



decisioni in primo piano

G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

| 582.5 INTERRUZIONE DI CURE VITALI E DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE: IL "CASO WELBY"

G.U.P. TRIB. ROMA - 23 LUGLIO 2007 (DEP. 17 OTTOBRE 2007), N. 2049/07 - GIUD. SECCHI - IMP. R.

OMICIDIO DEL CONSENZIENTE - Art. 32, comma 2, Cost. - Diritto all'autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario - Necessità di una disposizione attuativa di normazione secondaria - Esclusione.

(COST. ART. 32; C.P. ARTT. 51, 579)

OMICIDIO DEL CONSENZIENTE - Rifiuto di una terapia - Diritto costituzionalmente garantito - Sussistenza - Medico che contribuisce a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita - Configurabilità del reato - Esclusione - Operatività della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.

(COST. ART. 32; C.P. ARTT. 51, 579)

OMICIDIO DEL CONSENZIENTE - Consenso informato - Interruzione di cure vitali rifiutate dal paziente - Adempimento di un dovere - Esclusione.

(COST. ART. 32; C.P. ARTT. 51, 579)

Alla luce del dettato dell'art. 32, comma 2, Cost., nonché dell'interpretazione che di esso è stata data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non possono, in nessuna sede, essere disattesi il riconoscimento e la tutela del diritto all'autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario; diritto che contempla ovviamente anche il caso di rifiuto di nuova terapia e lo speculare caso d'interruzione della terapia già iniziata. Infatti il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione. Per escludere, invece, un trattamento sanitario che si sostanzia in un contenimento fisico dell'individuo soccorre, con conseguente duplice garanzia costituzionale, anche la disciplina assicurata dall'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale dell'individuo contro ogni forma di coazione fisica.

Il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito di un rapporto instaurato tra il paziente e il suo medico (e che ha come contenuto delle prestazioni sanitarie), costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio. Con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisce a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p. La fonte del dovere per il medico, quindi, risiederebbe in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminan-



decisioni in primo piano**582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

te nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne il suo esercizio.

Non risponde di omicidio del consenziente il medico che sospende il trattamento sanitario che tiene in vita il paziente, su richiesta consapevole di questi, per aver agito nell'adempimento di un dovere.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - Previa richiesta di rinvio a giudizio, formulata dal p.m. ai sensi dell'art. 409 c.p.p. nei confronti di R. per i fatti di cui alla suindicata imputazione, veniva fissata udienza il 6 luglio 2007 per il rinvio a giudizio.

Nel corso di detta udienza, oltre all'interrogatorio dell'imputato, al cui espletamento si procedeva contestualmente, il g.u.p. disponeva un'integrazione probatoria; in particolare venivano disposte l'audizione della persona offesa S. W. e l'acquisizione del libro "Lasciatemi morire" di P.W., nonché della sua lettera al Presidente della Repubblica. Infine il giudice nell'odierna udienza, assunta la suindicata testimonianza, invitava le parti a formulare le conclusioni, di cui al separato verbale, decidendo come da dispositivo.

In merito al fatto storico, oggetto del presente giudizio, risulta dagli atti che perveniva presso la Procura della Repubblica di Roma la comunicazione, redatta il 21 dicembre 2006 dalla stazione CC di Roma-Cinecittà, riguardante il decesso di P.W., avvenuto in data 20 dicembre 2006 per «arresto cardiorespiratorio secondario a grave insufficienza respiratoria in portatore di distrofia scapolo-omerale progressiva dal 1962».

Il p.m., senza aprire un procedimento penale a carico di alcuno, disponeva una consulenza medico-legale e tossicologica per accertare le cause della morte del predetto, nonché acquisiva per il tramite della p.g. le dichiarazioni del medico anestesista operante, R., e di altra persona presente ai fatti, ovvero l'on. Marco Cappato; veniva inoltre acquisita documentazione sanitaria riguardante il decesso in possesso della vedova, S.W.

Sulla base di tali atti il Pm formulava richiesta di archiviazione nei confronti del R., seppure a carico di quest'ultimo non fosse mai stato formalmente iscritto alcun procedimento penale presso il registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Il gip, previa richiesta al p.m. di iscrivere il R. al predetto registro, fissava ai sensi dell'art. 409 c.p.p., udienza camerale, nel corso della quale acquisiva le spontanee dichiarazioni dell'indagato. La riserva di cui al verbale di udienza del 28 maggio 2007 veniva sciolta dal g.i.p. con la reiezione della richiesta di archiviazione del p.m., a cui veniva imposto di formulare l'imputazione nei confronti del R.

La richiesta di rinvio a giudizio perveniva, pertanto, a questo giudice che decideva come sopra meglio specificato.

MOTIVI DELLA DECISIONE - (*Omissis*) - Ritenuti, pertanto, come assunti tali fatti, si deve a questo punto procedere alla necessaria valutazione tecnico-giuridica degli stessi ovvero si deve considerare se la suindicata condotta dell'imputato sia rilevante penalmente o meno, partendo, per logicità di percorso, dall'esame delle pronunce precedentemente emesse dalle altre A.G.

(*Omissis*).

In particolare, il giudice civile, con ordinanza depositata in data 16 dicembre 2006, dichiarava il ricorso ex art. 700 c.p.c. integralmente inammissibile (non pronunciandosi, pertanto, sulla richiesta di distacco dal ventilatore polmonare formulata da P.W.) in quanto:

a) pur riconoscendo la sussistenza nel nostro ordinamento giuridico del principio di rango costituzionale alla «autodeterminazione individuale e consapevole» in materia di trattamento sanitario, tale A.G. riteneva che la sua attuazione pratica, in caso di rifiuto o di interruzione di

**decisioni in primo piano**

G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049 | 582.5

terapie di mantenimento in vita del paziente, non fosse possibile in assenza di una normativa specifica, atteso che la legislazione positiva si orienta, anzi, in senso contrario, rispondendo essa al principio della indisponibilità della vita umana, alla luce di quanto disposto «dagli artt. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo tali da determinare un danno permanente, 575, 576, 577 n. 3, 579 e 580 c.p., che puniscono, in particolare, l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio»;

b) anche se si deve dare atto che «il divieto di accanimento terapeutico è un principio solidamente basato sui principi costituzionali di tutela della persona, esso tuttavia sul piano dell'attuazione pratica lascia il posto all'interpretazione soggettiva ed alla discrezionalità nella definizione di concetti, sì, di altissimo contenuto morale e di civiltà, ma che sono indeterminati ed appartengono ad un campo non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analoga o ai principi generali dell'ordinamento»;

c) conseguentemente «il diritto del ricorrente di richiedere l'interruzione della respirazione assistita deve ritenersi sussistente, ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento giuridico, in altri termini in assenza di una previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato "accanimento terapeutico", va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito con inammissibilità dell'azione cautelare» esercitata dal W.

Tali conclusioni inducono a fare alcune considerazioni: la prima è che quando si riconosce l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale quello all'«autodeterminazione individuale e consapevole» in materia di trattamento sanitario, non è, poi, consentito lasciarlo senza tutela, rilevandone, in assenza di una normativa secondaria di specifico riconoscimento, la sua concreta inattuabilità sulla scorta dell'esistenza di disposizioni normative di fonte gerarchica inferiore a contenuto contrario.

(Omissis)

In realtà, se si accogliesse una tale conclusione, potremmo incorrere in una palese violazione dei principi che presiedono alla disciplina della gerarchia delle fonti, in quanto non è consentito disattendere l'applicazione di una norma costituzionale sulla scorta dell'esistenza di norme contrastanti di valore formale inferiore, perché delle due è l'una: o si privilegia l'interpretazione che faccia salvo il principio costituzionale con immediata applicazione di quest'ultimo, disattendendo l'interpretazione contraria della norma, *(Omissis)* oppure, in caso di insuperabile conflitto, si deve sollevare questione di legittimità costituzionale, ma certamente non si può lasciare inattuato un principio costituzionale e senza tutela giuridica il diritto soggettivo che da esso discende. D'altra parte neppure il giudice civile nella sua motivazione ha mai ritenuto di poter invocare esplicitamente a sostegno della propria decisione quella teoria, ormai desueta e superata da univoca giurisprudenza costituzionale e di legittimità, per la quale le disposizioni costituzionali si suddividono in norme programmatiche, ovvero non immediatamente applicabili senza normazione attuativa di tipo secondario e sostanzialmente non cogenti, ed in norme precettive, ovvero immediatamente applicabili. D'altra parte è impossibile sostenere una ineffettività del principio costituzionale di cui all'art. 32, comma 2, Cost., alla cui immediata precettività, anzi, lo stesso legislatore ordinario si vincolava, quando per costringere taluno, anche se incapace di intendere e di volere, a sottoporsi ad un trattamento sanitario riteneva di emanare una apposita legge (l. n. 180 del 1978). Se da un punto di vista formale appare del tutto arduo operare una comparazione tra una previsione costituzionale ed una legge ordinaria, ciò appare ancora più difficile se il confronto viene fatto con una norma contenuta in un codice di deontologia professionale, soprattutto quando si arrivi ad affermare, poi, la prevalenza di quest'ultima. Oltre al fatto che ciò non è sostenibile neppure da un punto di vista sostanziale, poiché nello stesso codice di deontologia medica si dice una cosa ben diversa all'art. 37, che appare direttamente applicabile alla fattispecie in esame: «in caso di malattia a prognosi sicuramente infausta o pervenuta alla fase terminale, il medico deve limitare la sua opera all'assistenza morale e alla tera-



**decisioni in primo piano****582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

pia atto a risparmiarne inutili sofferenze», mentre quanto riferito all'art. 35 – «anche su richiesta del malato il medico non deve effettuare né favorire trattamenti diretti a provocarne la morte» – appare essere una affermazione di principio del tutto generica, temperata poi da previsioni riferite a casi particolari, come è appunto il caso previsto dall'art. 37 dello stesso codice deontologico, codice che altrimenti conterrebbe al suo interno elementi di insuperabile contraddittorietà. In ogni caso l'azione di interruzione di una terapia non può essere concettualmente assimilata all'espletamento di «un trattamento diretto a provocare la morte» del paziente, poiché la prima costituisce mera cessazione di una terapia precedentemente somministrata mentre il secondo è l'attivazione *ex novo* di un intervento terapeutico finalizzato al decesso del paziente. Quanto poi all'ulteriore previsione contenuta nell'art. 37 e riguardante anche l'obbligo per il medico di «proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile», essa è esplicitamente riferita al «caso di compromissione dello stato di coscienza» del paziente, che è ipotesi del tutto diversa rispetto al caso in esame, nel quale P.W. è stato fino all'ultimo cosciente.

D'altronde, che non si possa arrivare a conclusioni diverse è autorevolmente confermato dall'esito del procedimento instaurato dalla competente Commissione disciplinare dell'Ordine dei Medici di Cremona che, in data 1° febbraio 2007 e con riferimento ai fatti in esame, chiudeva l'istruttoria preliminare, escludendo che a carico del dottor R. ci fossero i presupposti per aprire un procedimento disciplinare e rilevandone la piena conformità di condotta con le norme di deontologia preposte all'esercizio della professione medica.

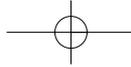
Inoltre, identificare il contenuto del diritto all'autodeterminazione informata del malato come diritto a far cessare l'accanimento terapeutico appare un modo di procedere non condivisibile, ciò proprio per le ragioni rappresentate dallo stesso giudice civile. Infatti, secondo tale A.G., allo stato della legislazione, nessuno è in grado di dare una definizione di accanimento terapeutico e descrivere in cosa consista. Pertanto individuare il contenuto di un diritto soggettivo facendo riferimento ad un concetto giuridicamente inesistente, quale è, allo stato, quello dell'accanimento terapeutico, e facendo riferimento a quella che anche nella realtà è un'esperienza variegata e di difficile definizione, appare essere un'operazione opinabile perché costruita su parametri concettuali di riferimento non definiti né definibili (sarebbe come dire che il contenuto di un diritto consista in qualcosa che non si è in grado di sapere cosa sia); inoltre, essa si rivelerebbe un'operazione inconcludente, perché destinata a finire con un nulla di fatto, disattendendo, conseguentemente, lo stesso precetto costituzionale e lasciando senza tutela giuridica il diritto soggettivo da esso direttamente promanante. Invece la previsione costituzionale appare godere di una sua precisa autonomia concettuale, in quanto in essa non si rinviene alcun riferimento letterale o interpretativo che possa rimandare al cosiddetto "accanimento terapeutico" (esperienza, per giunta, del tutto estranea all'epoca di redazione del testo costituzionale), non avendo il legislatore costituzionale (direttamente o indirettamente) posto limiti all'esercizio del riconosciuto diritto soggettivo che possano passare attraverso un tale concetto. Pertanto, a parere di questo giudice, l'esercizio del diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario, allo stato della legislazione, non ha come presupposto necessario la sussistenza di una situazione riconducibile ad una condizione qualificabile come accanimento terapeutico.

(Omissis)

Nell'ordinanza di rigetto della richiesta di archiviazione, con contestuale imposizione dell'imputazione contro R.M. per il reato di omicidio del consenziente, il g.i.p. individua nei seguenti punti il suo percorso decisionale:

a) l'incontestabile esistenza di un principio alla libertà di cura sancito dall'art. 32 Cost. comporta conseguentemente, secondo il g.i.p., che di esso «debba essere data attuazione anche in assenza di una specifica normativa, con il solo limite degli altri diritti costituzionalmente garantiti. Tra essi deve essere ovviamente compreso il "diritto alla vita". Tra questi diritti non esiste un rapporto di gerarchia o di incompatibilità sostanziale, ma devono essere "armonizzati", senza che, però, «l'assenza di una disciplina normativa» comporti «l'impossibilità di dare attuazione al drit-



**decisioni in primo piano**

G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049 | 582.5

to del paziente di rifiuto di cure, quando da tale rifiuto ne derivi la morte». Secondo tale A.G., pertanto, la necessità di bilanciamento dei diversi principi in questo campo «comporta che sia rimessa al giudice l'interpretazione o meglio l'individuazione della regola di interpretazione da adottare nel caso specifico»;

b) in ottemperanza al criterio procedurale di valutazione caso per caso da parte del giudice, il g.i.p. procedeva a tale operazione, ritenendo che «il diritto alla vita nella sua sacralità, inviolabilità ed indisponibilità costituisca il limite per tutti gli altri diritti, che, come quello affermato dall'art. 32 Cost., siano posti a tutela della dignità umana». L'espressione di una prevalenza del diritto alla vita, in ogni caso, si rinviene, secondo il g.i.p., nell'ordinamento giuridico nella previsione dei reati di cui agli artt. 579 e 580 c.p., nonché nel divieto sancito dall'art. 5 c.c.;

c) nel caso di specie non vi è stato alcun accanimento terapeutico, in quanto non era stata applicata alcuna terapia in senso stretto, non essendo qualificabile come terapia il mero sostegno vitale costituito dall'applicazione del ventilatore meccanico;

d) il g.i.p. afferma, poi, «la necessità di una disciplina normativa che preveda delle regole alle quali attenersi in simili casi, fissando in particolare il momento in cui la condotta del medico rientri nel divieto di accanimento terapeutico; ma, in assenza di disciplina, al principio di cui all'art. 32 Cost., non può essere riconosciuta un'estensione tale da superare il limite insuperabile del diritto alla vita», ed inoltre «il timore evocato dal giudice civile sulla possibilità che l'attuazione di un diritto, in assenza di una disciplina normativa, sia rimessa alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta si è rivelato fondato» ed in particolare le «modalità adottate per dare attuazione al diritto di interrompere la terapia di ventilazione artificiale sono discutibili anche sotto il profilo etico»;

e) sussiste nel caso in esame, secondo il g.i.p., il reato di cui all'art. 579 c.p., con riferimento sia all'elemento oggettivo della condotta, sia all'elemento soggettivo del dolo, e segnatamente sotto quest'ultimo profilo tale A.G. rileva che era stato lo stesso R., incurante della decisione del giudice civile e rispondendo più a motivazioni di carattere politico, a farsi avanti per interrompere la terapia al W., senza essere il suo medico curante e sulla base di un rapporto professionale «del tutto superficiale».

(Omissis)

Oltre a rilevare una certa discontinuità motivazionale che, date alcune premesse, deve essere superata attraverso i conseguenti passi all'interno di un coerente percorso logico, in realtà non è neppure condivisibile l'opinione secondo la quale il timore del giudice civile nel caso in esame si sia rivelato fondato. Infatti, al medico spetta solamente dare attuazione alla richiesta del malato, oppure disattenderla ove riscontrasse l'assenza delle condizioni di cui si parlerà in seguito. Relativamente invece alla «discrezionalità», cioè la scelta di rifiutare o di interrompere o meno la terapia, essa spetta e deve essere esercitata (come è avvenuto nel caso in esame secondo l'approfondita ricostruzione dei fatti sopra effettuata) unicamente dal titolare del diritto e segnatamente dal paziente. È innegabile che in questo caso il medico si è limitato a controllare la sussistenza di una richiesta consapevole ed informata in P.W. e, soltanto dopo, ha proceduto ad interrompere la terapia, così come gli era stato richiesto. In tutto ciò non risulta essere stata esercitata alcuna discrezionalità da parte dell'imputato R., essendosi egli limitato ad eseguire con scrupolo e precisione la volontà del paziente, nonché tutte le sue indicazioni, anche sotto il profilo delle modalità e dei tempi di attuazione. Infatti se il medico avesse effettivamente riservato a sé un autonomo spazio decisionale in assenza o addirittura in contrasto con la volontà del paziente, trattandosi di un caso di interruzione di terapia salvavita, il g.i.p. avrebbe dovuto chiedere coerentemente l'imputazione coatta per omicidio volontario e non per omicidio del consenziente, come in realtà faceva. In tal modo il g.i.p. ha riconosciuto che, in ogni caso, la condotta del medico non era stata mossa da una scelta «discrezionale», bensì essa si era strettamente attenuta alla volontà del paziente.

