⁹.

9

del singolo a determinate pratiche sanitarie che si rendessero necessarie in seguito alle sue condizioni di salute; si vuol soltanto evitare che la legge, per considerazioni di carattere generale e di male intesa tutela degli interessi collettivi, disponga un trattamento del genere». Alla inequivocabile spiegazione dell'on. Moro, che sottolineava il significato della norma nella relazione fra «dignità personale» e «interessi collettivi», si opponeva l'on. Umberto Nobile (1885-1978) per la ragione che *«bisogna, ad esempio, considerare se nel caso di gravi forme di pazzia ereditaria, la legge non abbia il dovere di prevedere misure sanitarie atte ad impedire che siano messi al mondo degli infelici destinati con certezza al terribile male»*. L'emendamento venne approvato in Commissione, con una lieve variazione - *«rispetto della persona umana»* al posto di *«dignità umana»* - nella seduta del 28 gennaio 1947.

⁹ Cfr. RONCO M., *L'indisponibilità della vita*, cit., 21 ss.

Ancorché assecondando una lettura ormai minoritaria – ma non per questo meno autorevole – del testo costituzionale alla luce dell'*intentio legislatoris*¹⁰, si è dimostrato che l'intento dei Costituenti, ben attuato nella disposizione, fosse solo quello di vietare in modo assoluto le **misure degradanti che la storia allora recente aveva reso tragicamente attuali**, come la **sterilizzazione eugenetica** e la **sperimentazione su «cavie umane»**, e, per nulla affatto, invece, quello di apportare innovazioni al principio dell'**indisponibilità della vita e della salute**.

6. Sul piano dei significati ontologici, assiologici e giuridici del rapporto medico-malato, è stato posto in luce che quando l'autonomia del malato diventa esclusiva¹¹, a scapito della composizione bilanciata di tutti i principi bioetici in vista di una decisione pure rivolta al **maggior bene, anche spirituale, del malato**, il rapporto terapeutico rischia di subire una **innaturale torsione in senso contrattualistico**, con lo smarrimento delle sue più rilevanti connotazioni etiche e deontologiche.

10

¹⁰ Per una critica alla pretesa di raccordare il tenore precettivo del testo costituzionale al referente dell'intenzione storica dei costituenti, cfr., da ultimo, VALLINI A, *Rifiuto di cure 'salvavita' e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 59 ss.

¹¹ Il movimento per l'assoluta autonomia, che pretende di attribuire al singolo il «diritto» di vita e di morte, trova alimento nel rifiuto del processo naturale della morte, che induce a due atteggiamenti irrealistici di segno opposto. Il primo sopravvaluta il potere della scienza e della pratica medica allo scopo di procrastinare il momento finale della vita. Il secondo, allo scopo di cancellare dall'orizzonte esperienziale il processo naturale del morire, pretende di anticiparne il momento, che si vorrebbe provocare artificialmente non appena la vita non può essere più vissuta secondo *standard* di qualità fissati alla luce di criteri utilitaristici ed edonistici. Una pretesa siffatta si avvale dei mezzi della medicina, secondo fini contrari, però, alla sua natura e alla sua intrinseca finalità. Il rifiuto del processo naturale verso la morte è caratterizzato da una *hybris* dell'intelligenza, che sfocia in una volontà di potenza, intenzionalmente sovvertitrice della realtà, quasi che l'uomo potesse sottrarsi alla sua essenziale finitudine. Dal rifiuto della condizione umana scaturiscono due atteggiamenti opposti quanto agli effetti: l'idolatria della salute, per un verso, e la liberazione dalla vita, per un altro verso, quando la salute più non possa essere piena e totale, soddisfacente secondo *standard* socialmente accettati. Questi atteggiamenti di fronte al processo della corruzione fisica e psichica non afferiscono soltanto alla valutazione della vita nelle sue fasi terminali, quando ormai la patologia si è sviluppata fino a rendere tenuissimo il filo dell'esistenza, ma anche alla valutazione di fasi della vita di gran lunga antecedenti, proponendo un salutismo e un efficientismo fisico esasperati, che impediscono l'equilibrato sviluppo della personalità. Lo sguardo va alla pretesa di conservare a tutti i costi determinate funzionalità o determinati aspetti esteriori del corpo. In molti snodi dell'attuale pratica medica si è insinuato un accanimento pseudo-terapeutico che vuole sconvolgere i ritmi naturali cui è soggetta l'esistenza fisica dell'uomo e della donna. La chirurgia estetica si presenta come una forma di accanimento medico per sostituire un'età artificiale all'età anagrafica. La stimolazione farmacologica dell'attività sessuale maschile; la protrazione della funzionalità riproduttiva della donna attraverso la posticipazione della menopausa, etc.

Va ricordato che almeno a partire dal secondo dopoguerra¹², si è affermato un metodo certamente equilibrato tra medico e paziente, definito di «**alleanza terapeutica**», secondo cui la decisione curativa deve essere assunta nell'orizzonte del **maggior bene del paziente**, ancorché individuato in modo condiviso **alla luce dell'esperienza soggettiva di vita e dei desideri del malato**, nonché della oggettiva proporzione fra i benefici prevedibili e i costi di sofferenza del trattamento.

11

¹² Desto un particolare interesse l'itinerario tra 'paternalismo medico' vs. primato volontaristico nei rapporti tra medico e paziente segnato da AMATO S., *Esiste un dovere di curarsi?*, in *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, a cura di FURNARI M.G., RUGGERI A., Torino, 2010, 24 ss. L'Autore sottolinea il risalto paradigmatico assunto, nel delineare i due diversi accostamenti del sanitario al paziente, rispettivamente da due diverse visioni della salute e della medicina, rispettivamente qualificabili come 'oggettiva' e 'soggettiva'. La prima, nata nella temperie culturale dell'ottocento senza avere nulla a che vedere con le questioni di fine vita o con il problema della sofferenza, è strettamente legata allo statuto della medicina all'interno del paradigma scientifico, e cioè al tentativo di costruire la medicina integralmente su metodo empirico, presentandola come un sistema coerente e strutturalmente indifferenziato che si sviluppa nei laboratori e si trasmette nei manuali. In tale quadro, con la scienza, la medicina deve condividere "l'irresistibile potere dell'evidenza" (così BERLIN I., *La libertà e i suoi traditori*, Milano, 2002, 55) e, quindi, di riflesso quel dispotismo intellettuale che erige il medico, come qualsiasi altro scienziato, a dominatore assoluto entro il proprio orizzonte di conoscenze, contribuendo ad edificare un mondo pieno di malattie senza malati, zeppo di sintomi ma povero di dubbi, aggrappato agli 'standards' e refrattario alle sensazioni. Straordinariamente efficace nel delineare tale accostamento autoritario del medico al paziente, Michel Foucault affermava: "Per conoscere la verità del fatto patologico, il medico deve astrarre il malato dal corpo, non deve prenderlo in considerazione che per metterlo tra parentesi e liberare sotto lo sguardo medico la natura e la combinazione dei sintomi, della crisi e delle altre circostanze che accompagnano la malattia" (FOUCAULT M., *Nascita della clinica*, Torino, 1969, 20 ss.). In questa prospettiva, la salute appare anzitutto un dovere, un dovere di ubbidienza ai dettami di un sapere tendenzialmente indiscutibile proprio perché certo: se il malato non ha alcuna legittimazione scientifica per opporsi al medico, non ha nemmeno alcuna legittimazione etica per opporsi alla terapia. Con la conseguenza che il dovere di curarsi lascia i libri e l'impegno dei medici per passare a condizionare l'esistenza dei malati, per divenire dovere di curarsi. La seconda visione della salute, invece, trae origine dalla tragedia delle sperimentazioni nei campi di sterminio, con i deportati descritti brutalmente come cavie, i loro corpi come apparati e la loro morte come interruzione meccanica del funzionamento. Così, se il Codice di Norimberga affiderà la dignità di ogni uomo alla centralità del consenso informato, l'Organizzazione mondiale della sanità (*World Health Organisation*) costruirà la salute come un diritto fondamentale, al pari del diritto alla vita, alla casa, al lavoro, all'istruzione, alla partecipazione politica. Questo diritto, in effetti, entra a far parte del tessuto costituzionale di molti paesi (ormai più di cento), come un diritto a carattere prevalentemente sociale che riguarda gli obblighi dello Stato di garantire un'assistenza di base gratuita e in ogni caso accessibile alla maggior parte della popolazione. Successivamente, tuttavia, con il crescere della complessità delle scelte terapeutiche, assume un carattere sempre più soggettivo, divenendo uno dei corollari fondamentali del diritto di autodeterminazione. Anche il nostro art. 32 Cost. ha evidentemente subito tale torsione ermeneutica al mutare del contesto storico di riferimento.

