

30 ottobre 2006 0:00

Welby: "Posso staccare il respiratore artificiale senza esser condannato ad una morte lenta e dolorosa?"

di [Claudia Moretti](#)

PREMESSA

La disciplina dell'attività medico-sanitaria e del suo fondamento giuridico, fino anche a quella relativa ai trattamenti di fine vita, si muove intorno a poche e lapidarie norme, sparse in settori diversi dell'ordinamento, in fonti di diverso grado e anche di diversa datazione. Mi riferisco al concorso, o meglio al contrasto (almeno apparente) di norme :

- gli articoli 13 e 32 della Costituzione sull'autodeterminazione e la libera scelta terapeutica;
- gli articoli, della parte speciale del Codice penale che individuano reati che vanno dalle lesioni personali dolose, all'istigazione o agevolazione al suicidio, all'omicidio del consenziente, all'omicidio volontario (artt. 575, 579, 580, 582, 590 del Codice penale);
- gli articoli della parte generale del Codice penale, le cosiddette scriminanti della punibilità e in particolare il consenso dell'avente diritto (su cui ruota tutta la costruzione del consenso informato), lo stato di necessità, l'esercizio del diritto o l'adempimento di un dovere (artt. 50, 51, 54 del Codice Penale);
- l'articolo 5 del Codice civile che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che menomano permanentemente l'integrità del disponente;
- le disposizioni della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in particolare l'articolo 3 che vieta i trattamenti inumani e degradanti e l'articolo 8 che vieta le ingerenze delle autorità nella vita privata del cittadino.

Questo apparente contrasto normativo ha imposto alla giurisprudenza e alla dottrina recente e meno recente, una scelta ermeneutica (interpretativa) volta a dirimerlo e superarlo tenendo conto della giustizia sostanziale che si presentava nel singolo caso concreto e forzando talvolta l'una, talvolta l'altra interpretazione, più che in nome della diritto positivo scritto, in nome del diritto vivo.

All'incertezza normativa descritta, si aggiunga la crucialità del tema e ne vengono, come ne son venute fuori, pronunce dettate dalle sensibilità di ogni giudicante e dal segno dei tempi in cui esse sono state emanate. Insomma, in un magma normativo, il giudice prima decide secondo le proprie convinzioni, e poi motiva, spesso secondo un percorso induttivo e non deduttivo, al quale non sono estranee le istanze conservatrici di certa cultura giuridica paternalistica.

Quindi il terreno è scivoloso e difficilmente ancorabile ai principi, che pur ci sembrerebbero acquisiti e ovvi (come l'autodeterminazione e la libertà personale e terapeutica), ma che nella prassi medica e giudiziaria, non sono ancora solidi e solidificati.

Cio' non di meno, se pur frutto di diverse sensibilità, la scelta di applicare una normativa e di disapplicarne un'altra, così come quella di interpretare l'una in virtù dell'altra, può essere sottoposta al vaglio della logicità, della coerenza, alla sistematicità dell'argomentazione giuridica, senza la quali saremmo destinati al buio perpetuo. Quindi alla domanda di Welby occorre tentare di dare risposta, se non certa, quanto meno fondata sui principi dell'ordinamento, fra cui il principio di non contraddizione, il principio per cui la legge speciale deroga alla legge generale, il principio per cui la norma di fonte primaria soccombe di fronte alla norma costituzionale e alla norma sovranazionale.

Ho diviso in due gruppi gli orientamenti giuridici (dottrina, giurisprudenza) che si sono venuti a creare proprio in base alla scelta ermeneutica -e di costume- effettuata per redimere il concorso di norme succitato. Non è che uno schema imperfetto per riassumere indicativamente gli approcci presenti per azzardare, in ultima analisi, le probabili diverse risposte (in altra sede, ad esempio in sede giudiziaria) alla domanda di Welby, secondo la scelta in questione.