(Omissis)

Sulla conclusione, poi, che non sia rinvenibile nel caso in esame un'ipotesi di accanimento



decisioni in primo piano**582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

terapeutico si può essere d'accordo, ma per motivi diversi da quelli indicati dal g.i.p. Infatti il mantenimento della terapia di ventilazione assistita, nonostante il dissenso del malato, non può essere giuridicamente qualificato come accanimento terapeutico – qualunque contenuto si voglia attribuire a questo concetto –, bensì come violazione di un diritto del paziente, costituzionalmente garantito, che aveva espresso la sua volontà consapevole ed informata di interruzione della terapia in atto (conformemente Cass., 29 maggio 2002, Volterrani, n. 26446, come meglio di seguito indicato). In verità l'assenza, nel caso in esame, di un'ipotesi riconducibile alla nozione di accanimento terapeutico non sposta minimamente i termini della questione, poiché non è l'esistenza dell'accanimento terapeutico a connotare di legittimità la condotta del medico che lo faccia cessare; bensì è la volontà espressa dal paziente di voler interrompere la terapia ad escludere la rilevanza penale della condotta del medico che interrompa il trattamento.

Non può escludersi, inoltre, come ha fatto invece il g.i.p., nei confronti della ventilazione assistita la natura di terapia sol perché attinente «al sostegno di funzioni vitali», poiché altrimenti anche un'operazione al cuore, pur complessissima, non potrebbe essere qualificata come intervento terapeutico, in quanto anch'essa effettuata a sostegno di una funzione vitale quale è indubbiamente quella svolta dal muscolo cardiaco. Va, invece, certamente qualificata come terapia, o comunque come trattamento sanitario, l'attività di ventilazione meccanica cui era stato sottoposto P.W. dopo un intervento assai invasivo quale è un'operazione di tracheotomia. Trattasi infatti di induzione artificiale della respirazione tramite l'azione di una macchina, alla quale P.W. doveva rimanere costantemente attaccato, ed in ragione della quale egli doveva essere quotidianamente sottoposto a terapie antibiotiche che scongiurassero l'insorgere di infezioni dello stomaco e del canale di inserimento, con contestuale asportazione del muco generatosi per l'induzione meccanica della respirazione. Pertanto il predetto, chiedendo il distacco dal polmone artificiale, ha effettivamente esercitato il suo diritto di interrompere un trattamento sanitario, come individuato dalla norma costituzionale, non essendo diversamente qualificabile l'induzione artificiale della respirazione per i motivi sopra rappresentati.

Non è neppure rilevante, sotto il profilo della configurabilità del reato contestato all'imputato, che il dottor R. fosse o non fosse l'abituale medico curante di P.W. Va infatti rilevato che, in ogni caso, si era instaurato un preciso rapporto tra i due, finalizzato ad un intervento a contenuto sanitario ben individuato dal medico e dal paziente, ovvero il distacco dal respiratore artificiale con la contestuale somministrazione di sostanze sedative. Tali sostanze potevano essere somministrate (nella qualità, nella misura, nella loro reciproca combinazione e nella loro interazione con la malattia sofferta dal paziente) solo da uno specialista anestesista, come ebbe ad indicare lo stesso medico curante del W., dottor S., quando, alla richiesta del suo paziente di interrompere la ventilazione assistita, gli rispose che avrebbe potuto certamente staccarlo dalla macchina, ma che, quanto alla sedazione, lui non era in grado, essendo necessario al riguardo uno specialista anestesista. D'altra parte non è necessario per l'instaurazione di un rapporto di questo tipo che il medico sia quello che ha il paziente in cura da tempo, poiché si può creare la necessità, ad esempio, di un consulto di uno specialista su un singolo problema emergente. Ad esempio, può avvenire che un paziente si rivolga ad un medico ortopedico, quando per disavventura si fratturi inaspettatamente una gamba, oppure che, dopo essersi rotto una gamba, il paziente vada da un diverso ortopedico rispetto a quello cui si era rivolto precedentemente solo per avere, ad esempio, conferma della giustezza delle indicazioni di quest'ultimo. Si può forse escludere in tali casi l'esistenza di un preciso accordo terapeutico tra paziente e medico?

Pertanto l'esistenza del rapporto tra medico e paziente prescinde dalla durata del rapporto stesso e dall'esistenza di una cura in corso, sempre che sia chiaro l'oggetto della richiesta del paziente ed esso consista in una *prestazione di carattere medico*, come è avvenuto nel caso in esame. Né rilevante appare essere che il rapporto instaurato tra P.W. ed il dottor R. sia stato «un rapporto professionale del tutto superficiale», in quanto superficiale o meno esso è comunque un rapporto professionale tra medico e paziente. La superficialità del dottor R., poi, è tutta da dimostrare, atteso lo scrupolo con il quale l'anestesista ha proceduto, come dimostrano il verba-



le del suo intervento e le conclusioni della consulenza tecnica disposta dal p.m. In tali conclusioni i consulenti danno atto che la somministrazione dei sedativi è stata effettuata dal medico nella qualità e nella misura tali da non interferire con la patologia sofferta dal paziente, non inducendo la morte di quest'ultimo, ma solo consentendo l'efficace sedazione del malato, al fine di scongiurare in quest'ultimo ogni sofferenza che il distacco dalla macchina avrebbe causato con l'inevitabile instaurarsi della sindrome da soffocamento.

Infine, non sembra individuabile alcuna specifica indicazione normativa che possa direttamente o indirettamente far ritenere che l'esercizio del diritto soggettivo di rifiuto delle terapie mediche debba essere subordinato ad una valutazione preventiva e caso per caso di un giudice. Infatti, laddove il legislatore ha voluto garantire l'esercizio corretto e consapevole di alcuni diritti di problematica valutazione etico-sociale o nei casi di contrasto di opposti interessi oppure quando ha inteso tutelare le c.d. figure "deboli", egli ha sempre dovuto prevedere esplicitamente specifiche scriminanti procedurali, rispetto alle quali è stato inserito il giudice in qualità di figura di garanzia, come ad esempio è avvenuto nel caso del diritto di abortire riconosciuto alla minore.

(Omissis)

Appare necessario, prima di andare oltre nell'affrontare ogni altra questione, chiarire che la dimensione etica in senso stretto, ovvero se non richiamata direttamente o indirettamente in concetti giuridici, non può far parte di questa disamina; pertanto concetti come "sacralità" del diritto alla vita oppure valutazioni sotto il profilo meramente etico della condotta dell'imputato non possono avere cittadinanza nelle argomentazioni di questo giudice, che deve rigorosamente mantenere separate le proprie personalissime scelte etiche rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Esula dal mondo giuridico ed esula pertanto anche dalle argomentazioni di questo giudice, ad esempio, il concetto di "sacralità" del diritto alla vita. Quest'ultimo, infatti, potrà essere "inviolabile", "indisponibile", ma non "sacro", qualità, questa, che rimanda al fatto che esso debba essere letteralmente oggetto di "venerazione", di "adorazione" in quanto partecipe della natura divina, e che attiene conseguentemente al mondo della religione.

I percorsi logici seguiti dai predetti giudici, pur con le loro diversità, hanno evidenziato, a parere di questo g.u.p., delle discontinuità motivazionali, che impongono conseguentemente, proprio lì dove si sono evidenziate, di intraprendere un percorso diverso partendo, comunque, da un dato di fondamentale importanza e comune alla riflessione di entrambi i giudici e dei p.m. che sono intervenuti nella vicenda in esame, costituito dal riconoscimento dell'esistenza di un diritto della persona a rifiutare o interrompere le terapie mediche, discendente dal principio enunciato dal comma 2, dell'art. 32, Cost., secondo il quale «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

L'affermazione nella Carta costituzionale del principio che sancisce l'esclusione della coazione in tema di trattamenti sanitari (e quindi della necessità del consenso del malato) ha come necessaria consecuzione il riconoscimento anche della facoltà di rifiutare le cure o di interromperle, che, a sua volta, non può voler significare l'implicito riconoscimento di un diritto al suicidio, bensì soltanto l'inesistenza di un obbligo a curarsi a carico del soggetto. Infatti la salute dei cittadini non può essere oggetto di imposizione da parte dello Stato, tranne nei casi in cui l'imposizione del trattamento sanitario è determinato per legge, come sostiene anche la dottrina, in conseguenza della coincidenza tra la salvaguardia della salute collettiva e della salute individuale, come avviene, ad esempio, nel caso delle vaccinazioni obbligatorie.

Il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.

Esso risulta inoltre confermato, nella sua portata di diritto della persona, anche a livello internazionale nella convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata con l. 28 marzo 2001, n. 145 che all'art. 5 prevede che «un intervento nel campo della salute non può





decisioni in primo piano

582.5 | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero ed informato. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Di tale convenzione, seppure non sia ancora in vigore nel nostro ordinamento per non essere stata perfezionata la relativa procedura internazionale di notificazione della ratifica, non può non tenersi conto, anche oggi, almeno come criterio di interpretazione per il giudice. Ciò per due ordini di motivi: il primo, perché è stata sottoscritta dall'Italia ed anche ratificata con legge dello Stato; il secondo, perché essa enuncia principi conformi alla nostra Costituzione, rappresentando una chiara esemplificazione di quest'ultima.

La Corte costituzionale nei suoi interventi ha chiarito al riguardo la natura, i contenuti e l'efficacia del diritto in argomento.

In particolare:

– con sent. n. 45/1965 ha affermato, se mai ce ne fosse bisogno, che «i principi fondamentali di libertà», tra cui rientra a pieno titolo quello sancito dall'art. 32, comma 2, Cost., debbono «essere immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia *erga omnes*»;

– con sent. n. 161/1985 ha ritenuto che l'intervento chirurgico di disposizione del proprio corpo, se effettuato in conformità al diritto alla salute, enunciato dall'art. 32 Cost., intesa quest'ultima come equilibrio tra gli aspetti fisici e psichici della persona, è consentito, prevalendo il suindicato articolo della Costituzione sul divieto di cui all'art. 5 c.c.;

– con sent. n. 471/1990 riconosce esplicitamente che la possibilità di disporre del proprio corpo costituisce un necessario postulato «della libertà personale inviolabile», di cui parla la Costituzione all'art. 13;

– con sent. n. 238/1996, infine, ha escluso categoricamente che una persona possa essere costretta a subire un intervento sanitario non voluto, in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga, affermando che esso costituisce «un diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita ed alla integrità fisica, con il quale concorre a creare la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto della persona».

La Corte costituzionale risponde, quindi, a tutti i quesiti che l'interprete potrebbe porti nel caso in esame, in quanto chiarisce che il diritto al rifiuto di trattamenti terapeutici è un diritto inviolabile della persona, immediatamente precettivo ed efficace nell'ambito del nostro ordinamento, non limitato dalla previsione dell'art. 5 c.c., e soprattutto rientrante «tra i valori supremi» che l'ordinamento giuridico tutela a favore dell'individuo, non diversamente dal diritto alla vita con il quale concorre «a costituire la matrice prima di ogni altro diritto» della persona. Di conseguenza la Corte ha anche chiarito la scala di priorità per l'armonizzazione di un tale diritto con altri diritti, tra cui anche quello alla vita, nei confronti del quale non ha e non deve avere, nell'interpretazione del giudice, una posizione subordinata.

In conclusione il quadro normativo delineato dalla Corte costituzionale nel corso degli anni non lascia dubbi all'interprete, in quanto da esso discende con chiarezza che l'individuo può rifiutare trattamenti medici e la sua volontà consapevole deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita e tutto ciò vale non solo nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche tra privati ovvero tra il paziente ed il suo medico, che dovrà attenersi alla volontà del malato come regola generale.

Sulla stessa linea interpretativa si pone anche la Corte di cassazione, che ha elaborato nel corso degli anni una giurisprudenza di apertura alle predette problematiche, riconoscendo, ad esempio, nella sentenza 29 maggio 2002, Volterrani, n. 26446 «che in una società ispirata al rispetto ed alla tutela della persona umana, portatrice di un patrimonio culturale e spirituale prezioso per l'intera collettività, non possa non darsi assoluta prevalenza al valore sociale dell'individuo» e ritenendo che devono essere posti al centro della tutela giuridica i suoi diritti fondamentali, tra cui anche quello promanante dal secondo comma dell'art. 32 Cost., in ragione del quale la Corte afferma l'assoluta «rilevanza della volontà del paziente quando si manifesti in forma inequivocabilmente negativa e si concreti in un rifiuto del trattamento terapeutico prospettato» ed in



**decisioni in primo piano**G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049 | **582.5**

questo caso, pertanto, il medico «in presenza di una determinazione autentica e genuina non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte ... giacché per il medico, di fronte ad un comportamento nel quale si manifesta l'esercizio di un vero e proprio diritto, la sua astensione da qualsiasi iniziativa di segno contrario diviene doverosa, potendo diversamente configurarsi a suo carico persino gli estremi di reato» (conformi: Cass., 9 marzo 2001, Barese, n. 585; Cass., 22 marzo 2001, n. 731).

(*Omissis*)

In altra più recente sentenza la Corte di legittimità, (Cass., 19 maggio 2004, V, n. 14638/2004, *Omissis*) si afferma il primato assoluto della volontà del paziente non solo in caso di rifiuto o di interruzione della terapia, come avvenuto nella fattispecie in esame, ma anche per qualsiasi intervento sanitario del medico, argomentando che, indipendentemente dalla mancata esecuzione delle disposizioni della Convenzione di Oviedo nel nostro ordinamento per incompletezza della relativa procedura di ratificazione, tale principio discende inequivocabilmente dall'art. 32, comma 2, Cost. (conformi: Cass., 25 novembre 1994, n. 10014; Cass., 24 settembre 1997, n. 9374; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364; Cass., 16 maggio 2000, n. 6318).

Appare, quindi, evidente come, alla luce del dettato chiarissimo dell'art. 32, comma 2, Cost., nonché alla luce dell'interpretazione che di esso è stata data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non possano, in nessuna sede, essere disattesi il riconoscimento e la tutela del diritto all'autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario, diritto che contempla ovviamente anche il caso di rifiuto di nuova terapia e lo speculare caso di interruzione della terapia già iniziata. Infatti il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanzandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione. Per escludere invece un trattamento sanitario che si sostanzia in un contenimento fisico dell'individuo socorrerà, con conseguente duplice garanzia costituzionale, anche la disciplina assicurata dall'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale dell'individuo contro ogni forma di coazione fisica.

Tutto ciò certamente non potrà essere vanificato dalla sistematica applicazione della scriminante di cui all'art. 54 c.p., che potrà essere operativa, ma solo laddove non sia stata espressa alcuna volontà da parte del paziente oppure nel caso in cui il consenso, il rifiuto o la richiesta di interruzione di una terapia non siano stati esercitati liberamente ed alla presenza di una adeguata informazione, o che non abbiano le qualità della personalità, attualità, autenticità e della attinenza alla realtà.

In realtà in un tale scenario giuridico, proprio perché c'è assenza di una legge specifica che regolamenti la materia, eventualmente imponendo in alcuni casi il trattamento obbligatorio all'individuo che lo rifiuti, il diniego di sottoporsi a cure o la loro interruzione rappresenta una facoltà riconosciuta all'individuo che non può essere negata o ostacolata, sempre che sia stato preventivamente accertato che la volontà del soggetto sia stata espressa liberamente e con piena informazione. Alla luce di ciò appare, quindi, essere un falso problema quello attinente al bilanciamento del principio della libera autodeterminazione in materia di trattamento terapeutico con gli altri principi di rango costituzionale, come, ad esempio, quello alla vita od all'integrità fisica. Infatti la Corte costituzionale ha chiarito che il principio discendente dall'art. 32, comma 2, Cost., è ascrivibile tra i "valori supremi" destinati «a costituire la matrice di ogni altro diritto della persona» alla stregua del diritto alla vita, riconoscendo al primo una pari dignità formale e sostanziale rispetto a quest'ultimo, non solo perché entrambi direttamente o indirettamente contemplati dalla Carta costituzionale, ma in quanto entrambi finalizzati a concretizzare quel ristrettissimo nucleo di valori supremi facenti capo all'individuo, la tutela dei quali non può mai venire meno senza che ciò costituisca violazione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Pertanto, in caso di conflitto, il sistematico depotenziamento del primo in ragione della prevalenza del diritto alla vita non sarebbe giustificato da alcuna norma o principio neanche di rango



**decisioni in primo piano****582.5 | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049**

costituzionale. Ma, se tali diritti, quello alla vita e quello alla autodeterminazione in materia di trattamento sanitario, contribuiscono, entrambi e ognuno per la sua parte, a costituire il nucleo fondamentale dei diritti della persona che il nostro ordinamento riconosce e tutela, nel caso in cui tra loro entrino in collisione (apparente, secondo questo giudice), quale dei due deve risultare prevalente, insomma verso quale soluzione porterebbe il relativo bilanciamento?