Ma sarebbe proprio il principio di **beneficità** – comprendente, quale suo presupposto, il "*primum non nocere*"¹³ – e di **giustizia**, colti attraverso la ragione dialogante tra medico e malato, a soccombere irrimediabilmente laddove si erigesse a unico criterio della decisione terapeutica l'ineffabile e inesplicata volontà del paziente in quanto tale.

Il modello dell'«**alleanza terapeutica**», invece, scaturito dalla valorizzazione del «consenso informato», sottolinea l'esigenza che al centro della medicina stia il **rapporto fra il medico e il paziente**, come «[...] incontro tra due soggetti che nasce da uno stato di bisogno del malato e si esprime come richiesta d'aiuto»¹⁴. L'incontro instaura «[...] una relazione comunicativa che è di per sé asimmetrica a causa della disuguaglianza di competenze e dello stato di necessità in cui versa il malato. Cercare di colmare la loro distanza pur mantenendo la differenza data dalla conoscenza scientifica del medico, significa preservare l'apertura e la disponibilità alla comunicazione esistenziale [...]. Curare il paziente vuol dire non solo attuare un intervento terapeutico, ma anche comprendere attraverso un processo ermeneutico l'uomo malato nella cui biografia la malattia si iscrive»¹⁵.

12

¹³ È opportuno differenziare il principio di «non maleficità», «*primum non nocere*», dal principio di «beneficità», perché il primo obbliga tutti in modo primario, e quindi precede qualsiasi tipo d'informazione e di consenso. Che il medico non possa arrecare alcun danno al paziente è principio incondizionato, onde non è lecito arrecargli un danno — per esempio, la morte — anche se il paziente lo chiede. Le due parti del principio — non maleficità e beneficita — sono documentate nel giuramento d'Ippocrate (460-377 a.C.) e costituiscono il fondamento della medicina in Occidente. Come si vedrà nel testo, il giuramento di Ippocrate è stato stigmatizzato, con sempre maggior vigore a partire dagli anni 1970, come la base del «paternalismo». È pacifico, comunque, che almeno il principio di non maleficità non possa essere tacciato di «paternalismo». Tale principio risulta in modo particolare al n. 2 del capitolo secondo, *La terapeutica*, del giuramento: «*Giammai, mosso dalle premurose insistenze di alcuno, propinerò medicamenti letali, né commetterò mai cose di questo genere. Per lo stesso motivo mai ad alcuna donna suggerirò prescrizioni che possano farla abortire, ma serberò casta e pura da ogni delitto sia la vita sia la mia arte*» (cit. in DIEGO GRACIA GUILLÉN, *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, trad. it., con Prefazione di Sandro Spinsanti, San Paolo, Cinisello Balsamo [Milano] 1993, 58). Il principio di beneficita, che sottende peraltro l'intero giuramento, è espresso in modo particolare al punto 1 del capitolo secondo di esso, ov'è detto che «[...] difenderò [i malati] da ogni cosa ingiusta e dannosa» (cit. *ibidem*). Cfr. un'ampia informazione, *ibid.*, 32-88.

¹⁴ Cfr. MARNIGA B., *Per una revisione critico-filosofica ed epistemologica della medicina contemporanea*, in *Medicina e morale. Rivista di Bioetica e Deontologia medica*, nuova serie, anno XLVIII, n. 5, Roma, settembre-ottobre 2008, 989 ss., spec. 999.

¹⁵ *Ibidem*.

Il modello dell'«alleanza terapeutica», in altri termini, si contrappone non soltanto al «paternalismo», ma preserva altresì la medicina da ogni forma di **contrattualismo** e di **deteriore burocratismo**, troppo spesso tali da alimentare un pregiudizievole **accostamento difensivistico** del medico al capezzale del paziente, laddove la valorizzazione del dialogo come centro nevralgico del rapporto diviene l'imprescindibile condizione affinché **tanto la libertà** quanto **il bene del malato**, cardini attorno a cui ruota l'attività medica, trovino una conciliazione anche nei casi difficili.

L'alleanza terapeutica ha un oggetto determinato, che segna i confini della **decisione condivisa**, tale per cui né il medico può spingersi oltre l'obiettivo del **bene integrale del paziente**, né quest'ultimo può pretendere che il **medico rinunci** a perseguire questo bene, sia pure valutato alla luce della sua esperienza, dei suoi desideri e dei suoi piani di vita. Per converso, esigere che il medico si faccia strumento asettico e 'senza alleanza' del mero libito del paziente rischierebbe di legittimare una relazione contrattualistica di natura diversa da quella che contrassegna indelebilmente la medicina.

Come non convince una concezione 'paternalistica' della medicina, altrettanto non può accettarsi una sua interpretazione in chiave **meramente «individualistica» e «contrattualistica»**, come se il suo oggetto fosse la prestazione di quanto è dedotto nel contratto, senza alcun riferimento ai significati profondi, ontologicamente non negoziabili, della missione 'ippocratica' del medico e della medicina.

D'altro canto, ciò non comporta affatto che la pratica medica possa attuarsi prescindendo o prevaricando il volere e la libertà del singolo. Per il giurista, tuttavia, è necessario identificare, con piena consapevolezza critica, le peculiarità che l'alleanza terapeutica e il dialogo tra medico e paziente esprimono **sul piano giuridico**. Occorre, in altri termini, far affiorare i significati autenticamente giuridici, in termini di liceità e d'illiceità, di legittimità o di illegittimità, dei comportamenti del medico e del malato, al di là del grado di (im)possibilità **di fatto**, per il terapeuta, di impedire le eventuali decisioni anticonservative del paziente.

Infatti, sul piano giuridico, se, da un lato, è indubitabile che il compito di cura del medico non può trascendere autoritativamente la libera determinazione dell'individuo, dall'altro lato è altrettanto vero che l'ordinamento giuridico non potrebbe, senza contraddizione, considerare al contempo giuridicamente apprezzabile tanto la protezione quanto la soppressione della vita, tanto la tutela quanto il pregiudizio della salute. Più precisamente, non potrebbe considerarsi come **'diritto azionabile in giudizio'** il potere di fatto di ciascuno, per esempio, di negarsi la vita, suicidandosi, ovvero serbando condotte volte a peggiorare le proprie condizioni di salute, ovvero ancora omettendo contegni che sarebbero idonei a migliorarle. Specularmente, non potrebbe configurare un obbligo correlativo a un «diritto» del paziente, che rifiutasse consapevolmente le cure utili alla salute, quello di astensione del medico dal praticarle. Basti pensare al fatto suicidiario: l'individuo **può** certo suicidarsi, esercitando un potere di fatto sul proprio corpo; **può** determinare il peggioramento o impedire il miglioramento delle sue condizioni di salute, non curandosi. Ma questi poteri non sono espressione di un **diritto**, bensì di mere **facoltà di fatto**, prive di tutela nell'ordinamento giuridico e non azionabili come pretese giuridiche nei confronti dei terzi¹⁶.

7. Va detto che tale impostazione giuridica della questione attualmente appare, vieppiù alla luce dei casi Welby ed Englaro, certamente minoritaria.

