

## Forum

### La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento

#### Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017

##### Amedeo Santosuosso

*Docente di Diritto, Scienza, Nuove tecnologie, Università di Pavia e Scuola Universitaria Superiore Pavia. Mail: a.santosuosso@unipv.it*

1. La legge 219 ha il merito di chiarire come alcune false questioni non possano più avere cittadinanza nell'ordinamento.

#### 1.1. Gli obblighi dei medici: limiti ed esenzione da responsabilità

Secondo il comma 6 dell'art. 1 della legge «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

La norma risponde ai principi costituzionali e riflette la seguente assunzione teorico-pratica: non è il paziente che deve giustificare le sue libere scelte sulle cure (e di riflesso anche sulla sua salute e sulla sua vita), ma è l'opera del medico che deve avere adeguata giustificazione giuridica, nel rispetto dei diritti del paziente alla libertà personale (art. 13 Cost.) e alla salute (art. 32 Cost.), giacché la finalità terapeutica o di cura non è, in sé, una giustificazione sufficiente. In particolare e in sintesi:

- La regola fondamentale è quella dell'intangibilità della sfera personale, "matrice

prima di ogni altro diritto" in tutti i campi (Corte cost., sent. n. 471/1990).

- Gli artt. 13 e 32 della Costituzione italiana, come interpretati dalla Corte costituzionale, regolano anche i rapporti tra privati che hanno luogo in contesto medico e prevedono la libera determinazione della persona come regola generale.

- Gli artt. 13 e 32 della Costituzione danno fondamento costituzionale alla volontà della persona cosciente e capace di rifiutare trattamenti medici.

- Tale volontà deve essere rispettata anche nel caso in cui dalla mancata esecuzione dei trattamenti derivi un danno alla salute del paziente, o finanche la morte.

- Questa regola prevale su quella contenuta nell'art. 5 cod. civ. (sui limiti di liceità degli atti di disposizione del proprio corpo) e non può essere limitata dall'art. 54 cod. penale, che contiene solo una scriminante (lo stato di necessità), e non una norma prescrittiva di un comportamento contro la volontà del paziente.

Sono, quindi, destituite di ogni fondamento quelle (pur minoritarie) posizioni secondo le quali l'art. 32 della Costituzione non regolerebbe i rapporti tra medico e paziente.

#### 1.2. Stato di necessità, posizione di garanzia e... pubblici ministeri

La figura del reato omissivo improprio è tradizionalmente controversa in dottrina, dove si è sostenuto che fosse necessario superare l'ermetica formula dell'art. 40, comma 2 del vigente codice, accogliendo gli stimoli provenienti soprattutto degli studiosi sulla necessità di colmare il deficit di tipicità e legalità che la materia dell'omesso impedimento dell'evento presenta. Il progetto redatto dalla Commissione Pisapia per la riforma del codice penale (27 luglio 2006), dalla cui Relazione (19 novembre 2007) sono tratti questi rilievi, adotta una soluzione

(commi 2 e 3 dell'art.12) con la quale si conserva l'equiparazione tra non impedire l'evento e cagionarlo, ma con una significativa modifica rispetto al codice vigente: da un lato, vi deve essere stata violazione di un "obbligo attuale" di garanzia del bene giuridico e, dall'altro, il titolare dell'obbligo di garanzia deve avere i poteri giuridici e di fatto idonei a impedire l'evento. L'obbligo di garanzia, inoltre, deve essere istituito dalla legge o, nei limiti indicati dalla legge, essere specificato da regolamenti, provvedimenti della pubblica autorità, ordini o atti di autonomia privata.

In tal modo è notevolmente ristretto il campo applicativo della figura omissiva impropria, che oggi si muove invece liberamente all'interno dell'ampio terreno contrassegnato dalla mera "giuridicità" dell'obbligo d'impedimento: con la proposta formulata, le fonti extralegali possono solo regolamentare le "vicende" della posizione di garanzia, ma non istituirle.

La norma introdotta dalla nuova legge è conforme a quest'orientamento, definisce in modo chiaro ed esplicito quali siano gli obblighi del medico e esclude che si possa continuare a fare riferimento a una pretesa posizione di garanzia del medico per superare e porre nel nulla le volontà del paziente.

In più l'introduzione di questa norma tranquillizza i medici circa la possibilità di subire iniziative repressive di qualche magistrato poco informato in materia. Ora il medico, direttamente e senza alcun bisogno di consultare il magistrato del pubblico ministero (secondo una prassi del tutto impropria, ma perdurante), deve sapere che, a fronte del rifiuto del paziente, non ricorrono gli estremi dello stato di necessità (art. 54 codice penale) o della cosiddetta posizione di garanzia (art. 40 codice penale), come giustificazioni per prassi mediche interventistiche, ispirate a una malintesa medicina difensiva.