Partendo dal diritto alla vita, per essere già stato lungamente sviscerato quello all'autodeterminazione terapeutica, va detto che, pur non essendo esplicitamente enunciato nella Costituzione, nessuno è mai stato in grado di non ritenerlo alla base di qualsiasi disposizione costituzionale in materia di diritti della persona. Ciò non solo per una sua presunta derivazione giusnaturalistica, ma perché esso costituisce, insieme al diritto di cui all'art. 32, comma 2, Cost., effettivamente il nucleo fondamentale cui si richiama ogni altro diritto riconosciuto alla persona. Vengono comunemente attribuiti al diritto alla vita i caratteri dell'invulnerabilità e dell'indisponibilità, ma il primo lo connota nel senso di limite verso l'esterno, il secondo come limite verso l'interno. Ovvero: l'invulnerabilità costituisce quella tenace difesa che l'ordinamento pone all'aggressione del diritto che possa provenire da persone diverse dallo stesso titolare – vengono, pertanto, sanzionate tutte le forme di soppressione della persona da parte di terzi nell'intera gamma contemplata negli artt. 575-580 c.p. –; l'indisponibilità, invece, rappresenta quella difesa avanzata che l'ordinamento appronta anche contro lo stesso titolare del bene protetto. Entrambi i caratteri hanno comunque come limite invalicabile l'autonomo ed equipollente diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario. In altre parole, se la disposizione del proprio corpo, finanche a determinare la propria morte, viene effettuata nell'ambito dell'esercizio del diritto di cui all'art. 32, comma 2, Cost., allora questa è consentita, proprio in ossequio a quest'ultima previsione costituzionale che attribuisce tale facoltà alla persona, salvo che non sia diversamente stabilito con legge ordinaria. In sostanza l'esercizio di un tale diritto da parte del titolare ha, per espressa e insuperabile previsione costituzionale, come suo unico limite quello specificamente contemplato da una norma di legge. Pertanto, la norma costituzionale, ponendo una stretta riserva di legge all'individuazione dei limiti da apporre al libero dispiegarsi del diritto di autodeterminazione in materia sanitaria, ha tracciato espressamente un'unica strada entro la quale solo il legislatore ordinario potrà bilanciare i diritti ed i diversi interessi in gioco, dettando le regole necessarie ed i confini al libero esercizio delle facoltà riconosciute alla persona, come peraltro ha già coerentemente fatto nel caso della previsione del ricovero obbligatorio nell'ipotesi di incapacità di intendere e di volere, con una specifica previsione di legge.

Non rientra nella riserva di legge di cui sopra, invece, la disposizione contenuta nell'art. 5 c.c., in quanto essa non disciplina i casi specifici di deroga al libero dispiegarsi della volontà dell'individuo in tema di terapie, ma si limita a prevedere un divieto di disposizione del proprio corpo di carattere generale che, proprio in quanto tale, non può non essere disatteso. Ciò in considerazione della sua estraneità ad una regolamentazione specifica della materia relativa al trattamento sanitario, trattandosi di norma che, se letteralmente intesa, porrebbe nel nulla la norma costituzionale, non solo nella sua accezione negativa – ovvero nel caso di interruzione delle terapie –, ma anche nella sua accezione positiva di necessità del consenso ad interventi terapeutici invasivi. D'altra parte ciò appare essere in linea con quanto indicato nella pronuncia della Corte costituzionale sopra riportata, dove si afferma la prevalenza del principio previsto dall'art. 32 Cost. sulla disposizione contenuta dall'art. 5 c.c., (C. cost., sent. n. 161 del 1985).

(Omissis)

È importante, a questo punto, definire con rigore l'ambito entro il quale può essere esercitato il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario, perché direttamente incidente sui principi della invulnerabilità e dell'indisponibilità della vita e perché qualsiasi scantonamento si tradurrebbe in una gravissima violazione in ragione dell'essenzialità del diritto su cui andrebbe ad incidere. Infatti l'individuo nell'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica potrebbe autorizzare anche condotte direttamente causative della sua morte.

L'ambito entro il quale l'individuo può autorizzare anche condotte direttamente causative



**decisioni in primo piano**

G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049 | 582.5

della sua morte viene stabilito chiaramente dallo stesso legislatore costituzionale, quando afferma che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario». Pertanto, tutto ciò che discende da tale principio in termini di necessario consenso o di possibile dissenso deve essere esercitato con riferimento ad un "trattamento sanitario", ovvero l'adesione o il rifiuto può riguardare solo una condotta che ha come contenuto competenze di carattere medico e che può essere posta in essere unicamente da un soggetto professionalmente qualificato, come è, appunto, il medico, e sempre all'interno di un rapporto di natura contrattuale a contenuto sanitario instaurato tra quest'ultimo ed il paziente.

Pertanto rientrerà, ad esempio, nella previsione dell'art. 32, comma 2, Cost. l'ipotesi, volendo rimanere in tema, del distacco dal respiratore artificiale effettuato da un medico e non da un familiare o da un altro soggetto, poiché l'interruzione di una terapia, consentita dalla norma costituzionale, è quella che si pone all'interno di un rapporto terapeutico o comunque in stretta relazione con un trattamento sanitario. In ragione di ciò, gli attori del rapporto terapeutico instaurato sono, quindi, unicamente il medico ed il paziente. D'altra parte la lettera della norma è chiara «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario», alla luce della quale l'esclusione dell'imposizione terapeutica ha come unici luoghi di estrinsecazione:

1) il rapporto tra lo Stato e la persona – basti pensare, ad esempio, a sperimentazioni, castrazioni e vaccinazioni obbligatorie, che il legislatore costituzionale vuole così scongiurare del tutto o ammettere solo per esplicita previsione di legge;

2) il solo rapporto terapeutico instaurabile tra privati, ovvero quello tra l'operatore sanitario ed il suo paziente, del quale essi rimangono gli unici attori a partire dal momento iniziale, quando per l'attivazione della terapia il medico ha bisogno del consenso del paziente e, fino alla conclusione, quando per l'interruzione del trattamento il paziente ha come suo unico interlocutore il medico, che ha il dovere di far cessare il trattamento sanitario non voluto.

In conclusione, tra privati, l'unico possibile scenario all'interno del quale può esercitarsi il diritto di autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario, in tutte le sue diverse manifestazioni, è il rapporto instaurato tra il paziente ed il suo medico e che ha come contenuto delle prestazioni sanitarie. Ciò trova speculare corrispondenza con i doveri che incombono sul medico in ragione della sua professione, come meglio specificato nello stesso codice deontologico, in quanto egli nell'esercizio di quest'ultima deve improntare la sua azione al rispetto del principio della salvaguardia della vita del paziente, del quale dovrà sempre acquisire il consenso, sopperendo solo in sua mancanza con interventi di necessità *ex art. 54 c.p.* (v. Cass. sopra citata), e del quale dovrà rispettare, ovviamente, anche la volontà di dissenso, che potrà consistere in un rifiuto di trattamenti o in una richiesta di interruzione della terapia precedentemente avviata.

È evidente, pertanto, che solo su tale soggetto, qualificato in ragione della sua professione, e non su altri incomberà un dovere di osservare la volontà di segno negativo del paziente, in ragione del rapporto instauratosi, che pone in relazione i due per l'espletamento di una condotta di natura sanitaria a contenuto concordato, con la conseguenza che, se egli dovesse porre in essere una condotta direttamente causativa della morte del paziente per espressa volontà di quest'ultimo, risponderà ad un preciso dovere che discende dalla previsione dell'art. 32, comma 2, Cost., mentre la stessa condotta posta in essere da ogni altro soggetto non risponderà ad alcun dovere giuridicamente riconosciuto dall'ordinamento, non essendo stata esercitata all'interno di un rapporto terapeutico, nel quale solo nascono e si esercitano diritti e doveri specifici, tra cui quelli di cui si discute.

D'altra parte non sfugge l'importante ruolo che al riguardo è in grado di svolgere il medico il quale, solidamente sorretto da valutazioni di carattere sanitario, nonché orientato dal proprio codice di deontologia professionale e vincolato allo stesso, è l'unico a poter garantire, da un punto di vista tecnico e da un punto di vista dell'osservanza dei principi e dei diritti, il rispetto nel caso concreto dei confini tra l'esercizio di una libera ed informata autodeterminazione del paziente ed arbitrii forieri di violazioni di diritti essenziali, quali quelli in gioco. Inoltre la sua figura è fonda-



decisioni in primo piano**582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

mentale nella costituzione del presupposto per l'esercizio del diritto, incidendo egli direttamente sul processo di formazione della volontà del paziente attraverso l'informazione di quest'ultimo. Di conseguenza non è possibile prescindere dalla sua figura nel concreto dispiegarsi del consenso o del dissenso informato del paziente.

È evidente che il rifiuto delle terapie rappresenta nell'esperienza comune, soprattutto se causativo della morte, un fatto eccezionale, in quanto è ben radicato nell'uomo l'istinto di conservazione e che in ogni caso la relativa manifestazione di volontà per essere valida deve possedere una serie di requisiti non sempre presenti, soprattutto nelle persone che si trovino a fruire di terapie salvavita e quindi in condizioni estreme. Tali requisiti si evincono, secondo la giurisprudenza e la dottrina, dalla Costituzione e dai principi dell'ordinamento giuridico e sono identificabili nel fatto che il rifiuto di una terapia o il rifiuto di continuarla deve innanzitutto essere personale, ovvero deve promanare dal titolare stesso del diritto alla vita che potrebbe essere pregiudicata o che sarà pregiudicata, in quanto a nessuno è consentito decidere della vita altrui senza incorrere nei divieti della legge anche penale. Pertanto, non potranno esercitare tale diritto per conto del malato il rappresentante legale del minore o dell'infermo di mente, in quanto egli ha titolo solo per effettuare interventi a favore e non in pregiudizio della vita del rappresentato, né hanno giuridicamente potere di rappresentanza in materia i familiari dell'interessato. Altro requisito del consenso o del dissenso è che per essere valido deve essere consapevole ovvero informato, incidendo esso su diritti essenziali dell'individuo. Infatti, quest'ultimo ne può disporre solo se pienamente consapevole della sua condizione psicofisica, delle prospettive evolutive della sua condizione e delle conseguenze che possono scaturire dalle sue scelte, perché altrimenti la sua volontà sarebbe viziata da elementi di conoscenza distorti o mancanti e quindi non libera. Inoltre, il rifiuto deve essere autentico ovvero non apparente, non – condizionato da motivi irrazionali, ad esempio la paura, deve essere effettivamente attribuibile alla volontà del soggetto e quindi non frutto di costrizione o di suggestione di alcun tipo esercitata da terzi, nonché deve essere strettamente collegato a concrete situazioni personali del malato, ad esempio la sofferenza causata dal male o l'incurabilità della malattia, ecc, e non legato a superstizioni, pregiudizi o altro. È necessario, altresì, che il rifiuto sia reale e, segnatamente, sia compiutamente e chiaramente espresso e non sia semplicemente desumibile dalle condizioni di sofferenza o dalla gravità del male. Altro importante requisito, allo stato della legislazione, è costituito dall'attualità del rifiuto, non essendo sufficiente che la persona abbia espresso precedentemente la sua volontà in tal senso, in quanto, attesi l'essenzialità dei diritti sui quali è destinato ad incidere ed il collegamento di tali decisioni a condizioni, anche interiori, mutevoli, il rifiuto di una terapia salvavita può essere revocato in qualsiasi momento e quindi deve persistere nel momento in cui il medico si accinge ad attuare la volontà del malato (giurisprudenza: Cass., 29 maggio 2001, Volterrani, n. 26446).

(Omissis)

In conclusione, è evidente che il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito sopra descritto ed alle condizioni precedentemente illustrate, costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisce a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p. La fonte del dovere per il medico, quindi, risiederebbe in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne il suo esercizio.

In una tale ricostruzione sistematica non può non riflettersi anche sulla figura e sul ruolo del

**decisioni in primo piano**

G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049 | 582.5

medico, partendo da un dato che, a parere di questo giudice, appare insuperabile: quando l'ottemperanza alla richiesta di interruzione della terapia del paziente deve consistere in una condotta positiva, come avvenuto nel caso in esame attraverso il distacco del paziente dal respiratore artificiale, sembra assai forzato il ricorso a categorie giuridiche come quella dell'omissione mediante commissione per qualificare la condotta del medico. È, infatti, innegabile che quest'ultimo, nel caso del distacco dal respiratore, è stato chiamato a porre in essere una condotta positiva per poter consentire l'attuazione della volontà del paziente che porterà alla sua morte e dal punto di vista eziologico la condotta del medico, seppure scriminata e quindi non rilevante penalmente, concorre alla causazione del decesso del malato. Non pare, conseguentemente, che si possa del tutto escludere l'ipotesi di una "obiezione di coscienza" da parte del singolo medico, escludendo responsabilità civili o addirittura penali del medico che si sottragga esclusivamente per specifiche ragioni morali – come avveniva nel caso in esame, quando alcuni medici interpellati precedentemente al dottor R. da P.W. si rifiutavano di ottemperare indicando ragioni di carattere morale –. Certamente sul punto sarebbe auspicabile l'intervento chiarificatore del legislatore, anche se parte della dottrina si è già espressa positivamente sul punto (DONINI, *Cassazione penale, "Il caso W"*; PAPPALARDO, *"L'eutanasia pietosa"*; CANESTRARI, *"Le diverse tipologie di eutanasia"*; ecc.).

A questo punto, chiarito lo scenario giuridico entro il quale si colloca il caso in esame, si deve necessariamente procedere all'esame dei fatti oggetto del presente giudizio, valutando se la condotta dell'imputato, eziologicamente determinante, come concausa, nel decesso del paziente, che, senza l'ausilio del macchinario e a causa della sua malattia, cessava di respirare, sia penalmente rilevante o meno.

Certamente la condotta posta in essere dall'imputato integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente, in quanto, oltre all'effettiva sussistenza del dato estrinseco del consenso della vittima, il distacco di quest'ultima dal respiratore artificiale effettuato dal predetto determinava il suo decesso dopo poco.

Né vale a tal riguardo sostenere che, invece, il medico si limitava a non proseguire la terapia in ottemperanza della volontà espressa dal paziente, ponendo in essere una condotta semplicemente omissiva, poiché tale interpretazione, che giunge alle stesse conclusioni circa la liceità della condotta seppure per una strada diversa e con qualificazione diversa del relativo proscioglimento, appare essere il risultato di una costruzione giuridica che finisce per forzare la realtà dei fatti. È, invece, ravvisabile nell'atto del distacco del respiratore una innegabile condotta interventista, che non può essere assimilata, e non solo dal punto di vista naturalistico, alla condotta, essa sì, omissiva del medico che si limiti a non iniziare una terapia non voluta dal paziente. Ciò è tanto vero che se si volesse criminalizzare quest'ultimo comportamento, nonostante la sussistenza della dichiarazione conforme del malato, si dovrebbe individuare una fattispecie penale diversa dall'omicidio del consenziente, come, ad esempio, quella dell'omissione di atti d'ufficio per ragioni di sanità e, nel caso di morte del paziente, quella di cui all'art. 586 c.p., con disparità di trattamento concettualmente non giustificabile. Seguendo una tale interpretazione si avrebbe inoltre, specularmente, un'ingiustificabile diversità di trattamento anche con riferimento alla condotta antagonista a quest'ultima ipotesi, consistente nell'imposizione di una terapia non voluta, che sarebbe, secondo la Corte di cassazione, perseguibile penalmente per il reato di violenza privata (v. Cass. 29 maggio 2002, Volterrani, n. 26446), diversamente dalla condotta antagonista al caso in esame e consistente nel rifiuto di staccare il respiratore artificiale. Parimenti non vale a tal riguardo affermare, altresì, che l'imputato, dopo avere omesso di proseguire una terapia non voluta, semplicemente non impediva che il paziente morisse a causa della sua malattia, come se il decesso del malato non fosse poi la conseguenza immediata della condotta commissiva del medico. Infatti tale interpretazione appare corrispondere più ad un artificio logico che alla realtà dei fatti, con riferimento ai quali nessuno è in grado di smentire il dato obiettivo che, se l'imputato non fosse intervenuto attivamente, staccando il malato dalla macchina che gli assicurava la respirazione assistita, quest'ultimo non sarebbe deceduto quel giorno e a quell'ora.



decisioni in primo piano**582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

Pertanto, non vi è dubbio che all'azione dell'imputato, unitariamente consistita nell'atto di distacco del respiratore, corrispondeva come evento naturalisticamente e giuridicamente conseguente la morte del paziente, dato, questo, dal quale non è possibile prescindere nella presente valutazione, separando artificiosamente in due distinte fasi – omissione del trattamento e non intervento in soccorso del malato – la condotta del medico che è unica, sia da un punto di vista della materialità che da un punto di vista della volizione. D'altra parte l'individuazione di una causa di giustificazione del reato non appare foriera, più in generale, di conseguenze negative quali, ad esempio, la possibilità di un pericoloso ampliamento della liceità della condotta sotto il profilo dell'erronea supposizione della scriminante, poiché sempre dell'oggetto del dolo si discuterebbe e, come tale, sovrapponibile all'analogo caso di erronea supposizione degli elementi del fatto di cui all'art. 47, c.p. Anzi nel caso dell'erronea supposizione di una causa di giustificazione la giurisprudenza ha avuto sempre una posizione più rigorosa, richiedendo qualcosa di più del semplice difetto dell'elemento psicologico e segnatamente ha ritenuto necessario accertare anche la ragionevolezza di questo erroneo convincimento (Cass., 24 maggio 1990, Colantonio; Cass., 7 luglio 1998, Calamita; ecc.).