¹⁶ Cfr. RONCO M., *op. cit.*, 21.

Premesso e ribadito che il Tribunale di Roma radicalmente escluso che nel caso di Welby si potesse parlare di accanimento terapeutico¹⁷, l'unico

¹⁷ Come noto, vi sono stati diversi tentativi di offrire una definizione di accanimento terapeutico. In un documento del Comitato Nazionale per la Bioetica (Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana, Roma 1996) si legge: "Trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica". In questa definizione sono presenti tre elementi principali: 1) la documentata inefficacia e quindi l'inutilità (o, nei termini della letteratura bioetica anglosassone, la *futility*); 2) la gravosità del trattamento e infine 3) l'eccezionalità dei mezzi terapeutici. Per meglio comprendere quali comportamenti, nella realtà clinica, potrebbero ricadere nella definizione proposta dal Comitato facciamo un esempio concreto. In un paziente operato di un tumore maligno del polmone si manifesta, a distanza di qualche mese, una metastasi a carico della colonna vertebrale che comprime il midollo spinale e provoca la paralisi degli arti inferiori e della vescica oltre ad intensi dolori. Questa situazione è gravemente invalidante ed è causa di dolore e sofferenza, ma di per sé non conduce a morte. Una tempestiva irradiazione della colonna vertebrale nel punto malato attenua i dolori senza risolvere la paralisi. Mettiamo ora che, a seguito di un cateterismo vescicale, reso necessario dalla paralisi, subentri una grave infezione con setticemia. Il malato è altamente febbrile e a rischio di vita. Se non trattato tempestivamente con terapie antibiotiche mirate e a dosi massicce è probabile che vada incontro alla morte. Se viene trattato secondo le regole dell'arte, ha buone probabilità di guarire dall'infezione e di sopravvivere per qualche settimana o magari per qualche mese, ma sempre paralizzato e sopportando intensi dolori e il disagio di altre complicazioni dovute alla paralisi degli arti inferiori. Molte persone sarebbero inclini a pensare che la somministrazione degli antibiotici rientri nella categoria dell'A.T., in quanto il suo risultato consente sì di prolungare la vita, ma rischia di aggravare-prolungare la sofferenza del malato; eppure così non è alla luce dei criteri del CNB. Infatti la terapia antibiotica 1) è molto probabilmente *efficace*, 2) non è di per sé particolarmente *gravosa* e da ultimo 3) non è affatto *eccezionale*. Vediamo un secondo esempio. La metastasi vertebrale del paziente è situata ad un livello molto alto, cioè nelle prime vertebre cervicali. Essa comporta non solo la paralisi non solo degli arti superiori, ma dei quattro arti e dei muscoli respiratori: il paziente è a rischio immediato di morte per insufficienza respiratoria. Che cosa può fare il medico? Può sottoporre il malato ad intubazione tracheale ed iniziare una ventilazione meccanica permanente. È chiaro che la qualità di vita del paziente si deteriora ulteriormente: egli non sarà in grado di muovere gli arti, non potrà parlare (a causa del tubo tracheale) e non potrà sopravvivere se non collegato al ventilatore. Si tratta di AT? La maggior parte di noi sarebbe portata a rispondere affermativamente, ma – sempre alla luce dei criteri del Comitato – ciò è per lo meno discutibile. Infatti l'assistenza ventilatoria in questi casi è sicuramente *efficace* (essa può consentire una sopravvivenza di qualche settimana o di qualche mese), anche se è certamente *gravosa* e probabilmente *eccezionale* (ma oggi meno che in passato: il paziente potrebbe tornare a casa con un piccolo ventilatore portatile). Anche in un caso estremo come questo, dunque, non tutti i criteri dell'AT sono soddisfatti. Non stupisce perciò che, ad onta della generale riprovazione dell'AT che possiamo leggere sui documenti e sui testi di bioetica del nostro Paese, quella "cosa" che viene designata come AT sia regolarmente praticata in tutti gli ospedali italiani. La definizione contenuta nella versione del 1995 del *Codice deontologico* dell'Ordine dei Medici all'art. 13 sembra essere più aderente alla realtà clinica. L'articolo in questione recita: "Il medico deve astenersi dal cosiddetto accanimento diagnostico-terapeutico, consistente nella ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per il paziente o un miglioramento della qualità della vita". In questa definizione è contenuto in sostanza solo un criterio: *l'inefficacia in relazione all'obiettivo del beneficio del paziente*. Pur nella sua genericità, nella definizione del Codice ricadrebbe per lo meno il nostro secondo esempio, se non anche il primo. Entrambe le definizioni hanno un punto in comune: esse tentano di definire l'AT *in modo oggettivo*. Il loro intento è chiaro: permettere ai medici di individuare autonomamente comportamenti che, configurandosi come AT, siano da evitare. Resta però un grave problema irrisolto: dato che i concetti di beneficio e di qualità della vita non

elemento di delibazione è consistito nella necessità di **rispettare la volontà terapeutica del paziente**, in ossequio al principio 'volontaristico' in tema di trattamenti sanitari.

Movendo dalla prospettiva di un diritto laico e secolarizzato, la soluzione sembra a prima vista del tutto convincente: si tratta di un **diritto perfetto, azionabile giuridicamente, oggetto di una specifica norma costituzionale precettiva**.

Senonché, le cose sono meno lineari di quanto a tutta prima potrebbe apparire.

Per esibirne la complessità, sono utili alcuni esempi: anche se affiorasse la consapevolezza e la volontarietà dell'aspirante suicida, chi agisca per impedire l'evento suicidiario potrebbe avvalersi della scriminante dello stato di necessità previsto dall'art. 54 c.p.¹⁸ (o, forse, anche della legittima difesa del terzo prevista dall'art. 52 c.p.¹⁹)? Se la volontà di uccidersi è *pleno iure* una volontà riconosciuta quale espressione massima della libera

16

possono prescindere dalla soggettività del malato, una definizione strettamente *oggettiva* di AT si avvera impossibile. La recente revisione del Codice del 2006 cerca di tener conto di ciò; l'articolo 16 recita infatti: "Il medico, *anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse* (il corsivo è mio), deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita".

¹⁸ Art. 54 c.p.: "**Stato di necessità**: Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretto a commetterlo".

¹⁹ Art. 52, c.p.: "**Difesa legittima**: Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità;

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale".

autodeterminazione, quale titolo avrebbe il terzo per impedire l'esecuzione dell'intento suicidiario, se non ammettendo una **prevalenza** del bene indisponibile della vita rispetto a quello dell'autodeterminazione? Non dovrebbe forse rispondere di violenza privata ex art. 610 c.p.²⁰ in caso di intervento salvifico? Se il bene della vita fosse **giuridicamente disponibile**, e **non solo di fatto**, e se dovesse sempre abdicarsi al compito di salvare la vita, quale titolo avrebbe l'agente della forza pubblica o il privato cittadino per intervenire in soccorso dell'aspirante suicida, coartandone la volontà?

I penalisti sanno bene che chi trattiene una persona che sta per lanciarsi da un ponte nel vuoto non è responsabile di violenza privata ai sensi dell'art. 610 c.p.; che chi strappa di mano con violenza la pistola a colui che abbia in animo di spararsi un colpo di arma da fuoco, procurandogli lesioni, non sarà responsabile del delitto di cui agli artt. 582 e 583 c.p., poiché tali atti anticonservativi giustificano la tutela del diritto minacciato da parte del terzo, evidentemente perché il danno che occorre prevenire si configura come **ingiusto**. Ma se il danno è ingiusto, come può esso scaturire dall'esercizio di un diritto costituzionale quale quello previsto dall'art. 32, co. 2 Cost.?

Si potrebbe obiettare che ben diverso è l'impedimento del suicidio, sopra esemplificato, dall'obbligo del medico di seguire obbligatoriamente e pedissequamente la volontà anticonservativa del paziente. Ma anche tale obiezione non sembra del tutto convincente.