2. Oltre a questa operazione di "pulizia", va detto come la legge lasci aperte alcune questioni in tema di fine-vita.

### 2.1 La clinica dell'autodeterminazione

La legge dà generalità e coerenza a una serie di questioni che, in verità, già da molti anni avevano avuto soluzione, a livello di dottrina giuridica e giurisprudenza, in conformità a un'interpretazione costituzionale delle norme esistenti.

Il vero ostacolo è ora (così come già da molti anni, per chi volesse vederlo) quello della capacità dei medici e delle famiglie e degli individui (non solo cittadini, secondo l'art. 32 della Costituzione) di vivere relazioni positive di cura alla luce del principio fondamentale dell'autodeterminazione. Da questo punto di vista il lavoro che i medici e tutti quelli che si occupano dell'assistenza e della cura è la parte principale. La mancanza di una "legge" non è più un alibi (non lo era già da almeno 15 anni) perché i medici non rispettino i diritti dei pazienti. E i cittadini/individui/pazienti devono consapevolmente far vivere i diritti che sono stati loro riconosciuti nel modo più solenne, semplicemente esercitandoli.

Non starà ai giuristi compiere questo passo ma alla società, mentre i giuristi potranno accompagnare questa elaborazione spiegando le novità del quadro giuridico, ma non di più.

### 2.2 Riflessi penalistici e aiuto al suicidio

La legge risolve larga parte dei problemi che si pongono nelle decisioni nella fase finale della vita, ma non risolve tutto. La questione dell'aiuto al suicidio e della legittimità costituzionale di questa norma e della possibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione di questa norma rimane fuori dalla portata della legge. Ciò perché i problemi che vengono posti dai casi di esplicita richiesta di aiuto a ricevere

trattamenti che deliberatamente pongano fine alla vita attraverso una condotta medica vanno oltre il mero diritto (riconosciuto dalla legge in commento) di rifiutare trattamenti sul proprio corpo (come il processo in corso davanti alla Corte d'assise di Milano, ed ora dinnanzi alla Corte costituzionale, per il caso del DJ Fabo continua a testimoniare).

A questo proposito, sarà inevitabile interrogarsi su qual era il sostrato culturale, medico e civile alla base della decisione di introdurre quelle norme sull'aiuto al suicidio e se quelle norme possano essere ritenute applicabili all'ambito delle decisioni mediche, oggi.

Vale la pena di riprendere alcune considerazioni a proposito del caso Welby.

Nel caso Welby il Giudice dell'udienza preliminare (GUP) di Roma emette una sentenza di non luogo a procedere nel procedimento a carico del dott. Mario Riccio, il medico che, accogliendo la richiesta di Piergiorgio Welby, lo aveva sedato e lo aveva disconnesso dal respiratore che lo teneva in vita. Il medico era stato imputato di omicidio del consenziente su ordine del 7 giugno 2007 del GIP di Roma, che non aveva accolto la richiesta di archiviazione della Procura della repubblica.

Il giudice sviluppa il suo ragionamento attraverso i seguenti principali passaggi. In primo luogo, descrive minuziosamente lo svolgimento della vicenda e, soprattutto, le condotte e le manifestazioni di volontà di Piergiorgio Welby, fino alla morte. È un racconto lungo (18 pagine), strettamente aderente ai documenti e alle testimonianze, e reso ancora più drammatico dalla scelta del giudice di non aggiungere alcuna enfasi. In secondo luogo, il giudice dà conto dei risultati dell'accertamento medico-legale, che conferma quanto riferito dai testi presenti e quanto documentato da un diario clinico che il dott. Riccio aveva tenuto contestualmente allo svolgersi dei

fatti. Nel passare all'inquadramento giuridico del caso, il giudice afferma che, in sede civile e penale, ci si deve confrontare con i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico e, alla luce di questo condivisibile orientamento, si fa poi carico di analizzare i precedenti provvedimenti presi nella stessa vicenda, anche in sede civile. Confuta, di conseguenza, sia il sovvertimento della gerarchia delle fonti, che è sotteso all'ordinanza resa in sede cautelare civile (ex art. 700 c.p.c., quella del 16 dicembre 2006, che finisce con il subordinare le norme di rango costituzionale a quelle codicistiche), sia l'equivoco ricorrente a proposito dello stato di necessità (art. 54 c.p.), che "non impone alcun obbligo di intervento" e che non può essere usato in modo sistematico così da vanificare il diritto di autodeterminazione del paziente. Il giudice affronta, infine, i vari profili penalistici e conclude che, nel caso di specie, "certamente la condotta posta in essere dall'imputato integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente", che "del reato contestato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente", ma che "nel caso concreto appare sussistere anche la scriminante di cui all'art. 51 c.p." (adempimento di un dovere).