I. Primo orientamento. Ricomprende tesi, teorie, pronunce, istanze riconducibili sinteticamente alla supremazia della codicistica sulla normativa costituzionale e sovranazionale sopravvenuta

Norme

Secondo tale orientamento, il contrasto (ammesso che ne rilevino alcuno) si risolve in favore dell'applicazione, al caso Welby come in altri casi passati, degli articoli del Codice penale sull'omicidio del consenziente (579 c.p.) e/o istigazione o agevolazione al suicidio (580 c.p.), dell'art 5 del Codice civile invocato a sostegno dell'indisponibilità della vita e dell'invalidità del consenso o dissenso al trattamento salvavita. I fautori di questa tesi invocano a sostegno della liceità dell'intervento salvavita -e quindi anche dell'illegittimità dell'interruzione delle cure di sostegno vitale- le scriminanti generiche previste nella parte generale del codice Rocco, in particolare l'art. 50 C.p. sul consenso dell'avente diritto (nei limiti di cui all'art. 5 C.c.), lo stato di necessità previsto all'art. 54 c.p., nonché il diritto e la potestà medica alle cure (art. 51 c.p.).

Insomma tutta la teoria sull'attività medica viene qui affidata alla disciplina generale penale, a norme generali che regolano anche i casi, come quello di Welby, di per sé speciali e che nulla hanno a che vedere con l'illecito penale, e in genere tutti i casi di trattamento sanitario.

Probabile inquadramento del caso Welby

Secondo questo quadro desueto ma ancora presente in giurisprudenza, Welby, ammesso che possa chiedere lo stacco della spina, nella migliore delle ipotesi potrebbe non esser fermato dal lasciarsi morire rifiutando le cure (ammesso e non concesso che la respirazione artificiale sia considerabile come un trattamento vero e proprio) o il cibo. Non perché ne abbia un diritto vero e proprio, stante il divieto di disposizione del proprio corpo, ma solo perché non lo si può coartare nelle cure che non desidera (art. 32 Cost.) e che coscientemente rifiuta. Il tentato suicidio del resto non è reato.

Tutto ciò non significa che chi agevola il suo suicidio o lo determina causalmente, vada esente da reato di cui agli artt. 579 e 580 c.p. sopra citati, in quanto la loro condotta non trova alcuna scriminante della punibilità valida (né il consenso di Welby, né l'esercizio di un suo diritto, perché non ne avrebbe). Le condotte esterne penalmente rilevanti possono essere le più varie e poco importa che Welby chieda il distacco, la sedazione terminale, o la morfina in dose letale; ciò che conta è una qualche condotta esterna che agevoli, rafforzi, determini il proposito suicida.

Se poi addirittura Welby chiede la sedazione e perde capacità di intendere e di volere, si incorre nel rischio che il consenso perda l'attualità necessaria al configurarsi delle fattispecie in questione piuttosto che nel caso di omicidio volontario o comunque in situazioni da testamento biologico.

Giurisprudenza

Su questa impostazione si fondano numerose e nemmeno troppo remote pronunce giudiziarie, fra cui esemplari me ne sembrano due:

1. Cassazione penale sez. I, n. 26446 dell'11 luglio 2002;
2. Cassazione Penale sez. IV n. 28132 del 9 marzo 2001.

In poche parole, dopo la sedazione terminale e l'interruzione del sostentamento vitale, potrebbe persino intervenire il giudice tutelare che obbliga alla ripresa del sostentamento. Si ricorda il caso in cui la signora che rifiutava l'amputazione salva vita della gamba, venne dichiarata interdetta dal giudice in modo da imporle coattivamente l'intervento (sigh!).

Critiche

Se pur corposo e solidamente radicato nel tempo nella cultura medica e giuridica di stampo autoritario e paternalista, l'orientamento in questione non ha basi altrettanto solide nella lettura logico-sistematica del nostro ordinamento. Non si tiene in debito conto:

1. della sopravvenienza della Costituzione che ha un impianto personalistico, e dell'atto che è fonte sovraordinata e immediatamente precettiva almeno nella sua parte prima, art. 13 e 32, e che tale norma sopravvenuta travolge con sé l'impianto vetero-autoritario del codice Rocco per avere al centro l'individuo, la sua persona e la sua autodeterminazione;
2. della normativa sovranazionale come interpretata dagli organi a cui abbiamo convenzionalmente delegato parte della nostra sovranità (Oviedo e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo);

3. Dìdel fatto che l'orientamento si ancora su norme generali concepite per altri scopi che quelli particolari e speciali quali l'eutanasia, l'accanimento terapeutico e i trattamenti sanitari in genere, e che ormai non e' piu' relegabile in tale ambito una materia che non ha generalmente a che vedere con i reati e con le norme generali. E' a tutti gli effetti una forzatura.