Proviamo, infatti, ad arricchire il caso di una diversa connotazione: una persona si lancia volontariamente da un ponte a fini suicidiari, riportando gravissime lesioni; viene soccorso da terzi, i quali lo trasportano d'urgenza al più vicino ospedale, dove viene sottoposto alle cure di un anestesista-rianimatore. Si può davvero pensare che quel medico, consapevole dell'origine delle gravi lesioni del paziente, che affondano le radici su di un'univoca e volontaria scelta anticonservativa, non intervenga *quoad vitam* solo considerando la necessità di non interferire con l'esercizio della libertà esistenziale abdicativa del tentato suicida?

²⁰ Art. 610, c.p.: "Violenza privata: *Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare, od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni. La pena è aumentata se concorrono le condizioni prevedute dall'art. 339*".

Se un soggetto che ha tentato il suicidio è rimasto in vita, ma sia bisognevole di un'intubazione per superare una crisi cardiopolmonare, l'anestesista rianimatore applicherà la macchina salvavita al paziente, oppure si asterrà dal farlo, per il timore di commettere una violenza privata o di coartare ingiustamente la volontà libera del paziente? Ma proviamo a immaginare il caso del paziente intubato che, a fine suicidiario, ripetutamente tenti di allontanare da sé il respiratore artificiale alla presenza di un anestesista/rianimatore: il medico che si preoccupasse di impedire tale gesto non terrebbe forse una condotta esattamente analoga a quella di colui che impedisce un qualunque suicidio?

8. Sembra, quindi, che l'exasperazione del principio volutaristico nel sagomare il rapporto tra medico e paziente rischi, da un lato, di tradire in radice il significato autentico dello statuto ontologico e deontologico del medico, e, dall'altro, non consenta di cogliere adeguatamente il senso della richiesta di aiuto del malato, la quale va interpretata dal sanitario ben oltre le aride indicazioni esteriori della manifestazione di volontà, e deve invece iscriversi nella complessa rete di patimenti psico-fisici e invocazioni all'autentica arte prudenziale sanitaria. Quando il paziente si toglie il tubo, è perché esprime una volontà di morte, o perché non sopporta più le sofferenze? Il medico deve dunque comprendere empaticamente il malato, prima di ratificarne notarilmente gli impulsi volontari.

L'essere medico, in questo senso, si riflette nell'accorato grido del paziente: "è il più terrificante dei sentimenti rendersi conto che il medico non sa vedere la tua realtà, che non sa capire quello che senti, e che sta andando avanti semplicemente di testa sua. Cominciavo a sentire di essere invisibile e forse di non esserci nemmeno"²¹.

Ma se le cose stanno in questi termini, occorre forse maturare la consapevolezza – anche nella più ferma considerazione laica della vita, della morte e della malattia – che, per paradossale che possa apparire l'affermazione, la morte e la malattia non costituiscono oggetto di **diritti azionabili**, ma solo **necessità della finitudine umana**, né costituiscono oggetto di 'diritto' di libertà le scelte, certamente tali di fatto, di non fronteggiarne alla radice le possibili cause²².

²¹ Cfr. LAING R.D., *L'io diviso. Studio di psichiatria esistenziale*, Torino, 2001, 115. Parole che conducono ad interrogarsi su quanto il comprendere l'altro, non in senso esclusivamente emotivo o esclusivamente razionale, sia un fondamento importante delle relazioni umane. Sarebbe però troppo riduttivo, pur nella sua accezione generale, associare questa "comprensione dell'altro" al termine 'empatia'. L'empatia è infatti un costrutto che va più in profondità, che implica alcunché di più difficile attribuzione. In greco il termine "*empathia*" (passione) stava a definire l'ingresso nella sofferenza di un'altra persona fino ad identificarsi con lei. Gli autori romantici tedeschi del XIX secolo (Herder e Novalis) coniarono il termine "*Einführung*" (letteralmente immedesimazione) per descrivere l'esperienza di fusione dell'anima con la natura, concepita quest'ultima quale flusso vitale e spirituale. E' però nell'ambito della fenomenologia che l'empatia diviene vero oggetto di studio. Fu la filosofa Edith Stein ad approfondire tale ricerca ponendosi in antitesi al dualismo cartesiano. La ricerca filosofica contribuì alla sua conversione dal credo ebraico al cattolicesimo fino alla scelta di entrare nell'ordine delle Carmelitane col nome di Teresa Benedetta della Croce, canonizzata nel 1998 da Papa Giovanni Paolo II; per le sue origini ebraiche fu internata dai nazisti e morì ad Auschwitz nel 1942. La Stein fu allieva di Husserl e ottenne il dottorato in filosofia all'Università di Friburgo nel 1916 discutendo la tesi "Sul problema dell'empatia"; sul punto cfr. STEIN E., *Das Einfühlungsproblem in seiner historischen Entwicklung und phänomenologischer Betrachtung*, dissertatie, Freiburg im Breisgau, 1911; secondo la Stein per 'empatia' era da intendersi l'atto mediante il quale la persona si costituisce attraverso l'esperienza dell'alterità, cioè del rapporto con l'altro. Per usare le sue parole "l'empatia è l'atto paradossale attraverso cui la realtà di 'altro', di ciò che non siamo, non abbiamo ancora vissuto o che non vivremo mai e che ci sposta altrove, nell'ignoto, diventa elemento dell'esperienza più intima cioè quella del sentire insieme che produce ampliamento ed espansione verso ciò che è oltre, imprevisto". Sul punto, di recente, per la distinzione tra 'compassione' ed 'empatia', cfr. NUSSBAUM M.C., *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004, spec. 393-403.

²² Per uno sguardo complessivo delle implicazioni teoretiche della finitudine e della sofferenza umane, tra paradigma tragico e giudaico-cristiano, cfr. il bellissimo studio di NATOLI S., *L'esperienza del dolore. Le forme del patire nella cultura occidentale*, Milano, 2006³, 1-387.

Certo, la vita e la salute, come beni personalissimi, non possono essere garantiti coattivamente attraverso un'azione direttamente rivolta contro la volontà del loro titolare. Ma ciò non perché quei beni siano **giuridicamente disponibili**, bensì perché la loro indisponibilità non può che ultimamente affidarsi alla **determinazione consapevole e libera di ciascuna persona**, tanto che un intervento coattivo volto a costringere alla cura implicherebbe la negazione della libertà della persona e, quindi, di un aspetto essenziale della sua dignità²³.

9. Ciò non significa certo contestare l'esclusione della penale responsabilità del dott. Riccio per la morte di Piergiorgio Welby. Semmai, è il caso di interessarsi della correttezza giuridica della qualificazione penalistica della vicenda offerta dal Giudice romano.

In effetti, sembra che la non punibilità non si sarebbe dovuta fondare sull'assolutizzazione del dogma volontaristico, tradottosi nell'affermazione, penalisticamente contraddittoria, di un 'diritto di morire' al quale far corrispondere uno speculare 'dovere di dare la morte' in capo al sanitario, secondo una chiave di lettura dei compiti del medico che ne depriva di ogni senso ontologico ed etico l'amorevole funzione antalgica e curativa nel rapporto col paziente.

Tale lettura sembra invece essere stata accreditata dal Tribunale di Roma, e affiora nelle letture laicistiche, ma non laiche²⁴, del caso Englaro.

20

²³ Semmai, ci si dovrebbe interrogare su cosa significhino 'vita e morte naturali', distinguendo i casi in cui non è la vita a essere prolungata, ma la morte a essere tecnologicamente ritardata. D'altra parte, che le scelte di fine vita siano un portato della pretesa tecnologica di infiltrarsi nelle dinamiche esistenziali costituisce acquisizione pacifica della cultura contemporanea. Sul punto, cfr. AMATO S., *Esiste un dovere di curarsi?*, in *Rinuncia alle cure e testamento biologico*, cit., *passim*.