Un punto di grande rilievo, e spesso trascurato nell'incapacità di dialogo tra cultura civilistica e penalistica, è quello in cui il giudice afferma che, in sede civile e penale, valgono i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico.

Se questo è corretto, e a mio avviso lo è, sorge immediatamente una domanda: l'impianto costituzionale adottato dalla Cassazione nel caso Englaro è tale da incidere sui profili penali del caso Englaro e del caso Welby?

Il Tribunale nel caso Welby risolve il problema ricorrendo a quella che sembra un'ultima risorsa: la scriminante dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.). Si tratta di una scelta pesante e significativa, perché registra un conflitto di doveri del medico e dà la prevalenza a quello che ha un fondamento costituzionale più forte (il rispetto dell'autodeterminazione), ma è comunque un'ultima risorsa, perché la condotta e l'elemento soggettivo del reato sono già affermati come esistenti. Così ragiona anche il giudice delle indagini preliminari di Udine, che archivia (11/1/2010) il procedimento a carico di Bepino Englaro e di altre tredici persone, che hanno agito alla presenza di una causa di giustificazione e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p., come deve concludersi per la necessità di superare la altrimenti inevitabile contraddizione dell'ordinamento giuridico che non può, da una parte, attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne l'esercizio (Tribunale di Roma, sentenza 23 luglio 2007).

Quanto alla scriminante dell'adempimento del dovere, non si può che essere d'accordo, seppur con alcuni distinguo. In generale il soggetto consenziente all'omicidio, o il cui suicidio è agevolato, è un soggetto che prende parte a una relazione (con il medico) a partire da una posizione giuridica nella quale è titolare del diritto a non subire invasioni nella propria sfera personale, dal punto di vista sia fisico sia psichico, della libertà di disporre (sia pure entro certi limiti) del proprio corpo, e più in generale, di un diritto a ricevere trattamenti non solo per la sua salute fisica, ma anche per quella psichica.

Il medico, per parte sua, vede fortemente modificato e ampliato il proprio campo di attività. L'importante, e per certi versi decisivo, rilievo assunto dalla dimensione psicologica della salute ha avuto l'effetto di disancorare la professione medica dall'oggettività della patologia orga-

nica e di ampliare i campi e i profili d'intervento del medico, che non può più ignorare il vissuto del paziente e eluderne le richieste.

Nel caso, come quello in esame, in cui il soggetto libero e capace di determinarsi sia fisicamente impedito e, quindi, impossibilitato a dar seguito pratico alla propria volontà, la domanda cruciale è se un aiuto del genere possa essere considerato un atto medico, vale a dire se possa rientrare nello statuto teorico e professionale del medico il provocare deliberatamente la morte di un paziente (che il codice deontologico vieta) o aiutare chi vuol togliersi la vita. A mio avviso non pare seriamente sostenibile che la medicina contemporanea, che si fa ormai carico della malattia anche nei suoi aspetti psicologici e della salute in molti campi (tanto da giustificare in suo nome taluni interventi di chirurgia plastica, di fecondazione assistita, d'interruzione della gravidanza o, finanche, di mutamento di sesso), possa ignorare e voltare le spalle alla sofferenza fisica e psichica estrema di chi, in prossimità della morte o essendo in una condizione irreversibile di totale inabilità, chieda, non potendo farlo autonomamente, l'aiuto del medico a interrompere i trattamenti, con l'effetto di anticipare la morte.

Anzi, mi pare che ci si possa spingere oltre: se, in generale, fuori dai casi di malattia in stato terminale, un medico può essere ritenuto professionalmente responsabile per negligenza, per aver provocato una sofferenza psichica nel malato o per aver omesso di alleviarla, si può allora affermare che il farsi carico della sofferenza psichica del paziente prossimo al decesso e impossibilitato ad agire autonomamente, il quale chieda l'interruzione dei trattamenti, costituisca un dovere al quale lo stesso medico non possa sottrarsi.

In questa prospettiva il medico che, nelle condizioni precisate, riceva una richiesta di interrom-



pere i trattamenti o di aiutare il suicidio viene a trovarsi in una situazione di grave conflitto, i cui termini sono costituiti, per un verso, dal suo dovere di farsi carico della sofferenza della persona del paziente e, dall'altro, dalla norma penale che punisce l'agevolazione del suicidio e l'omicidio del consenziente. La soluzione di questo conflitto è data dall'applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), che esclude la punibilità di chi adempie un dovere imposto da norme giuridiche: i nuovi profili dei doveri del medico, come sopra tracciati, pongono l'applicazione di questa discriminante sotto una luce decisamente nuova.