II. Secondo orientamento. Raccoglie le nuove istanze personalistiche e offre una lettura costituzionalmente orientata della normativa, individuando nelle fonti supreme del diritto la risposta alla domanda di Welby. Qui il conflitto lo si ricompone grazie alla seguente lettura.

Norme e istanze

- artt. 32 e 13 della Costituzione costituiscono il nucleo della normativa;
- il consenso al trattamento medico sanitario non e' piu' fondato sul generico e generale consenso scriminante il reato di cui all'art. 50 c.p. e che come tale incontra -se non altro per esser fonte di pari grado- i limiti dell'art. 5 c.c. Al contrario il consenso e il dissenso derivano direttamente e precettivamente dagli articoli 13 e 32 della Costituzione e come tale supera ogni ostacolo derivante da normativa inferiore (579 c.p., 580 c.p., 5 c.c.). La Costituzione ha sancito l'incoercibilita' del vivere;
- il consenso del paziente e' l'unico fondamento alla liceita' dell'attivita' medica, in assenza del quale si incorre in violenza privata e in lesioni dolose (610, 582, 590 c.p.). In assenza di consenso informato il sanitario non puo' piu' invocare l'utilita' sociale, la potesta'/diritto alle cure o quant'altro di paternalistico sia stato in passato posto a suo esclusivo fondamento.

Sentenze

L'orientamento trova fra i suoi principali riferimenti (oltre che nella dottrina maggioritaria), anche pronunce importanti fra le quali:

- Cassazione penale sez. IV dell' 11 luglio 2002 n. 1572 (rovesciamento di prospettiva sul consenso);
- ancor piu' esplicita la Corte d'Appello di Milano nel caso Englaro (salvo poi non riconoscere la natura di trattamento sanitario all'alimentazione e idratazione artificiale!);
- Caso Pretty Vs. Gran Bretagna della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 29 aprile 2002 (caso analogo al caso Welby, in cui la Corte nega il diritto all'eutanasia attiva, ma legittima ed eleva a diritto protetto dagli articoli 3 e 8 della Convenzione, in modo esplicito l'eutanasia passiva).

Probabile inquadramento del caso Welby

Secondo questa lettura delle norme, Welby puo' (ed e' suo diritto) sospendere in qualsiasi momento il suo trattamento di sostentamento vitale in quanto:

- a) poco importa che lo si consideri cura o intervento caritatevole; sempre intrusione nella sua persona e', e come tale, non e' consentita senza il suo consenso;
- b) la sua non e', come nell'orientamento del primo gruppo, una mera situazione di fatto (non impedibile ma non tutelabile), bensì un diritto soggettivo fondamentale costituzionalmente protetto;
- c) L'atto materiale con cui si concreta fisicamente il diritto al rifiuto alle cure non e' che una modalita' che passa in secondo piano. Nel senso che, se intende porla in essere ma non puo' per ragioni fisiche, non per questo il diritto viene meno;
- d) dove c'e' un diritto c'e' necessariamente la tutela dello stesso. In tale prospettiva, se nessuno si offre volontario per staccare la spina, per ragioni di obiezione di coscienza, Welby potrebbe chiedere ad un giudice l'attuazione materiale della sua decisione;
- e) anche senza scomodare un giudice, chi si offrira' per l'adempimento del diritto di Welby non ne sara' che un mero esecutore materiale, non punibile in quanto scriminato dall'esercizio di un diritto di Welby di cui e' solo esecutore;
- f) in tale ottica costituzionalmente orientata l'ordinamento giuridico non puo' tollerare che un diritto costituzionalmente garantito quale quello di Welby alla sospensione delle cure sia ostacolato dalla malattia invalidante e, in ossequio alla formulazione di cui tanto ci si vanta, quella dell'articolo 2 della Costituzione, occorre "rimuovere l'ostacolo" al compimento della propria scelta terapeutica.

Dunque una volta risolta positivamente la questione sul "se" interrompere le cure, non sarà certo il "come" di ostacolo all'esercizio del suo diritto.

E la condotta dell'aiutante non sarà inquadrata come aiuto a morire ma come aiuto a sospendere il trattamento, a prescindere dal fatto (non interessa perché questione privata, di privacy, protetta dall'art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo) che da questo ne derivi morte. Il caso Pretty su richiamato sancisce proprio questo.

Ma cosa succede se Welby non muore istantaneamente? E se nel passaggio rischia la sofferenza? Si può intervenire attivamente con una iniezione letale?