²⁴ Laico non vuol dire affatto, come sempre più spesso si ripete, l'opposto di credente (o di cattolico) e non indica, di per sé, né un credente, né un ateo, né un agnostico. Laicità non è un contenuto filosofico, bensì una *forma mentis*: è essenzialmente la capacità di distinguere ciò che è dimostrabile razionalmente da ciò che è invece oggetto di fede, a prescindere dall'adesione o meno a tale fede; di distinguere le sfere e gli ambiti delle diverse competenze, in primo luogo quelle della Chiesa e quelle dello Stato; per l'individuazione delle origini etimologiche e concettuali della laicità, cfr. BENEDETTI U., *L'interpretazione della laicità*, in AA.Vv., *Laicità nella Chiesa*, Milano 1977, *passim*; MONTEVECCHI O., *Laos. Linee di una ricerca storico-linguistica*, in Aa.Vv. *Papyrologica Bruxellensia*, 19, Bruxelles 1979, 51-67; DI LUCA G., *Il cristiano laico. Verso una nuova maturità*, Roma 1989, 105-125; LAZZATI G., *Il laico*, Roma 1986, 9-23.

In proposito, va denunciato come conseguenza di una mentalità giuridica esasperatamente tecnicistica quello di favorire l'indebita estensione del concetto di eutanasia a situazioni e condotte che, tutto al contrario, non presentano alcun carattere illecito.

In questa prospettiva, va detto con forza che **il principio di indisponibilità della vita**, presupposto ontologico di tutti gli altri diritti della personalità, non è compatibile **con l'abbandono**, ma nemmeno **con l'accanimento terapeutico**. Quest'ultimo, inoltre, non deve essere decifrato solo alla luce delle oggettive condizioni terminali di vita del paziente, ma anche soggettivamente, alla sequela dei suoi desideri, delle sue speranze, dei suoi valori e nel pieno rispetto della sua integrale identità siccome formatasi nel corso dell'esistenza. Il dissenso manifestato alla prosecuzione delle cure va inquadrato in questo **paradigma dialogico-esistenziale** tra medico e paziente, quale espressione del rispetto ultimo preteso dalla persona inferma **per la propria vita spirituale e non meramente biologica**, quale attestato ultimo della natura razionale e responsabile dell'essere umano, consapevole che **anche la qualità della morte fa parte integrante della dignità della vita**.

È opportuno proporre un esempio significativo degli errori indotti da una visione che sovrappone erroneamente gli schemi giuridici alla realtà: si parte dal considerare come atto omicidiario il distacco a un paziente di una macchina di sostegno vitale, senza considerare **se il suo uso abbia portato o meno benefici al paziente e se tale uso potrà in futuro apportarne eventualmente altri, anche alla luce dell'interesse e delle aspirazioni, delle sofferenze e dei convincimenti del paziente, amorevolmente raccolti dal medico al suo capezzale nel dispiegamento dell'alleanza terapeutica**.

Ma il distacco del respiratore artificiale dal paziente viene visto **esclusivamente nel suo profilo causale**, e non nel profilo intenzionale, né in quello assiologico-sostanziale, alla luce dell'insieme delle circostanze, della diagnosi e della prognosi ricollegabile all'uso dello strumento.

In quest'ottica ottusamente causalistica, ogni distacco del respiratore viene letto come atto omicidiario. L'uso degli strumenti di sostegno vitale diventa così **obbligatorio in ogni caso**, pena la responsabilità per omicidio volontario, anche quando l'uso della macchina è **assolutamente inane in relazione alle condizioni del paziente e alle sue potenzialità di vita**.

In forza di questa abnorme costruzione giuridica si fa scaturire l'accusa ai medici, che non abbiano applicato lo strumento di sostegno vitale o, più ancora, che lo abbiano distaccato, di praticare l'eutanasia, cioè l'omicidio del consenziente. Proprio per questo si pretende, poi, con illogica coerenza, di «legalizzare» l'eutanasia attiva, al fine di evitare l'ingiusta criminalizzazione del medico.

L'ideologia di una medicina difensivistica – dannosa tanto al medico, che necessita di slancio terapeutico, quanto al malato, che deve beneficamente fruirne – in tal modo fa premio sulla ragione medica e giuridica.

10. E allora, per tornare al caso di Piergiorgio Welby, nell'attività del medico anestesista che ha operato il distacco del ventilatore artificiale non è configurabile nemmeno la 'tipicità' del fatto omicidiario, trattandosi solo di un atto di consacrazione del rapporto tra medico e paziente quale **autentica alleanza terapeutica**, alla luce della sensibilità, dei desideri e delle sofferenze del malato.

La sentenza ha in realtà confuso due espressioni diverse del consenso di Piergiorgio Welby, che, sia pure difficilmente distinguibili sul piano fenomenologico, richiedono di essere tenute separate nell'inquadramento logico-giuridico: da un lato, il **rifiuto della prosecuzione delle cure**; da un altro lato, il **consenso prestato alla propria morte**.

A ben vedere, il paziente, in questo caso, non ha richiesto al medico di **essere ucciso**, ma solo di non essere **più curato**. La differenza giuridica, oltre che etica, tra le due aspettative di Piergiorgio Welby non può essere trascurata in una corretta ermeneusi penalistica: cosa sarebbe avvenuto se il medico, anziché provocare la morte attraverso il distacco del respiratore artificiale, avesse somministrato una dose di cianuro o di stricnina al paziente per porre termine alle sue sofferenze?

Si sarebbe anche in tale caso discusso di omicidio del consenziente giustificato dall'adempimento del dovere?

In realtà, la causazione della morte, nel caso che ne occupa, non è, almeno **direttamente**²⁵, riconducibile al comportamento del medico, ma allo stato di malattia che avrebbe precluso la respirazione **naturale** in assenza dei presidi tecnologici: è la morte naturale che fa il suo corso e assume rilievo giuridico, non quella indirettamente provocata dal medico.

È necessario a questo punto replicare all'obiezione secondo cui nel caso di specie non si sarebbe stati in presenza di un mero rifiuto di cure 'salvavita' espresso al medico – pure in una considerazione dell'indisponibilità del bene della vita –, poiché la richiesta di Welby sarebbe stata, piuttosto, quella di essere aiutato a morire attraverso **una specifica condotta attiva: lo spegnimento del respiratore.**

Ora, è indubbio che lo spegnimento del respiratore sia una condotta **naturalisticamente attiva**: si tratta, in fondo, di premere un pulsante, o di girare una manopola. Ma la questione cruciale attiene al **significato giuridico-penalistico** dell'atto, che – per quanto concerne almeno il medico che ha in cura il paziente – è quello di determinare l'interruzione del trattamento che il medico stesso, a suo tempo, aveva iniziato. Il respiratore ben può essere riguardato, in effetti, come il braccio meccanico, come la *longa manus* del medico che pratica un trattamento di assistenza respiratoria a un paziente non più in grado di respirare autonomamente: 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 polmoni del paziente. Ma pur sempre di un trattamento medico si tratta, sia pure attuato attraverso un mezzo meccanico, onde la sua interruzione dovrà essere considerata quale **omissione dell'ulteriore trattamento.** E ciò, a ben vedere, anche se tale omissione debba attuarsi attraverso una condotta naturalisticamente attiva, come la pressione di un pulsante o la rotazione di una manopola²⁶.

²⁵ Afferma, invece, la diretta derivazione causale della morte dalla condotta del medico la sentenza, Cfr. G.u.p. Trib. Roma, 23 luglio 2007, Riccio, cit., 66.

²⁶ Per tale interpretazione, cfr. VIGANÒ F., *Esiste un 'diritto ad essere lasciati morire in pace'? Considerazione in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 ss., spec. 7.

Alla stregua del significato penalisticamente omissivo della condotta del medico, il quale si limita a **non proseguire le cure**, si tratterebbe di valutare l'applicabilità dell'art. 40, co. 2 c.p., vale a dire dell'istituto del delitto omissivo improprio, secondo cui *"non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico d'impedire equivale a cagionarlo"*.