Del reato contestato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor R. ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente ed il fatto che egli abbia adempiuto alla volontà del paziente non esclude di per sé la volontarietà della sua azione direttamente causativa del decesso di quest'ultimo, in quanto è proprio la volontà conforme della vittima a costituire l'elemento caratterizzante la fattispecie dell'omicidio del consenziente rispetto all'omicidio volontario. Non si può neppure affermare che il dottor R. non fosse in grado di ipotizzare l'antigiuridicità della sua condotta, se è vero, come è vero, che era a conoscenza della pronuncia del giudice civile di qualche giorno prima.

Pertanto, l'unica soluzione perché la condotta del medico, attuativa della volontà del paziente e causativa della morte di quest'ultimo, possa essere ritenuta di per sé lecita, sarebbe quella di ridisegnare, mediante l'intervento del legislatore, i limiti della fattispecie di cui all'art. 579 c.p., escludendo esplicitamente l'ipotesi del medico che, ottemperando la volontà del paziente, cagioni la morte di quest'ultimo, mentre una previsione incriminatrice così ampia ingloba necessariamente anche questo caso.

Peraltro, se è vero che esistono del reato contestato tutti gli elementi costitutivi, nel caso concreto appare sussistere anche la scriminante di cui all'art. 51 c.p. Invero dalla ricostruzione dei fatti precedentemente operata discende con certezza che P.W. da tempo, almeno da sei mesi, aveva deciso di porre fine alla terapia di ventilazione assistita cui era sottoposto dal 1997 e a tale scopo aveva perseguito tutte le strade possibili, anche rivolgendosi al giudice civile, per poter vedere riconosciuto il proprio diritto all'interruzione del trattamento sanitario. Vari medici per motivi diversi si erano rifiutati di assecondare la sua volontà, fino a che era entrato in contatto con il dottor R., medico specializzato in anestesia e rianimazione. Il rapporto che si costituiva tra i due è qualificabile come quello tipico che si instaura tra un medico ed il suo paziente, preceduto da una precisa acquisizione di informazioni da parte del medico sulle condizioni del paziente ed esso aveva ad oggetto competenze di carattere squisitamente sanitario, quali quella di porre fine al trattamento di respirazione assistita con il distacco del predetto dalla macchina e quella di somministrare contestualmente una terapia sedativa al paziente. Il contesto entro il quale, pertanto, si consumava la condotta dell'imputato era quello presupposto dal legislatore costituzionale per il legittimo esercizio del diritto all'autodeterminazione della persona attraverso la richiesta di interruzione del trattamento sanitario. A sostegno di tale affermazione si rimanda anche alle valutazioni critiche espresse precedentemente da questo giudice sulle argomentazioni contenute nell'ordinanza del g.i.p. Si ritiene di dover solo aggiungere che il medico] nel caso in esame, interveniva su un trattamento sanitario a quell'epoca in atto, quale quello della respirazione assistita, operando per la sua cessazione e somministrando contestualmente una terapia sedativa, come richiesto dal paziente, per salvaguardare l'equilibrio psico-fisico di quest'ultimo nel momento assai critico del suo percorso finale ovvero ponendo in essere una condotta a con-

**decisioni in primo piano**G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049 | **582.5**

tenuto specificamente medico ed attuabile, nel suo complesso, solo da uno specialista in anestesia, come ebbe ad affermare essere necessario anche il medico curante della vittima, dottor Sciarra.

Inoltre, va detto che la richiesta di interruzione della terapia formulata da P.W. aveva tutti i requisiti di validità in precedenza evidenziati ovvero era personale, autentica, informata, reale ed attuale. Infatti sono riscontrabili nella decisione del malato la piena consapevolezza e la determinazione tenuta ferma fino all'ultimo.

(Omissis)

Sulla permanenza della volontà del paziente fino all'ultimo, in particolare, va chiarito che il distacco dal respiratore artificiale avveniva contestualmente alla somministrazione della terapia sedativa, pertanto l'affievolimento della funzione respiratoria avveniva di pari passo alla graduale perdita della coscienza da parte del W. In ogni caso appare del tutto irrilevante, oltre che arduo dal punto di vista probatorio, andare ad accertare se lo stato di coscienza del paziente sia cessato nel momento esatto in cui subentrava la morte naturale per il distacco dalla macchina. In altre parole appare del tutto irrilevante andare ad accertare concretamente se egli sia stato messo nelle condizioni di poter, fino all'ultimo istante, revocare la sua precedente decisione, poiché ciò sarebbe stato in totale contrasto con l'intento coerentemente perseguito fino a quel momento e con la sua storia personale ed in quanto tale accertamento "impossibile" appare, in ogni caso, rappresentare esso stesso un'inutile forzatura. Infatti, non può che costituire un inutile artificio voler far coincidere il requisito dell'attualità della volontà con la necessaria e stretta contestualità tra la morte e la perdita di coscienza della persona, soprattutto quando si rende opportuno o necessario procedere alla sedazione del paziente. In realtà quello che effettivamente rileva sotto tale profilo non è la stretta contestualità tra la perdita di coscienza e la morte ma la prevedibilità dell'evento, ovvero se il paziente permanga nella sua decisione, pur sapendo quello a cui sta andando incontro e sempre che quello che effettivamente poi avviene è ciò che era stato previsto e che era comunque da lui ragionevolmente prevedibile. Anche sotto tale profilo si può affermare con ragionevole certezza che P.W. ha mantenuto ferma la sua decisione fino alla perdita di coscienza avvenuta contestualmente o poco prima al suo decesso, evento, quest'ultimo, che egli sapeva bene che sarebbe subentrato al distacco dalla macchina.

(Omissis)

Si rinviengono pertanto nel caso in esame tutti gli elementi in precedenza enucleati per la sussistenza della scriminante di cui all'art. 51, c.p., con conseguente liceità della condotta posta in essere dall'imputato.

In conclusione, parlare nel caso di specie genericamente di eutanasia appare, quindi, del tutto mondante da un punto di vista del rigore concettuale e della comprensione dei fatti. Basti, infatti, riflettere sul fatto che per la qualificazione dei casi rientranti nel concetto di eutanasia la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto coniare una serie infinita di distinzioni che comunque non sono in grado di esaurire il variegato scenario che offre la realtà e che comunque non consentono una reale individuazione della specificità dei singoli casi. Si distingue al riguardo, tanto per citare solo alcune delle catalogazioni più ricorrenti ed accreditate, in eutanasia attiva non consensuale, eutanasia attiva consensuale, eutanasia passiva, eutanasia pura, eutanasia pietosa, ecc. Ed è ancor più fuorviante nella fattispecie in esame utilizzare una simile definizione, perché si rischia di sovrapporre casi del tutto eterogenei con riferimento ad un tema che, riguardando assai da vicino l'intangibilità della vita umana, per la sua essenzialità e delicatezza impone un rigore assoluto ed una delimitazione delle fattispecie quasi "chirurgica", perché altrimenti si potrebbe correre il rischio di non comprendere adeguatamente la specificità del caso in esame e si potrebbe correre il rischio di estendere, in via di principio, a casi ontologicamente diversi il riconoscimento costituzionale dell'esercizio di un diritto ed il riconoscimento speculare della sussistenza di un'esimente penale. Basti pensare, ad esempio, alle peculiarità del caso apparentemente simile, ma profondamente diverso, di colui che nelle medesime condizioni di P.W. si faccia staccare il respiratore da un congiunto.



**decisioni in primo piano****582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

Una tale interpretazione del principio di autodeterminazione consapevole in tema di trattamento sanitario non è senza effetti sulla categoria concettuale facente capo al cosiddetto "accanimento terapeutico", in quanto in una visione sistematica quest'ultima appare acquisire una connotazione di tipo residuale. In altre parole, se viene riconosciuta efficacia giuridica alla volontà dell'individuo sulle cure mediche cui sottoporsi, l'insistenza terapeutica in questo caso deve essere qualificata dal punto di vista giuridico come mera violazione della volontà consapevolmente espressa dal paziente, indipendentemente dal fatto che il trattamento sanitario si sostanzi o meno in una situazione definibile come "accanimento terapeutico". D'altra parte la terapia cui la persona intende sottrarsi non necessariamente si deve sostanziare in una situazione estrema di "accanimento terapeutico" perché egli possa esercitare il diritto di farla cessare. Pertanto l'accanimento terapeutico, come categoria giuridica, assumerebbe una connotazione autonoma rispetto al diritto di autodeterminazione terapeutica ed un contenuto residuale, nel senso che in esso potrebbe rientrare tutto ciò che è insistenza terapeutica al di fuori del caso di consapevole rifiuto espresso direttamente e nell'immediatezza dal destinatario delle cure, come avveniva nel caso in esame. La categoria concettuale, rilevante sotto il profilo giuridico e qualificabile come accanimento terapeutico, potrebbe, infatti, riguardare i casi di terapia esercitata nei confronti di soggetti non più in grado di decidere per sé, relativamente ai quali la malattia a prognosi infausta è pervenuta alla fase terminale o nei quali vi sia irreversibilità della condizione di coma. Infatti solo in questi casi il titolare del bene protetto si troverà nella condizione di non poter esprimere la propria volontà, che, se positiva, avrebbe potuto riconvertire il presunto accanimento in terapia voluta e che, se negativa, ne avrebbe potuto lamentare la violazione. Pertanto solo all'interno di tale categoria residuale poi si dovrebbe porre la questione relativa all'ultrattività della volontà del soggetto, non più in grado di esprimerla.

È evidente come, in ogni caso, al di là di qualsiasi opportuna classificazione sistematica dell'accanimento terapeutico, i fatti oggetto del presente procedimento sono del tutto diversi da simili fattispecie.

Neppure sembra potersi fare rientrare il caso in esame nella più ampia categoria concettuale denominata "suicidio assistito". Può infatti essere definita condotta suicidaria quella di colui che, ormai consapevole della immediata prossimità della propria morte e della sua inevitabilità alla stregua delle conoscenze scientifiche, decida di tempi e le modalità del suo trapasso in modo da consentire che esso sia privo di indicibili, quanto inutili, sofferenze?

(Omissis)

Può, infatti, essere definita suicidio la condotta di colui che, ormai consapevole della immediata prossimità e della inevitabilità della propria morte decida i tempi e le modalità del suo trapasso in modo da consentire che il distacco dai suoi cari avvenga nel modo più sereno, più partecipato, più vicendevolmente compassionevole possibile? Peraltro tali riflessioni appartengono più al mondo della morale che al mondo giuridico, mentre nell'ambito di quest'ultimo i concetti che ci interessano assurgono, come dimostrato in precedenza, ad una chiarezza insuperabile: la condotta di colui che rifiuta una terapia salvavita costituisce esercizio di un diritto soggettivo riconosciutogli in ottemperanza al divieto di trattamenti sanitari coatti sancito dalla Costituzione.

In conclusione, si può, quindi, affermare che l'imputato R. ha agito alla presenza di un dovere giuridico che ne scrimina l'illiceità della condotta causativa della morte altrui e si può affermare che egli ha posto in essere tale condotta dopo aver verificato la presenza di tutte quelle condizioni che hanno legittimato l'esercizio del diritto da parte della vittima di sottrarsi ad un trattamento sanitario non voluto.

Va pertanto dichiarato il proscioglimento di R. perché non punibile in ragione della sussistenza della esimente di cui all'art. 51, c.p.





IL “DIRITTO” DEL PAZIENTE (DI RIFIUTARE) E IL “DOVERE” DEL MEDICO (DI NON PERSEVERARE)

Ricostruiti i passaggi più significativi della sentenza del G.u.p. di Roma, che ha riconosciuto la sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere in capo all'anestesista che ha proceduto al distacco del respiratore artificiale, interrompendo un trattamento medico rifiutato dal paziente, vengono analizzati i punti qualificanti del dibattito sui limiti del diritto a rifiutare cure (anche vitali). In particolare, ci si sofferma sulla portata dell'art. 32, comma 2, Cost. e sul ruolo essenziale del consenso (con l'individuazione dei punti di contatto con il trattamento medico arbitrario) rispetto al contenuto ed ai limiti della posizione di garanzia del medico. Si aderisce poi alla qualificazione della condotta di disattivazione di un sostegno artificiale come omissiva (in luogo della lettura commissiva fatta propria dalla sentenza), giungendo infine a prospettare una soluzione assolutoria alternativa in termini di radicale atipicità della condotta del sanitario.

Sommario Una premessa (è d'obbligo). — **1.** Il caso Welby. — **2.** La sentenza di non luogo a procedere del G.u.p. di Roma. — **3.** Il fulcro dell'art. 32 Cost. ed il ruolo del consenso. — **4.** Una breve digressione su consenso e trattamento medico arbitrario. — **5.** Il ruolo decisivo del consenso sui confini della posizione di garanzia del medico. — **6.** La disattivazione di un sostegno artificiale: natura commissiva o omissiva. — **7.** Esclusione della tipicità vs. adempimento del dovere: implicazioni e conseguenze.

UNA PREMESSA (È D'OBBLIGO)

La sentenza del 23 luglio 2007 con la quale il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Roma ha dichiarato il non luogo a procedere nei confronti dell'anestesista Mario Riccio in ordine alla fattispecie di omicidio del consenziente, riconoscendo la sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, offre ancora una volta lo spunto per alcune riflessioni su un tema scottante ed eticamente sensibile, quello relativo ai confini di liceità del rifiuto e della sospensione di cure vitali ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La bibliografia sul tema è amplissima; senza pretesa di esaustività, possono ricordarsi, tra i volumi collettanei, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di CANESTRARI-CIMBONO-PAPPALARDO, Giappichelli, 2003, nonché *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di STORTONI, L'editore, 1992, *passim*; tra i contributi più recenti, in particolare, cfr. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI-MELCHIONDA, Giuffrè, 1997, p. 2801 s. (originariamente in *Vivere: diritto o dovere?*, a cura di STORTONI, cit., p. 211 s.); CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in CANESTRARI-FORNASARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Clueb, 2001, p. 99 s.; CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in CANESTRARI (a cura di), *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Utet, 2006, p. 116 s.; CANESTRARI, *Delitti contro la vita*, in CANESTRARI-GAMBERINI-INSOLERA-MAZZACUVA-SGUBBI-STORTONI-

TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, 2006, p. 347 s.; CORNACCHIA, *Eutanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, p. 385 s.; CORNACCHIA, *Il dibattito giuridico-penale e l'eutanasia*, in ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Carocci, 2003, p. 195 s.; CORNACCHIA, *Vittima ed eutanasia*, in VENAFRO-PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Giappichelli, 2004, p. 97 s.; EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 508 s.; EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, Giuffrè, 2001, p. 119 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale. I delitti contro la persona*, Zanichelli, 2007, p. 35 s.; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 74 s.; GIUNTA, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen.*

di
**Cristiano
Cupelli**

—
*Ricercatore di diritto
penale
Università degli studi
di Roma "Tor Vergata"*



decisioni in primo piano

582.5 | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

È però preliminare la constatazione di come, a prescindere dall'intima adesione di ciascuno a qualsivoglia convinzione pre-giuridica sulla disponibilità (ed entro quali limiti) del bene vita, il contributo del giurista deve anzitutto tradursi nell'impegno verso un'impostazione il più possibile affrancata da «ogni pregiudizio etico, emotivo e religioso»⁽²⁾. Il che, a ben vedere, non rappresenta un compito del tutto agevole, considerato come, spesso, il discorso giuridico finisce in questo ambito «per risultare oltremodo condizionato dalle inevitabili opzioni di partenza»⁽³⁾, con il pericolo che «le convinzioni morali e il patrimonio culturale (...) ne condizionino fortemente la trattazione "tecnica"», al punto che, «nonostante gli sforzi (e più spesso le dichiarazioni) di obiettività, ciascuno utilizza la propria perizia tecnica per avvalorare la soluzione che,

proc., 1999, p. 403 s.; GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 553 s.; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1382 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, 2001, *passim*; MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione al suicidio: l'eutanasia*, in MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, Giappichelli, 2007, p. 51 s.; F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 448 s.; F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. d. pen.*, vol. IV, Utet, 1990, p. 423 s.; F. MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, Cedam, 2005, p. 70 s.; F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 57 s.; PORTIGLIATI BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. d. pen.*, vol. IV, Utet, 1990, p. 1 s.; PORTIGLIATI BARBOS, voce *Diritto di rifiutare le cure*, *ivi*, p. 22 s.; PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2007, p. 260 s.; RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Giuffrè, 1991, p. 215 s.; RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Giappichelli, 1997, p. 131 s.; RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in DOLCINI - PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, p. 1707 s.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 670 s.; STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1007 s.; STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., p. 142 s.; TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, 2004, *passim*; TRIPODINA, voce *Eutanasia*, *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Giuffrè, 2006, p. 2369 s.; VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente alla luce della convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubblico*, 2003, p. 185 s.; VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, p. 539 s.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma,*

Giuffrè, 2007, *passim*; con specifico riferimento al caso Welby, AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 313 s.; DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *questa rivista*, 2007, p. 902 s.; GILARDI, *La difficile vita e la morte dignitosa di Piergiorgio Welby*, in *Questione giustizista*, 2006, p. 1117; IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del "caso Welby"*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1002 s.; LAMORGESE, *Ancora sul "caso Welby" (ovvero, i ritardi della giurisprudenza nel riconoscimento dei diritti della persona)*, in *Questione giustizista*, 2007, p. 327 s.; MUSCO, *Una riaffermazione di un "diritto giusto"*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 550; A. SANTOSUOSSO, *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 1/2007, p. 28 s.; VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 5 s.; VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, Relazione all'incontro di studi organizzato dal CSM su "Autodeterminazione, diritto alla vita, eutanasia e tutela prenatale", Agrigento, 23 settembre 2007, in www.csm.it, *passim*; PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, Relazione al convegno "Eu-thanatos, accanimento terapeutico, tutela dei diritti umani fondamentali", Università Milano Bicocca, 23 maggio 2007, in www.penalebicocca.it, *passim*; PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 355 s.; GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, *ivi*, p. 357 s.; SALERNO, *L'apertura al testamento biologico non cancella i problemi applicativi*, in *Guida dir.*, n. 43, 2007, p. 42 s.; SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561 s.; VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, *ivi*, 2008, p. 68 s.