Avevo esposto queste idee per la prima volta in un mio risalente scritto (A. Santosuosso, *Diritti dei pazienti e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, in C. Viafora, a cura di, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Gregoriana Libreria editrice, Padova 1996, p. 207 ss.) e non posso, quindi, che apprezzare il tipo di ragionamento svolto dal giudice del Tribunale di Roma. Ritengo, tuttavia, che ora i tempi siano maturi per porre una questione più profonda e precisa.

Il Tribunale di Roma afferma che l'elemento materiale è quello dell'omicidio del consenziente, così come l'elemento soggettivo, ma che solo la scriminante dell'art. 51 c. p. può togliere il carattere d'illiceità alla condotta posta in essere dal medico. Vi è da chiedersi se questo possa significare, per esempio, che una persona (medico o familiare o amico), la quale dovesse eseguire una sentenza come quella Englaro o un'ordinanza come quella che (in sede civile) il Tribunale di Roma avrebbe potuto pronunciare nel caso Welby, commetta il fatto materiale dell'omicidio, ma che non sia integrato l'elemento soggettivo (avendo agito nell'idea di essere nel lecito, perché vi era un provvedimento giurisdizionale che autorizzava quella condot-

ta), oppure dovremmo necessariamente dire che è integrato sia l'elemento materiale sia quello soggettivo, ma che poi la condotta è in qualche modo scriminata?

Se si pone la questione in questi termini, si assume che il ragionamento penalistico sia rimasto identico e impermeabile alla ricostruzione costituzionale del quadro giuridico operato dalla Cassazione nella sentenza Englaro. Continuando, infatti, a indagare l'elemento soggettivo, quello che conta è l'esistenza di una sentenza autorizzatoria, quale che ne sia il percorso giuridico e quindi, anche se la decisione prescindesse totalmente – in ipotesi teorica che non si può escludere – da fondamentali riferimenti costituzionali.

Allora il problema diventa il seguente: il contenuto giuridico di una decisione come quella della Cassazione nel caso Englaro è inidoneo a modificare i termini di base del ragionamento penalistico? È il diritto penale indifferente e tetragono a quel tipo di argomentazione costituzionale?

Se così fosse, bisognerebbe affermare che gli assunti teorici e le basi concettuali del diritto penale prescindono dal livello e dai contenuti costituzionali. In altri termini la questione può essere così formulata: è possibile che una condotta conforme a Costituzione debba necessariamente (o possa) costituire il fatto materiale di un reato?

Certo, l'area dell'illiceità penale può restringersi per l'applicazione di una scriminante, ma allora, come può una condotta conforme a Costituzione avere riflesso solo in una scriminante?

Mi pare che quando, nel diritto penale, si parla di 'fatto materiale' si parli in verità di un aspetto della realtà naturale che è oggetto di precomprensione attraverso l'utilizzo di categorie concettuali (giuridiche e non) date, categorie che non vengono discusse tutti i giorni e che, perciò,

ci appaiono come naturali. È la “struttura invisibile della realtà sociale”, di cui parla John Searle a proposito di quelle assunzioni che non discutiamo normalmente in ambito giuridico e che, perciò, “ci sembrano naturali come le pietre, l’acqua e gli alberi” (J Searle J. R., *The Construction of Social Reality*, 1995, trad. it. Di Bosco A., *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino 2006, p. 10).

Ma se, nel definire il fatto materiale e le scriminanti, non si utilizzano le categorie giuridiche fondamentali della Costituzione italiana vigente (e, dall’1 dicembre 2009, anche della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea) si sta forse facendo riferimento a un’altra Costituzione o a un altro apparato concettuale? Quale? Quello pre1948? O quale altro?

Io credo che nel diritto penale sia, finalmente, tempo di ridiscutere radicalmente alcune condotte materiali, come quelle dell’omicidio del consenziente e dell’aiuto al suicidio, alla luce delle ormai solide acquisizioni costituzionali in materia dei diritti delle persone sui propri corpi e sulle proprie vite, per attuare pienamente quello che il GUP di Roma afferma con decisione, e cioè che in sede civile e penale valgano i medesimi principi costituzionali e generali dell’ordinamento giuridico.

In conclusione, la legge n. 219 del 2017, stabilizzando a livello legislativo le interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali precedenti, muta il quadro, toglie naturalità (quella di cui parla Searle) a certe incrostazioni culturali e costringe tutti, civilisti e penalisti, giudici e studiosi a riesaminare le categorie giuridiche ricevute dal passato, incluso l’aiuto e l’agevolazione del suicidio. La Corte costituzionale investita del caso DJ Fabo ha una straordinaria opportunità di dire una parola chiara sul punto.