A proposito di tale istituto, nella letteratura e nella giurisprudenza penalistica, la questione più spinosa è quella di stabilire, con la maggiore precisione possibile, quando si possa ritenere sussistente la **'giuridicità'** dell'obbligo d'impedimento dell'evento, risolto attraverso l'enucleazione di specifiche posizioni di garanzia in capo a determinati soggetti, conseguentemente tenuti alla condotta impeditiva dell'evento altrimenti operante. Certamente il medico riveste la posizione di garanzia dalla quale scaturisce l'obbligo giuridico di impedire che il decorso causale innescato dalla malattia giunga a compimento, nei casi più gravi con la morte del paziente.

A nostro giudizio, tuttavia, l'obbligo cessa di essere giuridicamente rilevante laddove il paziente abbia espresso in modo consapevole, maturo e irrevocabile, alla luce del dialogo 'veritativo' e non solo 'volontaristico' con il medico, la determinazione di far cessare il trattamento terapeutico.

In tale quadro, è ovvio, la manifestazione di volontà del paziente non determina un corrispondente obbligo in capo al medico, come la constatazione della possibilità del medico di non assecondare la richiesta del paziente chiaramente dimostra (basti riflettere sulla liceità dell'obiezione di coscienza, senza che nessuna Procura della Repubblica abbia mai avviato procedimenti penali per omissione d'atti d'ufficio contro i medici non disposti a far seguire l'interruzione del trattamento alla specifica richiesta del paziente).

Tuttavia, quella richiesta, maturata nel confronto che sostanzia l'alleanza terapeutica fra medico e paziente, **fa venir meno la posizione di garanzia del medico**, e, con essa, la causalità normativa tra condotta omissiva ed evento espressa dalla formula di equivalenza del 'non impedire' al 'cagionare' prevista dall'art. 40, co. 2 c.p.:

il medico non cagiona più alcunché, poiché non vi è nulla di più naturale della morte che sopraggiunge quando la vita ha ormai finito il suo corso. Nulla più può o deve impedire.

In conclusione, l'espressione del dissenso del paziente rispetto alla prosecuzione delle cure produce l'effetto di neutralizzare la posizione di garanzia rispetto al paziente. Da tale angolazione, la conseguenza, sul piano penalistico, è che viene a mancare il nesso di causalità normativo disciplinato dalla clausola di equivalenza del 'non impedire' al 'cagionare' prevista dall'art. 40, co. 2, c.p. Con l'ulteriore conseguenza che, nel caso di Piergiorgio Welby, viene a fare difetto la stessa tipicità del fatto, ben prima della non punibilità del fatto, tipico e antiggiuridico.

11. In relazione al caso Englaro, poi, si deve riconoscere che un'alleanza tra medico e paziente non si è potuta instaurare.

A me pare che la ragione, in questo caso, si sia direttamente installata, o abbia tentato di installarsi, nel rapporto dialogico non tra medico e paziente, ma tra il tutore della donna, nella persona del padre, Beppino Englaro, e la magistratura, impegnati a ricostruire, attraverso la rilettura della vita trascorsa da Eluana nei primi diciannove anni di esistenza vigile e cosciente, i segni dai quali inferire ciò che ella avrebbe 'voluto' se avesse 'potuto', ciò che avrebbe 'detto' se avesse 'ascoltato'. Ne sono scaturite accese polemiche tra le diverse aree culturali del Paese, spesso *lato sensu* laiche e cattoliche, forse spesso inquinate da un eccesso di pregiudizi ideologici.

In verità, credo che l'interesse intellettuale alla vicenda Englaro dovrebbe essere più rivolto alle implicazioni filosofiche dello stato esistenziale vegetativo della donna piuttosto che alla soluzione delle pur complesse, e forse insolubili, incertezze giuridiche.

Quell'interesse si è alimentato assistendo a una peculiare raffigurazione mediatica: una fotografia ritraente una bella ragazza, colta nell'atto di esibire un sorriso candido di gioia, con lunghi capelli corvini a incorniciarne la fronte, il volto e il collo.

Quella è la donna della cui morte imminente si era da tempo discusso ai diversi livelli della società civile? **Quella** sarebbe la donna alla quale un padre insensibile avrebbe voluto impedire di 'bere' e di 'nutrirsi'? **Quella** bellezza si sarebbe deciso di stroncare senz'appello?

Drammaticamente, le cose non stavano certo così.

Chi era, Eluana Englaro, negli ultimi anni di alimentazione e idratazione artificiali? C'era ancora un'identità personale di Eluana?

Non rientra certo nelle mie competenze offrire un quadro adeguato di cosa si intenda per **identità personale**. La questione affonda le radici nelle convinzioni religiose, nonché nei saperi della psichiatria e della filosofia molto più che non nel diritto o nella biologia medica.

Dal versante del credente, è ovvio, l'identità personale sussiste sempre, anche dopo la morte, addirittura come unità di spirito e di corpo per la resurrezione della carne. Ma in questa prospettiva non può che soccorrere il dono e il mistero della Fede, di cui, tuttavia, non tutti beneficiano.

Sul fronte filosofico, è noto come dal naturalismo ingenuo, secondo cui l'identità sarebbe stata contrassegnata dall'irripetibilità corporea, ci si sarebbe poi indirizzati verso la soluzione del nodo concettuale sul piano mnemonico, secondo cui la memoria, quale corredo di ricordi correlati al flusso *unicum* di vita, avrebbe coagulato il senso profondo dell'identità.

I due tentativi di chiarificare il senso dello statuto identitario sono tuttavia falliti.

Il primo, per la consapevolezza della dissociazione esistenziale tra corpo e identità al momento della morte: una lunga tradizione della liturgia della morte occidentale, e cioè la veglia del corpo durante la notte²⁷, ha stimolato la riflessione sulla continuità identitaria tra il caro congiunto ancora in vita e il suo corpo esanime, inespessivo, posto sul feretro circondato da luci soffuse di candele. Il tentativo di spiegazione è fallito chiaramente: quello è il corpo, ma l'identità non c'è più.

26

²⁷ Cfr., sul punto, lo studio antropologico di ARIES P., *Storia della morte in occidente* (1978), rist. Milano, 2006, *passim*.

Si è scorto quindi il significato dell'identità personale sul piano del corredo mnemonico che, arricchendosi nel corso del tempo, avrebbe cristallizzato un *unicum* identitario, diverso da tutti i ricordi degli altri e tale da garantire pienamente l'integrità identitaria, intesa quale effettiva corrispondenza dell'io al plesso di ricordi che ne hanno forgiato l'esistenza. Ma anche tale accostamento è fallito, una volta maturata la consapevolezza che l'individuo immagazzina una parte infinitesima dei ricordi, attraverso una selezione dei medesimi non sempre perspicuamente descritta dai neurologi, con deselegione o scarto della grande maggioranza dei medesimi quali cascami irrilevanti di esistenza.

La riflessione filosofica è culminata con la prospettiva esistenzialistica, secondo cui l'identità personale si forma nel corso del tempo, attraverso le scelte personali, per cui io oggi 'sono' le mie scelte, quello che esse, forgiandomi, mi hanno fatto diventare, alla luce dei caratteri della scelta libera che Luigi Pareyson, straordinario esponente dell'ontologia della libertà del '900, ha magistralmente tracciato: l'**originarietà prima**, il suo 'primo sbocciare', e l'**irretrattabilità**²⁸. I penalisti lo sanno bene. È l'esercizio della libertà, capitalizzatosi come stemma o stigma nel corso della storia esistenziale individuale, che contrassegna l'individualità: il delitto non si cancella, ti segue, non si ritratta; tuttavia ti forma, contrassegna la tua identità, te lo porterai dietro, come dolce rovello, rimorso o rimpianto.