⁽²⁾ SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 670.

⁽³⁾ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 213.



magari problematicamente, ha già prescelto come uomo della strada, salvo poi riproporla in termini di più o meno ineccepibile scientificità»⁽⁴⁾.

Così, al di là delle semplificazioni giornalistiche e delle strumentalizzazioni ad effetto mediatico o politico⁽⁵⁾, va da subito delimitato il campo di indagine, chiarendo che, nella vicenda concreta, non è direttamente coinvolto il tema dell'eutanasia, né quello dell'accanimento terapeutico, quanto l'estrinsecazione di un diritto costituzionalmente garantito a rifiutare consapevolmente trattamenti sanitari non voluti⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 75.

⁽⁵⁾ Clamore accentuato dalla concomitanza di un caso simile, ma non del tutto coincidente nell'esito, riguardante Giovanni Nuvoli. Questi, affetto da sclerosi laterale amiotrofica, immobilizzato a letto e ventilato artificialmente, si è lasciato morire, rifiutando il cibo, a fronte della dichiarazione di inammissibilità da parte della Procura della Repubblica di Sassari della richiesta che venisse autorizzato un medico estraneo al reparto in cui era ricoverato ad assecondare il suo volere di sospendere il trattamento medico in atto (attraverso l'interruzione della somministrazione di aria ai polmoni, previa adeguata sedazione); il provvedimento 13 febbraio 2007 della Procura della Repubblica di Sassari è pubblicato in *Guida dir.*, n. 16/2007, p. 92 s., con nota di SALERNO, *A questo punto diventa indispensabile avviare una "conversione costituzionale"*. Di recente, è intervenuta la richiesta di archiviazione 22-23 gennaio 2008 da parte della medesima Procura della Repubblica di Sassari (in *www.dirittoegiustizia.it*, 25 gennaio 2008) nei confronti del sanitario che aveva in cura domiciliariamente il Nuvoli e che, assecondando la sua volontà, ha ommesso i trattamenti rifiutati dal paziente e praticato solo la richiesta terapia sedativa ed antalgica. In particolare, viene esclusa a carico di questi la fattispecie di omicidio del consenziente (in forma omissiva) in quanto, essendo «il rifiuto opposto dal Nuvoli giuridicamente efficace (...), la relativa omissione del medico non è tipica» ed in tal caso non solo «viene (...) meno l'obbligo giuridico ex art. 40, comma 2, c.p.», ma «anzi scatta per il medico il precipuo dovere di rispettare la volontà del paziente», ponendosi «l'ipotesi di idratazione e nutrizione forzata (...) in aperta rotta di collisione anche con l'art. 13, comma 1, Cost., a tenore del quale la libertà personale è inviolabile», cosicché «il medico che alimenta forzatamente il paziente risponde di violenza privata».

⁽⁶⁾ Un semplice cenno, in questa sede, può essere dedicato al problema definitorio dell'eutanasia, tanto più rilevante quanto foriero di possibili fraintendimenti. La divaricazione terminologica si fonda, come è noto, sulla distinzione – enucleata su un piano naturalistico, morale e giuridico – tra "killing" e "letting die" e si traduce nella contrapposizione tra eutanasia attiva e passiva. Così, per eutanasia attiva si intende la soppressione, per pietà, della vita di una persona

attraverso un comportamento fattivo, posto in essere da taluno nei confronti di un soggetto gravemente infermo (generalmente in stato di sofferenza insostenibile e nella fase terminale di una malattia). Di contro, l'eutanasia passiva è invece generalmente ricondotta ai casi di omissione di terapie o alla cessazione di quelle che mantengono in vita il paziente nei confronti di malati giunti alla fase terminale. Tratto peculiare rispetto alla prima è la natura sostanzialmente omissiva del comportamento, sulla base della quale è possibile qualificare come causa della morte direttamente la malattia, anziché la condotta umana. Il crinale distintivo, pertanto, sembra ruotare attorno al profilo causale, nel senso che mentre nella forma attiva la causa (o la concausa) della morte è rappresentata proprio dall'azione del medico, in quella passiva essa va ricondotta direttamente all'evoluzione della malattia, limitandosi il medico a non fare nulla per impedirne il decorso. Tanto che, qualora l'omissione del sanitario concretizzi una espressa richiesta del paziente, può fondatamente dubitarsi della correttezza (già a livello semantico) del riferimento al termine eutanasia passiva – che nel presente lavoro non sarà adottato –, soprattutto con riguardo alle ipotesi di rifiuto, sospensione ed interruzione di cure pienamente consenzienti; in questo senso, da ultimo, F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, cit., p. 61, per il quale si tratta «di una espressione impropria e fuorviante, da abbandonare, poiché ci troviamo di fronte non ad un'ipotesi eutanasia, ma semplicemente al c.d. diritto al rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, che non è altro che il correlato del principio del consenso, dell'autodeterminazione del malato». Problematica è anche la collocazione delle ipotesi di accorciamento della vita a seguito dell'applicazione della c.d. terapia del dolore, secondo taluni inquadrabili nella forma passiva (tra gli altri, GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 95; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 706), secondo altri riconducibili ad un'autonoma figura di c.d. eutanasia indiretta (nella quale, per l'appunto, «l'effetto secondario di anticipare la morte del paziente, prodotto tramite una condotta positiva, è conseguenza delle cure palliative, dirette però a lenire il dolore, e non a sopprimere la vita»; così CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 121).



**decisioni in primo piano****582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

In quest'ottica, esulano dall'oggetto del nostro discorso le differenti (e pur rilevanti) ipotesi di impossibilità di prestare un valido consenso a causa di uno stato di incapacità (il cui caso emblematico è rappresentato dal c.d. *stato vegetativo permanente*)⁽⁷⁾; ipotesi che schiudono la porta ad altre importanti ed attuali tematiche, quali quelle relative alle direttive anticipate di trattamento, e nelle quali, se vi è indubbiamente un punto comune di partenza (rappresentato dal riconoscimento del diritto di autodeterminazione del paziente e del ruolo fondamentale del consenso), prevalgono tuttavia profili differenziali talmente significativi da imporre in questa sede di circoscrivere il discorso al caso specifico di rifiuto di terapie salvavita da parte di soggetti *consapevoli* e *coscienti*, che abbiano personalmente manifestato una volontà *negativa* al proseguimento delle terapie.

Ed allora, partendo dall'analisi di alcuni dei passi più significativi della sentenza di non luogo a procedere del g.u.p. di Roma, la riflessione si concentrerà, per quanto possibile, sugli aspetti qualificanti della pronuncia, relativi alla ricostruzione del diritto di rifiutare le cure, al ruolo del consenso del paziente nell'ambito dei confini della posizione di garanzia del medico e alla non del tutto persuasiva soluzione adottata circa la qualificazione della condotta dell'imputato come tipica, pur se giustificata.

1. IL CASO WELBY

Vanno *in primis* ricordati gli elementi fattuali utili ad un esatto inquadramento giuridico della vicenda, conclusasi nella notte tra il 20 ed il 21 dicembre 2006 con la morte di Piergiorgio Welby. Come risulta acquisito, questi: *a*) era affetto da anni (dal 1963) da un gravissimo stato morboso degenerativo (distrofia muscolare scapolo omerale in forma progressiva); *b*) a causa del decorso (non inatteso) della malattia gli era impossibile qualsiasi movimento del corpo, ad eccezione di quelli oculari e labiali; *c*) la permanenza in vita era assicurata esclusivamente da un respiratore automatico (al quale era collegato sin dal 1997); *d*) la tipologia del morbo era tale che, sulla base della conoscenze tecnico-scientifiche, i trattamenti sanitari praticabili non erano in grado di arrestarne in alcun modo l'evoluzione, con l'unico possibile effet-

⁽⁷⁾ Il *leading case*, in Italia, è quello di Eluana Englaro, in stato vegetativo permanente dal 1992 a seguito di un incidente stradale e mantenuta in vita nonostante le continue richieste del padre, avanzate in sede civile, di sospendere il sostentamento artificiale, in ottemperanza ad una sua volontà manifestata da Eluana in epoca precedente alla sua condizione; la Corte di cassazione in sede civile, in una recente e significativa sentenza (Sez. I civ., 4 ottobre 2007, in *Guida dir.*, n. 43, 2007, p. 29 s.), ha «escluso che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscano, in sé, oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, pur essendo indubbiamente un trattamento sanitario», ed ha deciso che il giudice possa, su istanza del tutore, «autorizzarne l'interruzione soltanto in presenza di due circostanze concorrenti: *a*)

la condizione di stato vegetativo del paziente sia apprezzata clinicamente come irreversibile, senza alcuna sia pur minima possibilità, secondo standard scientifici internazionalmente riconosciuti, di recupero della coscienza e delle capacità di percezione; *b*) sia univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento», precisando che «ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, deve essere negata l'autorizzazione, perché allora va data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».





decisioni in primo piano

G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049 | 582.5

to di differire nel tempo il sicuro esito infausto; e) era in grado di esprimere una volontà pienamente informata e consapevole circa l'accettazione o il rifiuto dei trattamenti praticati in quanto, nonostante le condizioni fisiche, erano rimaste intatte le facoltà mentali; f) all'esito di una completa informazione sul suo stato di malattia irreversibilmente terminale, sui trattamenti praticabili e sulle relative conseguenze, aveva rivolto alla struttura ospedaliera ed ai medici che lo assistevano la richiesta, pienamente consapevole, di non essere ulteriormente sottoposto alle terapie di sostentamento in atto e di voler ricevere assistenza nei soli limiti in cui ciò fosse necessario a lenire le sofferenze fisiche, ossia il distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione.

Il ricorso alla magistratura, finalizzato ad ottenere non tanto il riconoscimento formale dell'esistenza del diritto di sospendere le terapie quanto piuttosto la piena e concreta attuazione di siffatta volontà, si era reso necessario dopo il rifiuto opposto per iscritto dalla struttura ospedaliera – ed in particolare dal medico curante – ad assecondare la volontà espressa dal paziente, cui pure in linea di principio ci si dichiarava vincolati; ciò in quanto si riteneva (paradossalmente) che all'atto del distacco sorgesse nel sanitario l'obbligo di procedere immediatamente al reimpianto del ventilatore, constatato il pericolo di vita connesso al suo mancato funzionamento ed allo stato di sedazione del malato, che si trovava quindi "non più in grado di decidere".

Il Tribunale civile, con l'ordinanza 15 dicembre 2006⁽⁸⁾, pur riconoscendo il fondamento della pretesa, riteneva (in maniera "intrinsecamente contraddittoria")⁽⁹⁾ che si trattasse di diritto non azionabile, dichiarando il ricorso inammissibile⁽¹⁰⁾; veniva quindi contattato un nuovo sanitario, l'anestesista Mario Riccio, il quale dava esecuzione alle volontà di Welby, ancora una volta consapevolmente ribadite, provvedendo alla sua sedazione ed al contestuale distacco del ventilatore automatico, cui faceva seguito nell'arco di circa 45 minuti il decesso del paziente.

La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, nella richiesta di archiviazione del 5 marzo 2007⁽¹¹⁾, riprendeva con coerenza il discorso intrapreso dallo stesso ufficio nel parere espresso nell'atto di intervento nella procedura di urgenza proposta in sede civile e ribadito poi nel successivo reclamo avverso la decisione del Tribunale civile di Roma.

Tuttavia, l'impostazione della Procura veniva disattesa dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Roma che, con ordinanza 7 giugno 2007, disponeva l'imputazione coatta nei confronti dell'anestesista in ordine alla fattispecie di cui all'art. 579 c.p., così mostrando di aderire ad una interpretazione minima del significato dell'art. 32, comma 2 Cost., in cui il diritto a non essere sottoposti a trattamenti sanitari non voluti cederebbe di fronte a quello alla vita, che, «nella sua sacralità, inviolabilità e indisponibilità, costituisce un limite per tutti gli altri diritti».

⁽⁸⁾ Una ricostruzione puntuale dell'intera vicenda in DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 902 s.

⁽⁹⁾ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 261.

⁽¹⁰⁾ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 15 dicembre 2006, Welby c. Antea, in *Guida dir.*, n. 1, 2007, p. 32 s., con

nota di SALERNO, *Un rinvio della questione alla Consulta poteva essere la soluzione appropriata*, *ivi*, p. 46 s., in *Questione giustizia*, 2006, p. 1126 s. e in *Giur. merito*, 2007, p. 996 s.

⁽¹¹⁾ Pubblicata integralmente in *Riv. pen.*, 2007, p. 548 s.



**decisioni in primo piano**

582.5 | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

2. LA SENTENZA DI NON LUOGO A PROCEDERE DEL G.U.P. DI ROMA**2.1.**

A fronte di tale contrasto di posizioni, la sentenza del g.u.p. offre una accurata ricostruzione del fatto e dell'*iter* processuale, attraverso una minuziosa analisi di tutti i provvedimenti che hanno costellato l'intera vicenda giudiziaria. Già nella motivazione non mancano puntuali critiche alle argomentazioni proposte nei precedenti provvedimenti, ravvisandovi "discontinuità motivazionali nei processi logici seguiti" tali da spingere ad un dichiarato e radicale *mutamento di prospettiva*, che rispetti la necessità di tenere fuori dal *processo* ogni valutazione attinente all'etica ed alla morale.

Il punto di partenza, comune anche alle precedenti pronunce, è l'analisi del «diritto della persona a rifiutare le terapie mediche», come discendente dall'art. 32, comma 2 Cost. e da cui, ad avviso del g.u.p., consegue innegabilmente la «facoltà di rifiutare le cure o di interromperle, che, a sua volta, non può voler significare l'implicito riconoscimento di un diritto al suicidio, bensì soltanto l'inesistenza di un obbligo a curarsi a carico del soggetto». Tale diritto di autodeterminarsi viene inquadrato tra quelli inviolabili della persona (art. 2 Cost.) e collegato al principio di libertà personale (art. 13 Cost.), con importanti conferme della sua portata nella Convenzione di Oviedo, nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione.

All'esito di questo percorso ricostruttivo, soprattutto giurisprudenziale, si chiarisce poi che «il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione».

Sul bilanciamento tra principio di autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari e diritto alla vita, invertendo i termini del discorso rispetto all'impostazione recepita dal GIP che aveva disposto l'imputazione coatta, si chiarisce che non è più il diritto alla vita a porsi quale limite al diritto all'autodeterminazione, quanto piuttosto il contrario: e cioè «la difesa approntata dall'ordinamento all'invulnerabilità della vita deve cedere di fronte alla condotta del medico che possa metterla a rischio o addirittura pregiudicarla, se tale condotta sia stata posta in essere in ossequio alla volontà liberamente e consapevolmente espressa, sulle terapie cui sottoporsi o non sottoporsi, dallo stesso titolare del bene protetto».

2.2.

Altro snodo essenziale su cui si sofferma la sentenza è quello relativo all'esatta delimitazione dell'*ambito* all'interno del quale può essere esercitato il diritto di autodeterminazione; anche qui per il g.u.p. sarebbe sufficiente attenersi alla lettera dell'art. 32, comma 2, Cost., laddove – nel riferimento testuale ad un "trattamento sanitario" – circoscrive l'oggetto del rifiuto ad una condotta «che ha come contenuto competenze di carattere medico e che può essere posta in essere unicamente da un soggetto professionalmente qualificato, come è, appunto, il medico, e sempre all'interno di un rapporto di natura contrattuale a contenuto sanitario instaurato tra quest'ultimo ed il paziente». Ciò discende dai





decisioni in primo piano

G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049 | **582.5**

particolari *doveri* che incombono sul medico (*e su lui solo*, escludendo quindi tutti gli altri soggetti, tra cui i familiari) in virtù della sua professione e dell'importante «ruolo che al riguardo è in grado di svolgere», da un punto di vista tecnico, «nella costituzione del presupposto per l'esercizio del diritto, incidendo egli direttamente sul processo di formazione della volontà del paziente attraverso l'informazione di quest'ultimo». Tra questi doveri rientrerebbe, per l'appunto, quello di «osservare la volontà di segno negativo del paziente, in ragione del rapporto instauratosi, che pone in relazione i due per l'espletamento di una condotta di natura sanitaria a contenuto concordato».

A tale proposito, assume fondamentale importanza la precisazione operata in rapporto ad alcuni caratteri indefettibili che devono connotare il rifiuto di una terapia o della sua prosecuzione; questo deve essere personale, consapevole (e cioè informato), autentico, non condizionato da motivi irrazionali, effettivamente attribuibile alla volontà del soggetto e quindi scevro da costrizioni o suggestioni di alcun tipo, strettamente collegato a concrete situazioni personali del malato, reale, espresso in maniera compiuta e chiara e non semplicemente desumibile dalle condizioni di sofferenza o dalla gravità del male e, soprattutto, attuale, cioè persistente nel momento in cui il medico si accinge ad attuare la volontà del malato ⁽¹²⁾.

Tirando le fila del discorso, si riconosce allora che «il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito sopra descritto ed alle condizioni precedentemente illustrate, costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p.». In quest'ottica, la fonte del dovere per il medico risiede «in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante (...) è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne il suo esercizio».