No, evidentemente, perché ciò non è diritto protetto di cui agli art. 13 e 32 Cost. ed è stato negato alla Sig.ra Pretty un qualunque aiuto a morire che non sia il mero aiuto alla sospensione al trattamento terapeutico. Con l'iniezione si verterebbe, giuridicamente, in un atto di disobbedienza civile.

La sedazione

Si può tuttavia ricorrere alla sedazione con l'uso di oppiacei concessi dalla legge n. 12, 8 febbraio 2001, che introduce "Norme per agevolare l'impiego dei farmaci nella terapia del dolore". Non sono mai state poste in dubbio la piena legittimità e la legalità della sedazione, che è trattamento generalmente praticato per il recupero del paziente.

Tale sedazione è legittima purché non causi essa stessa la morte e consentirebbe a Welby di dormire fino al trapasso e di non soffrire o accorgersi dello stesso.

Naturalmente, tanto più tempo passa dalla sedazione alla morte, tanto più si rischia di scivolare nell'inattualità del consenso e nelle ipotesi in cui si rende necessario il testamento biologico. Tuttavia, nella chiave personalistica e in ottica di autodeterminazione, salvo lassi di tempo eccessivi, la sedazione è una modalità terapeutica alla quale Welby subordina -e con la quale esercita- il diritto alla sospensione della respirazione. È pertanto da leggere in chiave unitaria (un trattamento unico con la sospensione della respirazione al di là del dato temporale concreto).

Se poi la sedazione o la morfina (per i tempi o le modalità con cui sarà effettuata) fossero idonee a causare la morte, il pubblico ministero avrà l'onere della prova su cosa (fra il distacco della spina e la morfina) abbia realmente cagionato la morte. Se non ne verrà a capo, si incorrerà o nell'insufficienza di prove (530, secondo comma, Codice di procedura penale) o nel reato impossibile. Come è accaduto nel caso dell'ingegner Forzatti, finito davanti alla Corte d'Assise d'Appello di Milano (21 giugno 2002) per aver staccato il respiratore artificiale della moglie poi deceduta.

Critiche

Tale nuovo e recente orientamento ha il pregio (che ci auguriamo sia sempre più riconosciuto dalla magistratura) di avere alle spalle una lettura inconfutabile e rigorosa su come si riconduce ad unità il sistema, sulla applicazione delle regole di superamento del contrasto fra norme:

- fonte superiore contra la fonte inferiore;
- legge speciale contra legge generale;
- legge sopravvenuta nel tempo (Costituzione contra codice Rocco).

Ha il difetto di incontrare le resistenze, di carattere prevalentemente religioso-paternalistiche e autoritarie ancora tutt'altro che non superate in giurisprudenza. Inoltre, risolvendo il contrasto fra norma costituzionale e primaria, un giudice:

- a) o compie l'opera ermeneutica come descritta non applicando al caso le norme penali di cui agli articoli 579 e 580 c.p., o ritenendo escluso il reato per l'esercizio del diritto di Welby (articolo 51 c.p.);
- b) o applica direttamente, come potrebbe e dovrebbe, gli articoli 3 e 8 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo così come interpretate nella caso Pretty;
- c) oppure dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale degli articoli dei codici penale e civile (aumentando, a mio avviso, le probabilità di conservatorismi e vecchie logiche autoritario-paternalistiche), dilazionando la decisione nel tempo e rischiando una pronuncia che metta fine, in positivo o in negativo, alla questione risolvendo il contrasto.

Naturalmente in mezzo ai due orientamenti descritti c'e' tutta una zona grigia e di cui fanno parte i giudici che decidono di non decidere (vedi caso Englaro).

CONCLUSIONI

1. Sedazione e interruzione di alimentazione, idratazione e respirazione artificiali:

Primo orientamento: si rischia reato omissivo dell'omicidio del consenziente.

Secondo orientamento: assoluzione per esercizio del diritto costituzionalmente garantito e inviolabile.

2. Eutanasia attiva, ovvero overdose letale di farmaci:

Condanna sicura, ovunque in Italia e in Europa, per omicidio del consenziente.

3. Stacco respiratore e sedazione idonea a provocare morte immediata per soffocamento:

Possibile assoluzione per insufficienza di prove e/o reato impossibile nel caso non sia possibile accertare la causa della morte.

Condanna sicura per omicidio del consenziente se si accerta il nesso di causalita' fra overdose di sedativi e evento morte.