Sul piano specificamente psichiatrico, poi, l'identità è stata definita come consapevolezza di un'identità separata, per cui, per dirla con Karl Jaspers, "i miei processi psichici mi appartengono"²⁹, che implica, al contempo, che "sul senso della propria identità si inserisca una consapevolezza di sé [...]"

27

²⁸ Cfr. PAREYSON L., *Heidegger: la libertà e il nulla*, cit., 44; cfr. ancora ID., *Ontologia della libertà. Il male e la sofferenza*, Torino, 2000, *passim*, spec. 30-31: "Tutto fugge e perisce, ma c'è una cosa indistruttibile, definitiva ed eterna: che ciò che è stato è stato. Un evento non si lascia né trasportare né travolgere né cancellare dal flusso universale. Ha due caratteri fondamentali: il primo, l'imprevedibilità; il secondo, l'irrevocabilità [...] Un evento [...] non è preceduto che dal nulla, e in ciò risiede la sua libertà". Dopo la prima stagione esistenzialistica, Pareyson si volse con divorante passione a Dostoevskij e al tema del 'male in Dio', rimanendo tributario di una concezione in cui la libertà emerge come lampo iniziale, originario, infondabile e infondato dall'abisso del nulla, nel rischioso assunto per cui "si può fare della libertà un problema autentico solo se la si rapporta al nulla"; così PAREYSON L., *Heidegger: la libertà e il nulla*, Napoli, 1990, 29.

²⁹ Cfr. JASPERS K., *Psicopatologia generale*, Roma, 1964.

intesa non tanto come una entità psichica autonoma, cioè come una vera struttura psichica, o una realtà essenziale, quanto come una funzione fondamentale che organizza ed orienta un campo di significati³⁰. In definitiva, la soggettività umana implicherebbe una dialettica fra l'identità con se stessi, il cd. 'lo narrante' di Paul Ricoeur: l'identità umana, per essere tale, deve essere raccontabile dal suo protagonista³¹.

Se ci si pone in questa prospettiva, sembra che secondo nessuna delle sopra descritte declinazioni dello statuto identitario, eccettuata quella del credente, possa ancora riconoscersi che l'Eluana della prima fotografia fosse ancora tra noi al momento della morte.

12. Il caso di Eluana ha richiamato l'attenzione politica del Legislatore sulla necessità di predisporre un testo di legge sul cd. testamento biologico, oggetto di note polemiche politiche durante gli ultimi mesi di attività parlamentari.

Per svolgere le riflessioni conclusive sul tema, è utile riportare una breve nota comparatistica, considerando alcune parti delle premesse al disegno di legge tedesco sulle Disposizioni del paziente (in tutto 2 articoli più un terzo sull'entrata in vigore), presentato alla fine del 2008 da un numeroso gruppo *bipartisan* di parlamentari tra i quali anche Angela Merkel [*Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen (Patientenverfügungsverbindlichkeitsgesetz – PVVG)*]; il Progetto, riveduto con altre proposte connesse dalla Commissione Giustizia del *Bundestag*, è stato **approvato il 18 giugno 2009 ed è entrato in l'1 settembre 2009**]: un attento, essenziale intervento inteso a rispettare e valorizzare, precisandoli, i principi già elaborati dalla giurisprudenza e dalla Corte costituzionale tedesca.

Questi alcuni passaggi salienti meritevoli di sottolineatura: ***"A causa del progresso medico e tecnico medico il morire non è più percepito come un processo naturale, ma come una conseguenza di decisioni umane che hanno per contenuto il porre fine o il rinunciare a misure mediche di prolungamento della vita ...***

³⁰ Cfr. PAVAN L., *L'identità fra continuità e cambiamento*, Milano, 2002, 21.

³¹ Cfr. TATOSSIAN A., *Phenomenologie des psychoses*, Paris, 1979.

Perciò da anni si moltiplica la domanda come il morire in una società moderna possa essere configurato in modo degno dell'uomo [...] La legge si riconosce nel principio per cui ogni vita umana è degna di essere vissuta [...] e proprio per questo è compito della società far sì che gli esseri umani siano accettati e curati e accuditi secondo i loro bisogni. L'accettazione di questo principio significa anche che ciascun uomo – e solo lui – stabilisce, in un processo personalissimo di decisione, quando non intende più lottare contro il processo naturale del morire [...] **Perciò la pretesa a un morire degno dell'uomo include anche la determinazione per cui dev'essere rispettata la personalissima intenzione del paziente, circa quando sia venuto per lui il tempo di morire [...]** La Corte di Cassazione ha stabilito il principio del carattere vincolante delle disposizioni del paziente come espressione dell'ultra-attività della sua autodeterminazione. E insieme ha segnalato la necessità di un intervento legislativo che consenta di superare le incertezze della prassi prevedendo un apparato di garanzia affidato in ultima istanza al giudice".

Il legislatore deve poi considerare che **"le situazioni di fine vita sono altamente complesse e individuali"**. Lo stesso **"processo del morire non può essere definito solo con criteri medici, perché ciò nella prassi è pressoché impossibile dato che nessun medico di regola può indicare senza alcun dubbio e con certezza di giudizio il momento in cui questo processo ha inizio"**. Un intervento legislativo deve dunque informarsi **"al riconoscimento che la vita e la morte nella loro complessità non sono normabili e si sottraggono a categorie standardizzate"**, e quindi lasciare **"spazio alla considerazione del caso singolo, rendendo possibile la valutazione e la valorizzazione individuale di ogni singola disposizione del paziente"**.

In estrema sintesi, la logica normativa del disegno di legge consiste nel rendere certo il **carattere vincolante delle disposizioni anticipate**, e insieme nel caratterizzare questo «vincolo» non come **un debito di formale e meccanico adeguamento a un precetto negoziale**, ma come un obbligo di dare attuazione ai propositi del paziente attraverso un processo di **interpretazione e concretizzazione nella realtà complessa e singolare che si tratta di affrontare.**

Come avviene per una linea-guida, le «disposizioni» del paziente **devono essere osservate e devono insieme essere interpretate e concretizzate** per far fronte alla singolarità di ogni situazione, nel rispetto non solo della volontà espressa, ma anche **dell'identità del paziente, della sua storia e dei suoi valori, della sua concezione della propria dignità**. Questo compito è affidato ad un fiduciario e al medico; in caso di dissenso tra loro circa l'interpretazione e l'attuazione delle disposizioni, va previsto l'ascolto di **familiari e persone vicine al malato**, e in ultima istanza l'intervento del giudice.

Quelli sopra illustrati mi sembrano buoni principi, che non sempre hanno, almeno ad oggi, ispirato il testo approvato dal Senato della Repubblica italiana nel primo passaggio parlamentare³².

Ci si militerà a segnalare i due profili di disciplina che si presentano più meritevoli di riflessione critica.

In primo luogo, con l'art. 3, co. 5, la caratterizzazione *ex lege* della pratiche di Nutrizione e Idratazione Artificiali come autentiche e semplici forme di sostegno **'in vita'**, aliene da qualsiasi connotazione terapeutica: *"l'alimentazione e l'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 fino alla fine della vita. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento"*.

In questo caso, ci si deve chiedere, la 'fine' della vita è davvero **naturale**? Cosa c'è di naturale nello **SVP**?

In effetti, lo SVP è un **prodotto artificiale dell'evoluzione delle tecnologie biomediche di cura e sostegno vitale**, secondo quanto sottolineato dai Giudici della Corte di Cassazione nella sentenza che ha imposto la revisione del 'caso Englaro': nello SVP il trattamento che *"miri a prolungare la vita [...] si spinge al massimo dell'intromissione nella sfera individuale dell'altra persona, addirittura modificando,*

³² Testo che, in effetti, ha subito importanti emendamenti nel passaggio, ancora *in itinere*, alla Camera dei Deputati.

o quanto meno spostando, le frontiere tra la vita e la morte", cosicché "in frangenti come quello in cui si trova Eluana, non è lo spegnersi, bensì il protrarsi della vita ad essere artificiale".