⁽¹²⁾ Proprio nella sottolineatura della impossibilità di desumere aliunde rispetto alle attuali e personali dichiarazioni del paziente un rifiuto alle terapie che sia significativo ed efficace può cogliersi un importante profilo differenziale rispetto alle conclusioni della citata Cassazione civile sul caso Englaro (Sez. I civ., 4 ottobre 2007, cit., p. 40); questa infatti, come visto, ritiene che il giudice possa autorizzare la disattivazione del sondino nasogastrico che provvede alla nutrizione ed idratazione e che tiene artificialmente in vita una persona in condizione di stato vegetativo irreversibile da moltissimo tempo (con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno), su richiesta del tutore che lo rap-

presenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, purché «tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona» (corsivo nostro); rileva tale difformità di posizioni, SALERNO, *L'apertura al testamento biologico non cancella i problemi applicativi*, cit., p. 44 s. Da ultimo, più in generale sui requisiti di validità del rifiuto alle terapie, F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, cit., p. 62 s.





decisioni in primo piano

582.5 | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

2.3.

La soluzione accolta, ossia il riconoscimento della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere, risultava pressoché obbligata, avendo lo stesso giudice rinvenuto gli elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) della fattispecie di omicidio del consenziente.

Da un lato, si è ritenuto che la condotta (qualificata come attiva) dell'anestesista Riccio integrasse l'elemento materiale in quanto, "oltre all'effettiva sussistenza del dato estrinseco del consenso della vittima, il distacco di quest'ultima dal respiratore artificiale effettuato dal predetto determinava il suo decesso dopo poco"; dall'altro, si è ravvisato anche l'elemento psicologico, poiché lo stesso imputato "ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente".

Nella prospettiva accolta, il g.u.p. ha poi chiarito che il rapporto tra Welby e l'anestesista vada ricondotto a pieno titolo a «quello tipico che si instaura tra un medico ed il suo paziente, preceduto da una precisa acquisizione di informazioni da parte del medico sulle condizioni del paziente», ed avente ad oggetto «competenze di carattere squisitamente sanitario, quali quella di porre fine al trattamento di respirazione assistita con il distacco (...) dalla macchina e quella di somministrare contestualmente una terapia sedativa al paziente», così superando alcune obiezioni che erano state sollevate in proposito in dottrina, ma anche dal g.i.p. nell'ordinanza con cui aveva disposto l'imputazione coatta ⁽¹³⁾.

Peraltro, in quest'ottica, risulta decisiva anche la qualificazione della attività di ventilazione meccanica come terapia o comunque come *trattamento sanitario* (quale «induzione artificiale della respirazione tramite l'azione di una macchina»), così da potere ritenere che il paziente, «chiedendo il distacco dal polmone artificiale, ha effettivamente esercitato il suo diritto di interrompere un trattamento sanitario, come individuato dalla norma costituzionale» ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ In particolare, da DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 912, secondo cui «il medico che è stato chiamato da ultimo a staccare il respiratore non ha assunto un compito terapeutico, finalizzato alla terapia, ma ha assunto esclusivamente l'incarico di attuare in modo tecnicamente competente la fine di una terapia indesiderata» (ma v. anche p. 916); *contra*, nel senso del testo, VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, cit., p. 72, per il quale l'anestesista «non si è certo limitato a staccare brutalmente il respiratore, ma ha al contrario fornito al paziente una complessa assistenza tecnico-specialistica, necessaria per accompagnarlo senza sofferenza verso la morte: ha fatto, cioè, quello che un medico deve fare e solo un medico sa fare, in casi del genere, nell'adempimento del proprio obbligo di cura, una volta che il rifiuto renda inattuabili altri interventi».

⁽¹⁴⁾ Altrettanto netta, sul punto, anche Sez. I civ. 4

ottobre 2007, cit., p. 40: «non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche. Siffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale; trova il sostegno della giurisprudenza nel caso Cruzan e nel caso Bland; si allinea, infine, agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, la quale ricomprende il prelievo ematico – anch'esso "pratica medica di ordinaria amministrazione" – tra le misure di "restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo" (sentenza n. 238 del 1996)»; v. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit., p. 1565 s.





La prima impressione che si ricava è quella di una sentenza certamente coraggiosa, ben articolata e connotata da un apparato argomentativo ricco e sostanzialmente da condividere: molti sono i profili problematici trattati e notevole l'importanza di alcune acquisizioni e precisazioni. Residua, tuttavia, qualche dubbio sul percorso assolutorio prescelto, come visto fondato sulla qualificazione in termini attivi della condotta dell'imputato e sull'esistenza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere⁽¹⁵⁾. Infatti, come si vedrà, pur dovendosi ammettere che all'esercizio del diritto (del paziente) corrisponda un dovere (del medico) di adempiere, può ritenersi che la soluzione si determini, ancor prima, sul piano della tipicità, in riferimento al venir meno (o alla modifica) della posizione di garanzia, con gli ovvi effetti ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

3. IL *FULCRO* DELL'ART. 32 COST. ED IL RUOLO DEL CONSENSO

3.1.

Tra i punti certamente da condividere merita di essere segnalata l'interpretazione dell'art. 32, comma 2, Cost. alla quale il giudice aderisce. Vale la pena sottolinearlo, in quanto vi è una lettura minoritaria che limita fortemente la portata contenutistica ed applicativa di tale articolo. Pur partendo cioè dall'indiscutibile premessa circa l'esistenza di un diritto costituzionale a non farsi curare, questo indirizzo interpretativo giunge ad invalidarne gli effetti, laddove si sia in presenza di cure necessarie per il mantenimento in vita del paziente, sulla scorta della asserita prevalenza, in questo caso, del principio di indisponibilità della vita (e che troverebbe una ulteriore conferma, oltre che nella previsione di cui all'art. 579 c.p., nella ritenuta antiggiuridicità del suicidio⁽¹⁶⁾ e nel divieto di atti di disposizione del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.⁽¹⁷⁾). Invero, si sostiene, l'art. 32 Cost. «non si occupa minimamente del caso in cui sia in gioco l'alternativa tra vita e morte nell'ambito della relazione tra medico e paziente», attenendo piuttosto «agli interventi che invadono la sfera di salvaguardia della salute, sfera che compete per l'appunto al rapporto del paziente col medico, salva contraria disposizione di legge entro i limiti imposti dal rispetto della persona umana»; il che finirebbe per evidenziare come la norma costituzionale, «lungi dal sancire logiche di assoluta autodeterminazione, esiga e presupponga, quando siano in gioco la vita e l'integrità personale, l'esistenza di precisi limiti alla validità del consenso, onde evitare che si possa comunque agire sulla sfera fisiopsichica di un individuo solo sulla base del consenso»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ In dottrina, propendono per questa soluzione, GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 565; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 95; DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 913; PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, cit., p. 5 s.; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 262.

⁽¹⁶⁾ Per questa impostazione, nella dottrina penalistica, per tutti, v. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, cit., p. 525 s.; EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, cit., p. 131 s.

⁽¹⁷⁾ Sul dibattito, tra i molti, TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 135 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 61 s.; GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 86 s.; ROMBOLI, *Commento all'art. 5 del codice civile*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, 1988, p. 301 s.; VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, cit., p. 542.

⁽¹⁸⁾ EUSEBI, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, cit., p. 133-134 (corsivi originali), il quale dietro al problema della effettuazione di trattamenti sanitari con-



decisioni in primo piano**582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

Sostanzialmente, quindi, il secondo comma dell'art. 32 Cost. porrebbe solo un diritto a non farsi curare, ma non anche a lasciarsi morire, sicché assumerebbe rilievo decisivo la distinzione tra trattamenti di sostegno vitale e no⁽¹⁹⁾; l'illiceità penale dell'omissione da parte del medico di cure vitali deriverebbe cioè da un giudizio di bilanciamento tra il diritto individuale di rifiutare le cure e quello superindividuale ed indisponibile alla vita, di cui il medico resterebbe garante attraverso l'obbligo di tenere in vita illimitatamente il paziente, nonostante la sua contraria volontà⁽²⁰⁾.

3.2.

Absolutamente maggioritario è tuttavia l'opposto indirizzo, che riconosce la massima ampiezza possibile al principio di autodeterminazione terapeutica sancito dall'art. 32 Cost., così salvaguardando anche la libertà di morire del paziente attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare, non essendo legittimo inferire dall'art. 32 Cost. «l'indisponibilità da parte dell'individuo del suo stesso diritto alla salute»⁽²¹⁾.

A conforto di tale soluzione milita altresì la considerazione, pacifica nella letteratura costituzionalistica, che l'imporre un trattamento, pur vitale, contro la volontà del paziente (ed al di fuori delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori imposti *ex lege*⁽²²⁾) determinerebbe la violazione della stessa libertà personale (garantita come inviolabile), risolvendosi tale coazione in una indebita «invasione dello spazio fisico del paziente»⁽²³⁾; paziente che, sulla base del tenore dell'art. 32, comma 2, Cost., è tutelato nel suo «diritto individuale a non subire (= a rifiutare) trattamenti medici indesi-

trari alla volontà del malato scorge il fondato e rilevante rischio di un «disimpegno verso il malato non interessante dal punto di vista scientifico o non più sanabile», paventando che «per affermare sul piano teorico un concetto – quello di incondizionata autodeterminazione – ideologicamente (ma erroneamente) percepito come espressione di laicità e di compiuta democrazia pluralista si finisce per favorire il modello di una medicina contrattualistica, scarsamente proplice a offrire comunque il meglio possibile in ogni situazione e ripiegata in un'ottica difensiva: in altre parole, per aprire larghe falle nell'approccio solidaristico al problema della malattia» (ivi, p. 135).

⁽¹⁹⁾ Su tale questione, v. tra i molti, TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 39 s.

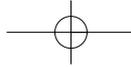
⁽²⁰⁾ Ipotizza a carico del medico che, in violazione dell'illimitato dovere di curare, ometta le cure vitali, assecondando la volontà del paziente, una responsabilità *ex art. 579 c.p.*, RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., p. 219; RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., p. 294; ovvero una responsabilità per «aiuto (omissivo) al suicidio, anch'esso realizzato mediante omissione», ai sensi dell'art. 580 c.p., EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, cit., p. 527; da ultimo, in senso fortemente critico rispetto al supposto obbligo di tenere in vita illimitatamente il paziente, VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico:*

suggerzioni e conferme dalla più recente giurisprudenza, cit., p. 73 s.

⁽²¹⁾ Così, significativamente, nella dottrina costituzionalistica, MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 303 s., spec. p. 312, il quale mette in risalto che il diritto alla salute, come tutti i diritti di libertà «implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, ecc.».

⁽²²⁾ Cfr. ancora MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione*, cit., p. 313; analogamente, PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, p. 903; VINCENZI AMATO, sub art. 32, comma 2, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti etico sociali. Artt. 29-34*, Zanichelli, 1976, p. 174 s.; TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 133 s.; PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Cedam, 2000, p. 1 s.; da ultimo, sul tema, LONGO, sub art. 32, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, 2006, p. 666 s.

⁽²³⁾ VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 6; in tal senso, anche GEMMA, voce *Vita (diritto alla)*, in *Dig. d. pubbl.*, vol. XV, Utet, 1999, p. 686.



derati, in mancanza di una legge che sancisca – entro il limite sostanziale del rispetto della persona umana, subito enunciato dalla norma costituzionale – l'obbligatorietà di un simile trattamento»⁽²⁴⁾.

Questa impostazione, come riconosciuto dalla stessa sentenza che si annota, trova importanti conferme a livello normativo, sia primario (ad esempio all'art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, di «istituzione del servizio sanitario nazionale», e all'art. 1 della l. 13 maggio 1978, n. 180 in materia di «accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori»), che secondario (per tutti, nel «codice di deontologia medica» del dicembre 2006, gli artt. 22, 33, 35, 36, 38), oltre che in fonti internazionali (il riferimento è in particolare all'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1997 sulla biomedicina, di cui è stata autorizzata la ratifica con la l. 28 marzo 2001, n. 145⁽²⁵⁾, ed all'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo⁽²⁶⁾).

Un significativo avallo si rinviene anche nell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale della natura e dei contenuti dell'art. 32 Cost., da cui, come chiarito dal g.u.p. al termine dell'analisi di alcune tra le più importanti pronunce (e cioè le sentenze n. 45 del 1965; 161 del 1985; 471 del 1990 e 238 del 1996)⁽²⁷⁾, «discende con chiarezza che l'individuo può rifiutare trattamenti medici e la sua volontà consapevole deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita e tutto ciò vale non solo nel rapporto tra Stato e cittadini, ma anche tra privati ovvero tra il paziente ed il suo medico, che dovrà attenersi alla volontà del malato come regola generale».

Per di più, tale lettura circa la portata (ampia) del diritto contenuto all'art. 32 Cost. è recepita nella giurisprudenza sia di legittimità che di merito. Si pensi, in proposito, alla necessità di rispettare il rifiuto alle emotrasfusioni opposto dai testimoni di

⁽²⁴⁾ VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 8 (corsivi originali).

⁽²⁵⁾ La Convenzione di Oviedo, invero, vive una strana sorte, dal momento che, sottoscritta dall'Italia nel 2001 ed oggetto nello stesso anno della relativa legge di autorizzazione alla ratifica di cui nel testo (al cui art. 2 si legge che «piena ed intera esecuzione è data ...»), è a tutt'oggi bloccata (non già, come spesso pure si legge, dalla mancata emanazione dei decreti legislativi attuativi della legge 145 del 2001, quanto piuttosto) dal mancato deposito dello strumento di ratifica da parte del Governo italiano con le modalità stabilite dalla medesima Convenzione al Capitolo XIV; denunciano tale situazione di stallo, GUAZZAROTTI, *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, cit., p. 358; PIZZETTI, *La delega per l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione di Oviedo tra problemi di fonti ed equilibri costituzionali: un nuovo "cubo di Rubik"?*, in *Rass. parl.*, 2007, p. 585 s. (spec. p. 606 s.); VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 253 s.; VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 4); di essa, tuttavia, come riconosce la stessa sentenza in commento, non si può non tenere comunque conto, almeno come criterio interpretativo, in

quanto «è stata sottoscritta dall'Italia ed anche ratificata con legge dello Stato» ed «enuncia principi conformi alla nostra Costituzione, rappresentando una chiara esemplificazione di quest'ultima»; in dottrina, GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 570.

⁽²⁶⁾ Significativa la presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel celebre caso *Pretty* (C. eur. dir. uomo, sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 57 s.): «nella sfera del trattamento medico, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, e tuttavia l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole, interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8 della Convenzione» (par. 63, *ivi*, c. 68).

⁽²⁷⁾ Per una rassegna dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'art. 32 Cost., LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Giappichelli, 2003, p. 63 s.





decisioni in primo piano

582.5 | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

Geova, anche nelle ipotesi in cui da tale rifiuto possano derivare lesioni permanenti alla propria integrità fisica o persino la morte⁽²⁸⁾, o al divieto di procedere ad alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame, finanche in situazioni di serio pericolo per la vita⁽²⁹⁾, ovvero, ancora, alla ritenuta legittimità del rifiuto da parte del paziente di essere sottoposto all'intervento chirurgico di amputazione di un arto in cancrena (interventi ritenuti necessari dai medici per garantire la sopravvivenza dei pazienti), al quale abbia fatto seguito la morte dello stesso⁽³⁰⁾.

Ricostruita in questi termini la portata del diritto al rifiuto di terapie, si può allora convenire con la sua qualificazione quale diritto soggettivo perfetto⁽³¹⁾, che quindi non necessita «strutturalmente di alcun ulteriore riconoscimento o implementazione da parte della legge ordinaria»⁽³²⁾ e dalla cui ampia portata possono farsi discendere le logiche conseguenze in termini di non punibilità del sanitario. Del tutto coerentemente, può qui già ricavarsi una prima ricaduta in termini penalistici, e cioè che nessuna responsabilità penale potrà essere ascritta al medico che ometta di praticare trattamenti vitali ad un paziente che coscientemente esprima il suo diritto a non essere curato, nell'ipotesi in cui sopraggiunga la morte.

4. UNA BREVE DIGRESSIONE SU CONSENSO E TRATTAMENTO MEDICO ARBITRARIO

A questo punto, può essere utile richiamare brevemente alcuni dei passaggi più significativi delle letture giurisprudenziali formatesi sul tema, più generale, della liceità del trattamento medico-chirurgico⁽³³⁾ (non a caso opportunamente richiamati anche nella

⁽²⁸⁾ Sul rifiuto di emotrasfusioni da parte di testimoni di Geova, in giurisprudenza, tra le altre, Pret. Roma, 3 aprile 1997, in *questa rivista*, 1998, p. 950 s., con nota di IADECOLA, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (In tema di omessa trasfusione di sangue "salvavita" rifiutata dal malato)* e in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 1422 s., con nota di VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*; in dottrina, sul tema, CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1981, p. 557; D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti "sanitari" (A proposito dei Testimoni di Geova)*, *ivi*, 1981, p. 529; MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, *cit.*, p. 303.

⁽²⁹⁾ In tema di sciopero della fame di detenuti, *cf.* App. Milano, 30 dicembre 1981, Valentino, in *Foro it.*, 1983, II, c. 234, con nota di FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*; Trib. Padova, 10 gennaio 1983, Cerica, *ivi*, c. 235; Trib. Padova, 21 dicembre 1982, Cerica, *ivi*, c. 236 s.; Trib. Venezia, 16 dicembre 1982, Cerica, *ivi*, c. 237; Trib. Padova, 2 dicembre 1982, Cerica, *ivi*, c. 238; Trib. Milano, 14 dicembre 1981, Valentino, *ivi*, c. 239; Trib. Milano, 13 dicembre 1981, Pironi, *ivi*, c. 239; in dottrina, FASSONE, *Sciopero della fame, autodeterminazione e libertà personale*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 351 s.; ONIDA, *Dignità*

della persona e diritto di essere malati, *ivi*, p. 361 s.; PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, *ivi*, p. 317; più di recente, VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, p. 450 s., p. 523 s.

⁽³⁰⁾ In dottrina, su tali ipotesi, MAGLIONA-DEL SANTE, *Negato consenso da parte del paziente in dubbie condizioni di capacità al trattamento sanitario indifferibile quoad vitam: aspetti giuridici, deontologici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 1081 s.; SEMINARA, *Sul diritto di morire e sul divieto di uccidere*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 533 s.

⁽³¹⁾ In questi termini, da ultimi, RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, *cit.*, p. 1712 e VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, *cit.*, p. 8 s., per il quale, in particolare, si tratta di un classico "Abwehrrecht", ossia di una «mera pretesa di astensione da condotte lesive rivolte contro i terzi».

⁽³²⁾ VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, *cit.*, p. 9.

⁽³³⁾ In particolare, il punto controverso è quello relativo alla possibile rilevanza penale del c.d. trattamento medico chirurgico arbitrario, che come è noto ricomprende non soltanto le ipotesi in cui il consenso sia assente, ma anche quelle in cui sia invalido





sentenza in commento nella fase ricostruttiva del diritto all'autodeterminazione), non solo per le evidenti affinità dogmatiche con la specifica questione in esame, ma anche per le possibili ulteriori implicazioni rispetto al ruolo atipizzante del consenso⁽³⁴⁾.

Emblematica, a prescindere dalle differenti soluzioni sul titolo di responsabilità del sanitario in caso di trattamento medico arbitrario⁽³⁵⁾, è la qualificazione del consenso del paziente come presupposto di liceità del trattamento stesso ovvero, come anche afferma la giurisprudenza, pre-requisito. Così, si riconosce che «l'autolegittimazione dell'attività medica non consente che il sanitario possa (...) intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente», in quanto «la legittimità di per sé dell'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico chirurgico». Ed ancora, «il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.». Da ciò ne discende che «non è attribuibile al medico un generale "diritto di curare", a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di "soggezione" su cui il medico potrebbe *ad libitum* intervenire con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare (...), le quali tuttavia per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi». Cosicché, è la logica conclusione, «la mancanza del consenso (opportunitamente "informato") del malato o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo»⁽³⁶⁾.

perché disinformato ovvero prestatato per un intervento diverso da quello poi effettivamente eseguito. In dottrina, per tutti, limitandosi alla letteratura più recente, BLAIOTTA, *I profili penali della relazione terapeutica*, in questa rivista, 2005, p. 3599 s.; CANZIO, *Trattamenti terapeutici e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 665 s.; EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penal*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 727 s.; GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 377 s.; MANNA, *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 449 s.; MANNA, *Il trattamento sanitario "arbitrario"*, in MANNA (a cura di), *Reati contro la persona*, cit., p. 603 s.; PELLISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 372 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, p. 531 s.; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. II, I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. Parte spe-*

ziale, diretto da MARINUCCI e DOLCINI, Cedam, 2003, p. 289 s.; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 141 s.

⁽³⁴⁾ Sul consenso come fondamento della possibilità e dei doveri di cura, ma anche come limite di tali doveri, da ultimo, PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, cit., p. 2 s.

⁽³⁵⁾ Nell'evoluzione giurisprudenziale sul diverso titolo di responsabilità ascritto in tal caso al sanitario, fondamentali Sez. V, 21 aprile 1992, Massimo, in questa rivista, 1993, p. 63 s.; Sez. IV, 9 marzo 2001, Barese, *ivi*, 2002, p. 517 s.; Sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, *ivi*, 2003, p. 2659 s.

⁽³⁶⁾ Sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, in questa rivista, 2002, p. 2041 s.; una presa di posizione così netta rappresenta il punto di approdo di un percorso iniziato dalla Cassazione già nel 1992 con la sentenza Massimo, nella quale già si riconosceva che «soltanto il libero consenso del paziente, quale manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto, in assenza di altre cause di





decisioni in primo piano

582.5 | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

Già a questo stadio è possibile rinvenire innegabili punti di contatto con la tematica del rifiuto (o della sospensione) di cure. Ancora più chiari essi appaiono nella ricostruzione operata dalla Corte di assise di Firenze che, nel giudizio di primo grado della vicenda Massimo ⁽³⁷⁾, ha riconosciuto che «nel diritto di ciascuno di disporre, lui e lui solo, della propria salute ed integrità personale, pur nei limiti previsti dall'ordinamento, non può che essere ricompreso il diritto di rifiutare le cure mediche, lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze; il che a ragione non può essere considerato come il riconoscimento di un diritto positivo al suicidio, ma è invece la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere o, peggio, dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente su di una scelta che (...) riguarda la qualità della vita e che, pertanto, lui e lui solo può legittimamente fare».

In realtà, un pò in tutta l'evoluzione giurisprudenziale sul trattamento medico arbitrario è dato cogliere interferenze fra le due problematiche. Infatti, anche solo prendendo le mosse da una delle più recenti pronunce (richiamata dal g.u.p. di Roma) ⁽³⁸⁾ – che pure ridimensiona fortemente la centralità del consenso, ritenendo che solo un espresso dissenso del paziente sia idoneo a minare la intrinseca liceità del trattamento medico – emerge quale *trait d'union* fra trattamento medico arbitrario e rifiuto delle cure il comune fondamento nel diritto all'autodeterminazione sancito dell'art. 32, comma 2, Cost. In particolare, si è riconosciuto che «il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte».

In altri termini, la volontà inequivocabilmente negativa manifestata dal paziente, ossia il rifiuto del trattamento terapeutico prospettato, vincola il medico a non effettuarlo. E ciò anche se vi sia rischio di morte del paziente, poiché l'impronta personalistica della Costituzione fa prevalere la scelta individuale, anche se confliggente con l'interesse generale connesso al valore sociale del bene vita; sicché, il medico non può manomettere l'integrità fisica del paziente quando questi abbia espresso il suo dissenso, pena la possibile configurazione a suo carico del reato di violenza privata (art. 610 c.p.) ⁽³⁹⁾.

giustificazione codificate, l'antigiuridicità della lesione procurata mediante trattamento medico-chirurgico». Concetto poi ripreso ed anzi evidenziato ancor più nella sentenza Barese del 2001 (Sez. IV, 9 marzo 2001, Barese, cit., p. 517), ove si rimarcava come «la mancanza del consenso (opportunitamente "informato") del malato o la sua invalidità per altre ragioni determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo», precisandosi altresì in motivazione che alla regola del necessario consenso della persona che deve sottoporsi al trattamento sanitario, fanno eccezione le ipotesi di trattamenti

obbligatori *ex lege*, ovvero quelle in cui il paziente non sia in condizione di prestare il proprio consenso o si rifiuti di prestarlo e l'intervento medico risulti urgente e indifferibile.

⁽³⁷⁾ Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, Massimo, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 184.

⁽³⁸⁾ Sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, cit., p. 2659 s.

⁽³⁹⁾ Sul punto, VIGANÒ, sub art. 51, in *DOLCINI-MARINUCCI* (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, 2006, p. 564 s.; cfr. anche GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 100 s.; RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, cit., p. 1713; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 692; STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1018.





Qui si inseriscono, come è chiaro, le necessarie cautele sull'accertamento dei requisiti di validità del consenso e dell'eventuale dissenso, che per essere efficace e dispiegare a pieno i propri effetti liceizzanti deve ovviamente possedere tutte quelle caratteristiche già ricordate.

5. IL RUOLO DECISIVO DEL CONSENSO SUI CONFINI DELLA POSIZIONE DI GARANZIA DEL MEDICO

5.1.

Ci si può a questo punto chiedere, semplificando i termini del discorso, in che modo la presenza del consenso del paziente rispetto alla interruzione di un trattamento di sostegno vitale – *rectius* il dissenso rispetto alla prosecuzione di quel trattamento – incida sui confini di liceità dell'attività posta in essere dal medico a tale scopo.

Si è detto che il consapevole consenso espresso dal paziente al trattamento sanitario rappresenti non solo il presupposto ma anche l'insuperabile limite della posizione di garanzia del medico, di talché l'inequivocabile richiesta del paziente di non essere (più) sottoposto a cure – in uno con l'acquisizione che non può ritenersi gravante sullo stesso il dovere di vivere ad ogni costo ⁽⁴⁰⁾ – farebbe venir meno in capo al medico lo stesso obbligo giuridico di curarlo (anche a costo della sua morte) ⁽⁴¹⁾. Il che, tradotto in termini penalistici, porterebbe ad elidere la stessa tipicità del fatto, così da escludere in radice – e cioè già a livello di fatto tipico – la punibilità delle ipotesi di interruzione o sospensione di terapie non più assentite dal paziente, dal momento che mancherebbe in questo caso un'omissione penalmente significativa (*ex art. 40, comma 2, c.p.*).

Come è noto, la posizione di garanzia del medico è riconducibile ad un obbligo di protezione, che trova la sua fonte nel rapporto di cura, legittimato da un accordo di volontà, in base al quale il malato, capace di autodeterminarsi liberamente, affida al sanitario la salvaguardia dei propri beni giuridici salute e vita, che da solo, altrimenti, non sarebbe in grado di realizzare ⁽⁴²⁾. Naturalmente, tale accordo non solo condiziona l'instaurarsi del rapporto, ma ne determina l'ambito di operatività e di durata, individuandone i limiti, nel senso che spetta comunque al paziente la scelta finale sull'attuazione della terapia ⁽⁴³⁾. Alla luce di ciò (ed al di là dei trattamenti sanitari obbliga-

⁽⁴⁰⁾ RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., p. 281; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 671 s.; TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 126 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 147 s.; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 524 s.

⁽⁴¹⁾ CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 130; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 38; F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 427; F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, cit., p. 61 s.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 693 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 147 s.; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 275; PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, cit., p. 2; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 524 s.

⁽⁴²⁾ La letteratura sul tema delle posizioni di garanzia è vastissima; tra gli studi monografici, possono richiamarsi GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983, p. 316 s.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979, p. 50 s., p. 183 s.; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, 1975, p. 187 s.; e, più di recente, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia ed obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, p. 219 s.; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Giuffrè, 2001, p. 384 s.

⁽⁴³⁾ In questo senso, VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 524 s.; MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, p. 145 s.



**decisioni in primo piano****582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

tori previsti per legge), non è ammissibile alcuna coazione terapeutica, anche se avente ad oggetto una terapia salvavita ⁽⁴⁴⁾.

Del resto, nello stesso "codice di deontologia medica" del 2006, da un lato si ribadisce l'importanza dell'acquisizione del consenso per intraprendere qualunque attività terapeutica (art. 35, comma 1) e, dall'altro, oltre a confermare che, «in ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona», si prevede (con riguardo alla contigua ipotesi di rifiuto consapevole di nutrirsi) che «quando una persona rifiuta volontariamente di nutrirsi, il medico ha il dovere di informarla sulle gravi conseguenze che un digiuno protratto può comportare sulle sue condizioni di salute», con il logico corollario che «se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale nei confronti della medesima, pur continuando ad assisterla» (art. 53).

5.2.

Ora, non vi è dubbio che il consenso libero e consapevole del paziente rappresenti un elemento strutturale decisivo per delineare l'esatto ambito operativo degli obblighi del medico nei confronti del singolo e specifico paziente consenziente e ne plasmi, pertanto, contenuto e limiti, che per loro natura non sono e non possono essere fissi ma in ogni momento mutevoli. In sostanza, la peculiarità del vincolo paziente/medico ed il ruolo che il consenso del primo dispiega sui doveri e sugli obblighi del secondo delineano dei vincoli interni, genetici ed insuperabili del rapporto, i quali – latenti sin quando il consenso è validamente prestato e permane – sono pronti a palesarsi a fronte di una inequivoca manifestazione di dissenso del paziente in corso di terapia.

Così, potrebbe ritenersi che il dissenso del paziente alla prosecuzione di un trattamento sanitario, pur vitale (espressione della revocabilità connessa al carattere derivato del ruolo di garante), non faccia radicalmente venir meno in capo al medico la posizione di garanzia, ma ne muti sostanzialmente il contenuto, gravando su di lui, in ogni caso, il dovere di assecondarne la volontà ⁽⁴⁵⁾. La mancanza (o revoca) del consenso non eliminerebbe del tutto siffatta posizione, ma la modificherebbe incisivamente, rimodulando gli oneri gravanti sul medico, da rapportare alla nuova dimensione dell'obbligo di protezione rispetto ad un paziente dissenziente; non più, cioè, quello di curare ad ogni costo ed incondizionatamente per procrastinare una morte comunque inevitabile, quanto piuttosto assicurare al paziente – oltre naturalmente ai più generali doveri di sostegno e di assistenza – la necessaria e corretta informazione (ulteriore rispetto a quella di base necessaria per l'acquisizione del consenso iniziale al trattamento medico e nella costante ottemperanza di quanto prescritto all'art 33 del codice di deontologia medica del 2006) circa il decorso e gli effetti connessi al rifiuto o all'interruzione delle terapie (così da poterne a pieno apprezzare i rischi connessi),

⁽⁴⁴⁾ PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., p. 183 s.

⁽⁴⁵⁾ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 91; nello stesso senso, con riferimento al medico penitenziario di fronte ai detenuti in sciopero della

fame, PULITANÒ, *Lo sciopero*, cit., p. 374; da ultimo, VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, cit., p. 539.





oltre che quello di adottare le procedure più idonee all'interruzione stessa, laddove risulti certa la fermezza della scelta ⁽⁴⁶⁾.

5.3.

Tuttavia, questo diverso atteggiarsi della posizione di garanzia penalmente rilevante tende a sfumare, almeno in parte, laddove si riconducano tali oneri informativi alla fase di accertamento della corretta formazione della volontà del malato dissenziente, quale dovere del medico già rientrante nell'originario ambito della posizione di garanzia; dovere cioè di assicurarsi dell'effettività del consenso circa gli effetti dell'interruzione della terapia e che deve investire non soltanto l'an, ma anche il *quomodo* della morte. In buona sostanza, «il consenso preceduto da capillare e responsabilizzante informazione sulle possibili conseguenze, positive e negative, di un trattamento da intraprendere, da proseguire o da sospendere, viene considerato direttamente ed indirettamente come il "momento" di legittimazione della "cura" (intesa nel senso più tecnico possibile), quando positivamente espresso, ma anche di delegittimazione della cura stessa quando – invece – coscientemente ed inequivocabilmente negato: il momento, in breve, della verità» ⁽⁴⁷⁾.

Resta da chiarire se il medico, assolto tale obbligo informativo sulle conseguenze della sospensione di cure e maturata la convinzione della piena consapevolezza del dissenso espresso dal paziente alla prosecuzione di quel trattamento, abbia anche il dovere di porre in essere quanto meccanicamente necessario ad attuarne la volontà. In tal caso, il distacco del respiratore rientrerebbe tra i doveri o comunque i compiti del medico nella nuova dimensione assunta dalla sua posizione di garanzia (a fronte del rifiuto del paziente a quella terapia): non già fatto tipico non anti-giuridico ⁽⁴⁸⁾, ma atipico in radice, in quanto il medico ha correttamente svolto i compiti connessi alla sua funzione.

Detto altrimenti, non sarebbe tipico allo stesso modo in cui non lo è il trattamento medico chirurgico consentito ed eseguito *leges artis* ⁽⁴⁹⁾; come a proposito di quest'ultimo è stato evidenziato, «un contemperamento degli interessi del paziente e del medico si ottiene sottolineando da un lato che è il paziente a dovere (almeno di norma) restare il *dominus* regolatore dell'intervento del sanitario, dall'altro che il medico il quale intervenga su richiesta e quindi con il consenso libero, consapevole e informato

⁽⁴⁶⁾ In tal senso, si è espressa di recente anche la giurisprudenza, ritenendo che «quanto più è elevato il rischio che la malattia degeneri in un evento grave, tanto più il medico deve prospettare con chiarezza la situazione di pericolo al paziente ed insistere affinché egli si sottoponga alle cure adeguate; ma tale insistenza non può sfociare in una azione impositiva contro la volontà della persona ammalata» (Sez. IV, 21 ottobre 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 395 s.).

⁽⁴⁷⁾ BARNI, *Posizione di garanzia del medico, dissenso (scritto) del paziente: crisi di due capisaldi della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 400.

⁽⁴⁸⁾ STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1018, per il quale «al venir meno del presupposto dell'obbligo di cura corrisponde il sorgere dell'obbligo di omettere le cure»; in questo senso, da

ultimo, VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 11, secondo cui «se il paziente ha un diritto a non subire alcuna azione terapeutica, ciò significa non solo che il medico può lecitamente astenersi dal praticare il trattamento, ma anche che deve astenersi dal praticarlo perché in caso contrario violerebbe – appunto – un diritto costituzionale del paziente», ipotizzando in tal caso un fatto di violenza privata (ex art. 610 c.p.) nei confronti del medico che usasse la forza fisica per imporre un trattamento ad un paziente dissenziente, mentre il successivo trattamento, praticato in assenza di consenso, configurerebbe il delitto di lesioni personali volontarie (ex art. 582 c.p.).

⁽⁴⁹⁾ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 532.



**decisioni in primo piano****582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

del soggetto è il protagonista insostituibile di una attività altamente sociale, che non può essere di per sé confusa con le condotte tipiche di figure delittuose» ⁽⁵⁰⁾.