Da tale angolazione, lo SVP è un **nuovo modo del morire** reso possibile dall'interventismo della medicina moderna, che consente di prolungare la durata dei processi vitali anche quando la prognosi è altamente, o, addirittura, radicalmente infausta: per parlare sensatamente, in questi casi, di 'morte naturale', occorrerebbe **o** non aver rianimato fin dall'inizio il traumatizzato, **o**, in caso di avvenuta rianimazione, procedere **a sospendere quanto prima** nutrizione e idratazione artificiali, lasciando che la 'natura' riprenda il suo corso e la morte non sia più **'innaturalmente' congelata**³³.

In secondo luogo, le DAT, anche laddove legittimamente raccolte dall'interessato, **non sono in ogni caso vincolanti per il medico**, il quale, ex art. 7, co. 2 e 3, può disattenderle, dovendo solo **valutarle in scienza e coscienza**. In definitiva, la volontà della persona viene svilita a anodina progettualità, potenzialmente neutralizzabile dalla scienza e coscienza del medico³⁴.

31

³³ Che nella morte degli individui in SVP non vi sia più niente di naturale, inoltre, è provato dal fatto – ribadito da una recente ricerca - che nel 62% dei casi di fine vita che si verificano nei reparti ospedalieri del nostro Paese i medici praticano la cosiddetta "desistenza terapeutica", ovvero interrompono le cure, prescindendo perlopiù dalla volontà dei pazienti. Si tratta di casi – come lo SVP – in cui i pazienti non rispondono più in alcun modo ai trattamenti, o per i quali le macchine possono solo rinviare la morte acuendo agonie o sofferenze. In queste condizioni i medici rinunciano a "curare", ottemperando così tra l'altro a quanto previsto dall'art.16 del nuovo *Codice di deontologia medica* (16.12. 2006): "Il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della sua vita". Ciò significa che il momento della morte non è più appannaggio della "natura", ma il prodotto di scelte e convenzioni umane. Se così è, d'altra parte, occorre concludere che l'alternativa in gioco a proposito dei pazienti in SVP non è più tra seguire la natura o l'artificio, ma tra un artificio e l'altro, ovvero tra dare la priorità alle scelte e decisioni dei medici o a quelle dei pazienti (o di chi ne sia stato nominato legale rappresentante). Al fautore della indisponibilità della vita che si appella al "lasciar morire naturalmente" i pazienti in SVP sfuggono i dilemmi nati con le nuove circostanze del morire. Il risultato è che *di fatto* egli finisce col legittimare il paternalismo medico, affidando alle decisioni del personale sanitario quei processi che – a suo dire – dovrebbero essere gestiti dalla natura o dalla Provvidenza.

³⁴ Per la verità, tale disposizione ha subito un sostanziale emendamento nel corso della prima lettura della Camera.

In attesa di verificare la formulazione definitiva della legge, è legittimo sospettare che anche i più strenui oppositori della sospensione dell'idratazione e nutrizione artificiale nel caso Englaro abbiano infine manifestato, in più occasioni, le proprie riserve critiche sull'opportunità di una legge tanto illiberale, quanto mal congegnata³⁵.

³⁵ Sul punto, si pensi alla posizione critica assunta da Giuliano Ferrara, in vari interventi apparsi sul quotidiano dal medesimo diretto: cfr. *Perché non ci piace la legge sul testamento biologico in arrivo alla Camera*, editoriale del *Il Foglio* 24 febbraio 2011: "è in sé pasticciata e contraddittoria una legge in cui si dice al cittadino: fa' pure testamento, ma sappi che non sarà vincolante, e che su due punti cruciali come l'idratazione e la nutrizione artificiale di persone in stato vegetativo, la tua volontà non può essere ascoltata. Non credo nell'autodeterminazione come mito moderno. Ma credo nell'autonomia della persona, specie in fatto di libertà di cura, e penso che la vita indisponibile debba essere accudita dal soggetto interessato, finché e come può, e dai suoi cari. Meglio un prete, una donna, un compagno affettuoso, gli occhi di un bambino o la barba di un filosofo al mio capezzale, piuttosto che il documento di un legislatore. Qualunque cosa sia scritta in quel documento, e peggio ancora se ci sia scritto che la mia volontà non vale o è solo una impotente funzione consultiva. Suggestivo ai deputati del centrodestra di ripensarci". La posizione di Ferrara sembra avvicinarsi a quella espressa nel corso del dibattito al Senato dal senatore Marcello Pera, il quale dichiarando voto contrario al disegno di legge in contrasto col gruppo di appartenenza, suggeriva un modello di decisione svincolato da una puntuale disciplina legislativa, e connesso al concetto di **cd. comunità solidale**: "*Vi prego di considerare una situazione ipotetica di questo tipo, anche se tutti sanno per esperienza che è per niente ipotetica e tragicamente attuale: un paziente in stato vegetativo permanente [...] quello per il quale si dice che non c'è più speranza, non c'è più niente da fare. Ovviamente, in senso biologico questo paziente è in vita e in senso etico e giuridico quel paziente è una persona che gode dei relativi diritti inviolabili. Io chiedo, però, in un caso simile, si compie accanimento continuando il mantenimento in vita o si compie eutanasia interrompendolo? In altri termini: si commette un crimine contro la vita, inviolabile, lasciando morire il paziente oppure si commette un crimine contro la persona, anch'essa inviolabile, alimentandolo forzatamente? Io credo che, se cerchiamo di essere onesti, dobbiamo concludere che a questa domanda non c'è risposta. Occorre una decisione. Il testo che stiamo per approvare dice che questa decisione equivale a dire che bisogna comunque salvare la vita. Il testo dice anche che questa decisione la deve prendere il legislatore, il Parlamento, noi. Io credo che questo sia costituzionalmente e anche eticamente sbagliato [...] poiché affida "una decisione che è tipicamente etica, personale e particolare ad un obbligo giuridico che è generale ed astratto e che vale per tutti i casi"; inoltre, "essendo la casistica indefinita, se non infinita, la norma – nemmeno quella che stiamo per approvare – non riuscirà mai a coprirla tutta. Chi insegue oggi il caso Englaro domani dovrà inseguire il caso Rossi e poi quello Verdi e così via. Colleghi, questo è il motivo per cui mi oppongo a questo disegno di legge. Infatti, dopo aver detto «no» all'eutanasia – siamo tutti d'accordo –, «no» all'accanimento terapeutico – siamo tutti d'accordo – accade che quello spazio e quella zona grigia incerta, che inevitabilmente si crea tra questi due divieti, vengono coperti da una decisione che non è giuridica, ma morale. La situazione che ho in mente è molto semplice. Al letto di quel paziente si forma una piccola comunità: c'è il paziente stesso, che non ha più coscienza ma ancora la sua dignità da rispettare, e poi c'è un suo familiare (una moglie, un marito, un padre o un figlio) che ancora lo ama, lo rispetta, ne ricorda le idee e magari ne ricorda le volontà; c'è poi un amico carissimo di tutta una vita con i suoi ricordi e con i suoi affetti; c'è ancora un sacerdote che magari lo conosceva benissimo, lo assisteva, lo illuminava e guidava; e naturalmente, infine, c'è un medico. Questo gruppo di persone, tutte assieme al capezzale di quel paziente, non fanno un'alleanza terapeutica – altro concetto di cui non c'è alcun bisogno –, quel gruppo di persone fa una comunità solidale; è una comunità familiare, umana, civile, scientifica e religiosa al tempo stesso. È questa comunità che, sapendo che non può né procedere all'eutanasia né procedere all'accanimento terapeutico, può e deve prendere la decisione migliore senza cavilli di legge e senza Azzecagarbugli. A me pare che così ci sarebbero più libertà, più responsabilità, più tutela e rispetto della vita e della dignità e – se mi è concesso –*