6. LA DISATTIVAZIONE DI UN SOSTEGNO ARTIFICIALE: NATURA COMMISSIVA O OMISSIVA**6.1.**

L'adesione alla lettura dominante circa la non doverosità delle cure vitali nell'ipotesi di rifiuto del paziente, e conseguentemente la non rilevanza penale dell'omissione del medico, può, almeno a prima vista, non apparire così certa nel caso in cui la morte derivi non già dal progredire della malattia per l'iniziale omissione di cure non consentite, quanto piuttosto dalla interruzione di un trattamento già in atto, operata dal medico attraverso la disattivazione di un sostegno artificiale.

L'impressione che ci si trovi innanzi ad un'altra situazione, alla quale pertanto dover riservare un trattamento giuridico diverso, deriva dall'essere in questo caso il comportamento del medico, dal punto di vista naturalistico, ascrivibile ad una azione (spegnimento del respiratore), invece che ad un mero non fare imposto dalla superiore volontà del paziente di non farsi curare e salvare. Così, questo indubbio profilo di diversità materiale può ingenerare l'erroneo convincimento di trovarsi in un caso maggiormente assimilabile all'eutanasia attiva, quale aiuto a morire, piuttosto che ad un legittimo rifiuto di un trattamento medico, di cui sinora si è detto.

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

È innegabile, infatti, già sul piano logico – prima ancora che giuridico – che una volta subordinata al consenso del paziente la legittimità circa la praticabilità iniziale di cure (anche vitali), sarebbe del tutto incongruente non concordare sulla necessità anche del suo consenso a proseguirle, in sostanza nel riconoscimento della revocabilità del consenso iniziale (così come di un eventuale dissenso) una volta espresso ⁽⁵¹⁾. Il comportamento di disattivazione del respiratore posto in essere dal medico, a seguito naturalmente di una consapevole richiesta in tal senso da parte del malato, va inquadrato pertanto in quello stesso (generale) dovere del medico di non eseguire trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, seppure si è di fronte in questo caso alla interruzione di un trattamento per revoca del consenso in precedenza manifestato o, se si vuole, per mancanza di attualità dello stesso.

Ciò che conta, in sostanza, è l'angolo prospettuale del paziente, piuttosto che quello del medico, nel rispetto del suo «diritto fondamentale a non essere costretto a subire un trattamento medico indesiderato», rispetto al quale «non fa evidentemente alcuna differenza se il trattamento sia stato già iniziato, magari mentre il paziente si trovava in condizioni di incoscienza: a partire dal momento, infatti, in cui questi – reso si conto di ciò che gli sta accadendo – esprima il proprio rifiuto del trattamento, la pro-

⁽⁵⁰⁾ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 532.

⁽⁵¹⁾ Analogamente, da ultimo, VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire*, cit., p. 542 s.





secuzione di esso diviene illecita, perché indebitamente lesiva del suo diritto fondamentale a non subire alcuna coazione terapeutica»⁽⁵²⁾.

6.2.

La sentenza in commento riafferma con forza tale principio, argomentando diffusamente sul punto e contribuendo a far chiarezza sul fondamento di liceità del comportamento dell'anestesista; qualche dubbio, semmai, può residuare in ordine all'astratta configurabilità della condotta posta in essere dallo stesso anestesista, che il g.u.p. qualifica come commissiva. Va detto che l'indagine sulla natura, commissiva o omissiva, della condotta non è poi così secondaria, per le implicazioni che comporta sulla diversa qualificazione del relativo proscioglimento.

La pronuncia, che si fa carico di analizzare la questione, esclude categoricamente che il medico si limitasse «a non proseguire la terapia in ottemperanza della volontà espressa dal paziente, ponendo in essere una condotta semplicemente omissiva»; anzi, ravvisa nell'atto del distacco del respiratore «una innegabile condotta interventista, che non può essere assimilata, e non solo dal punto di vista naturalistico, alla condotta, essa sì, omissiva del medico che si limiti a non iniziare una terapia non voluta dal paziente».

6.2.1.

Una diversa ricostruzione in termini omissivi, etichettata dal g.u.p. quale «costruzione giuridica che finisce per forzare la realtà dei fatti», ascrive tale tipologia di comportamenti all'interno della categoria di estrazione tedesca della «omissione mediante azione» (*Unterlassung durch Tun*)⁽⁵³⁾, nella quale la condotta può dirsi omissiva nel senso che l'omissione è realizzata attraverso una azione che rimuove il sostegno artificiale che impedisce l'evento morte⁽⁵⁴⁾ o, più semplicemente, come omissione del-

⁽⁵²⁾ VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 15 (corsivi originali).

⁽⁵³⁾ La letteratura tedesca sulla categoria dell'omissione mediante azione è ampia e con varietà di sfumature: per tutti, si segnalano i contributi fondamentali di ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen*, in *NstW*, 1987, p. 348 s.; ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung in Festschrift für Engisch*, Klostermann, 1969, p. 380 s.; ROXIN, *Strafrecht, AT, Bd. II*, Beck, 2003, p. 666 s., ed ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für Gallas*, S., De Gruyter, 1973, p. 163 s.; ENGISCH, *Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht*, in ESER (a cura di), *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Enke, 1976, p. 315 s.; ENGISCH, *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe*, in *Festschrift für Dreher, de Gruyter*, 1977, p. 309 s.; tra i lavori relativamente più recenti, SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer*

Behandlung, Duncker & Humblot, 1997, p. 31 s., p. 174 ss. e STOFFERS, *Sterbehilfe: Rechtsentwicklungen bei der Reanimator-Problematik*, in *Monatsschrift f. das deutsche Recht*, 1992, p. 621 s. Un recente ed accurato prospetto del dibattito nella dottrina tedesca, con una presa di posizione critica nei confronti della qualificazione in termini di omissione mediante azione della disconnessione di apparati medici che mantengono in vita un paziente, in GIMBERNAT ORDEIG, *L'interruzione di serie causali di salvataggio*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 1572 s.

⁽⁵⁴⁾ MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 153; RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., p. 216; SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 693; SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit., p. 1563 s. (con perplessità sulla fragilità del fondamento); STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1017 s.; VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 14 s.



decisioni in primo piano**582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

l'ulteriore trattamento ⁽⁵⁵⁾, giungendo a decretarne l'irrelevanza penale per mancanza di tipicità (dell'omissione) ⁽⁵⁶⁾.

Questa ricostruzione si fonda sulla valorizzazione del profilo normativo della condotta, incentrato sul senso sociale dell'interruzione o della sospensione ⁽⁵⁷⁾. E cioè, a fronte di una condotta (il distacco da parte del medico del macchinario che prolunga artificialmente la vita del paziente) che naturalisticamente può essere considerata attiva, il significato normativo del contegno del sanitario – da rapportare al diritto costituzionalmente riconosciuto all'art. 32 di rifiutare trattamenti medici indesiderati – va ricostruito in relazione non già al singolo atto (di disattivazione) quanto rispetto al processo in cui si inquadra e che ad esso dà significato; in tale prospettiva, si propende per una qualificazione in termini sostanzialmente e normativamente omissivi,

⁽⁵⁵⁾ VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 7 s.

⁽⁵⁶⁾ Sottolinea GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 95, nel parallelismo con il reato commissivo mediante omissione, il diverso modo in cui rileva nei due casi la normatività della condotta: «l'uno equipara il non impedire l'evento che si ha l'obbligo di impedire al cagionarlo; l'altro equipara l'interruzione della terapia meccanica che si ha il dovere di non prolungare alla sospensione della cura», chiedendosi in chiave problematica quale sia, analogamente al primo caso (nel quale «l'equivalenza tra omissione ed azione è possibile in ragione di quanto espressamente disposto nell'art. 40, comma 2, c.p.»), la «base normativa che consente (...) di qualificare l'interruzione della macchina come una modalità dell'omessa prosecuzione delle cure», stabilendo «la doverosità dell'interruzione»; la soluzione viene ravvisata nell'art. 32, comma 2, Cost., con il rilievo, tuttavia, che tale articolo, «se nel caso di mera interruzione della terapia opera come limite alla tipicità dell'omissione, nell'ipotesi di disattivazione della macchina integra il limite scriminante dell'art. 51 c.p., in tanto che impone l'interruzione delle cure, secondo la volontà del paziente». Critici su una ricostruzione in termini omissivi della condotta del sanitario che distacca il respiratore anche DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 911 s., per il quale si ricava "l'impressione di un *escamotage*" e PULITANO, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, cit., p. 4 s., secondo cui «questa impostazione coglie correttamente un profilo normativo comune ai casi della omissione e della interruzione di terapia, ma, appiattendolo la differenza fattuale fra le due ipotesi, evita di fare i conti con le implicazioni normative della differenza fra l'omettere e il fare» e dunque «il medico cui sia chiesto di "staccare la spina" si trova (...) in una situazione diversa anche sul piano giuridico, rispetto al medico cui sia semplicemente opposto un rifiuto di dati trattamenti. Il medico che si limi-

ta ad omettere un trattamento cui non è obbligato non ha bisogno di cause di giustificazione, perché non ha commesso alcun fatto conforme ad un tipo di reato. Il medico che interrompe una terapia salvavita in essere cagiona invece la morte hic et nunc del paziente: la valutazione giuridica della sua condotta, conforme alla fattispecie d'omicidio, dipende dalla possibilità di una eventuale giustificazione»; v. anche GIMBERNAT ORDEIG, *L'interruzione di serie causali di salvataggio*, cit., p. 1575, il quale è perentorio nel ritenere che «l'azione eseguita ha causato fisico-naturalmente e con tutta certezza lo spegnimento della macchina, che non "stava per mantenere in vita", ma invece già manteneva effettivamente in vita il paziente, è ciò che ha causato a sua volta fisico-naturalmente e con assoluta certezza la morte del paziente».

⁽⁵⁷⁾ Sul punto, in senso critico, ancora GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, cit., p. 565, che denuncia come, «nella sua rigidità, questa impostazione (...) non tiene conto del requisito della contestualità, comunemente ritenuto necessario per cementare nell'unicità della condotta i vari momenti che la compongono», dal momento che «altro è il distacco della macchina che avviene in un momento cronologicamente ravvicinato a quello della connessione tra macchina e paziente, talché la condotta della disattivazione assume lo stesso significato della mancata connessione del paziente alla macchina; altro è l'interruzione del sostegno artificiale in vita che si verifica a seguito di un prolungato funzionamento della macchina, allorché essa viene a minare l'equilibrio di vita per così dire stabilizzato», concludendo che «la mancanza di contestualità tra la connessione della macchina e la sua disattivazione non consente di negare che quest'ultima condotta sia autonoma rispetto alla prima, e che il tempo trascorso con l'ausilio della macchina sia una vita che viene interrotta», così che «in quest'ultimo caso (...) il significato complessivo della condotta di disattivazione non può considerarsi alla stregua dell'omessa esecuzione della terapia».



e cioè di omissione della terapia in atto (non più assentita dal malato) ⁽⁵⁸⁾, rientrante nel range terapeutico intercorrente tra paziente e medico ⁽⁵⁹⁾.

Del resto, è sufficiente osservare come, nella moderna pratica medica (nella quale si riscontra uno sviluppo progressivo dell'ospedalizzazione e dei trattamenti artificiali volti a prolungare la fase finale della vita), il semplice astenersi dal fare richiede spesso un *quid pluris* ⁽⁶⁰⁾; in altri termini, è spesso necessario, per arrivare ad omettere un trattamento, che si faccia qualcosa (in questo caso, per l'appunto, che si distacchi un respiratore, tanto più che – come riconosce la stessa sentenza – l'attività di ventilazione meccanica consiste in una «induzione artificiale della respirazione tramite l'azione di una macchina»); il distacco, così, rappresenta il modo in cui la decisione del malato trova concreta attuazione, un «agire attraverso cui si adempie l'obbligo di attenersi e rispettare la volontà del paziente di sottrarsi a terapie non obbligatorie» ⁽⁶¹⁾.

Anche qui, come nell'ipotesi pacifica in cui si ometta ab initio il ricorso a sostegni artificiali, la condotta si sostanzierebbe in un'omissione; come visto, più precisamente, in un'omissione delle ulteriori terapie – prestate attraverso il supporto meccanico della strumentazione da disattivare ⁽⁶²⁾ – realizzata per mezzo di un *facere*, e cioè un movimento corporeo volto a rimuovere o a interrompere il sostegno artificiale, attivato in precedenza, che impedisce l'evento morte ⁽⁶³⁾.

6.3.

La sentenza ritiene poi che la natura commissiva della condotta si ricavi con certezza anche ragionando in termini causali, in quanto «nessuno è in grado di smentire il dato obiettivo che, se l'imputato non fosse intervenuto attivamente, staccando il malato dalla macchina che gli assicurava la respirazione assistita, quest'ultimo non sarebbe deceduto quel giorno e a quell'ora» ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁵⁸⁾ È nota l'esemplificazione proposta da ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 82: «allo stesso modo come il medico omette quando interrompe le misure di rianimazione iniziate con movimenti di massaggio, così si ha solo omissione allorché egli interrompe, su di un piano tecnologicamente più elevato, il lavoro di una macchina»; ancor meglio, si è precisato che «il respiratore ben può essere riguardato (...) come il braccio meccanico, come la *longa manus* del medico che pratica un trattamento di assistenza respiratoria ad un paziente non più in grado di respirare da sé: anziché essere effettuata manualmente a mezzo di un pallone di gomma, la ventilazione è praticata attraverso una macchina che regola il ritmo respiratorio, insufflando forzatamente l'ossigeno nei confronti del paziente» (VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 7).

⁽⁵⁹⁾ Secondo PAPPALARDO, *L'eutanasia pietosa: profili di interesse medico legale*, in *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 120, il diritto di rifiutare le cure incontra comunque «un limite nella inesigibilità di certi com-

portamenti da parte del medico e che comunque, per quanto riguarda la rimozione di un sostegno vitale qual è la deconnessione da un respiratore artificiale, l'applicabilità della teoria della "omissione per azione" postuli l'integrazione del requisito del valido consenso con quello della terminalità delle condizioni in cui versa il paziente».

⁽⁶⁰⁾ MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 136.

⁽⁶¹⁾ MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 155.

⁽⁶²⁾ VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 7.

⁽⁶³⁾ In questo senso, RAMACCI, *Premesse alla revivazione*, cit., p. 216; MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *questa rivista*, 2006, p. 1986.

⁽⁶⁴⁾ In senso analogo, DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 911; PULITANO, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, cit., p. 5, per il quale «nel caso di interruzione di cure [...] l'evento morte in concreto verificatosi non può essere causalmente spiegato senza riferirsi alla condotta positiva del medico che ha "staccato la spina"», in quanto, «sul piano fattua-



decisioni in primo piano**582.5** | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

In verità, meraviglia la perentorietà dell'affermazione, considerando che, come è noto, proprio nel campo della responsabilità medica si registrano le maggiori difficoltà di discernere con certezza la natura commissiva ovvero omissiva delle condotte ascrivibili ai sanitari ⁽⁶⁵⁾, tenuto conto altresì che nella maggior parte dei casi il comportamento del medico, lungi dall'esplicare una efficacia eziologica esclusiva, si pone quale concausa dell'evento morte (unitamente alla patologia da cui il paziente è affetto); sicché, di frequente, la rilevanza causale finisce per misurarsi solo in relazione all'anticipazione dell'evento morte, comunque inevitabile.

Va osservato allora come l'anticipazione dell'evento morte, connessa al distacco del respiratore, non derivi necessariamente dalla qualificazione della condotta come attiva, essendo un effetto innegabile anche della qualificazione del distacco come «omissione dell'ulteriore trattamento». Tale argomento non appare quindi decisivo per inferire la natura della condotta. Al contrario, la prevalenza accordata al significato normativo della condotta del medico piuttosto che alla dimensione naturalistica legata alla materialità del suo gesto e soprattutto la valorizzazione dell'evento concreto sotto il diverso (ma ugualmente necessario) profilo dell'*hic* – oltre che del *nunc* – potrebbero far propendere per il carattere omissivo della condotta, aderendo ad alcune recenti letture, per le quali avrebbe natura «commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi» e «omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente» ⁽⁶⁶⁾.

Utilizzando questo discrimen, si potrebbe ritenere nel nostro caso che l'insufficienza respiratoria che ha causato hic la morte del paziente non sia «la conseguenza immediata della condotta commissiva del medico» (distacco del respiratore artificiale), bensì un «fattore di rischio già presente» nel quadro clinico del paziente (quale effetto irreversibile della patologia da cui questi era affetto, e cioè la distrofia muscolare progressiva), che – non più contrastato artificialmente dalla macchina – conduce *nunc* alla morte; il tutto in coerenza all'idea che «si avrà un'omissione quante volte, pur in presenza di un *facere* (...), le cose procedano per loro conto» ⁽⁶⁷⁾.

le, il distacco della macchina salvavita è condizione *sine qua non* dell'evento morte» e «quale che ne sia la finale valutazione giuridica, il comportamento del medico non è penalmente atipico, ma è un comportamento conforme alla fattispecie di omicidio, così come descritta nella norma incriminatrice che vieta di cagionare la morte».

⁽⁶⁵⁾ Segnalano la tendenza giurisprudenziale a convertire ipotesi commissive in omissive, con le relative implicazioni, tra gli altri, CRESPI, voce *Medico-chirurgo*, in *Dig. d. pen.*, vol. VII, Utet, 1993, p. 597 s.; DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'“aumento del rischio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 32 s.; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in DOLCINI-PALIERO (a

cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 1969 s.

⁽⁶⁶⁾ Così, in giurisprudenza, Sez. IV, 6 novembre 2007, Brignoli, in *www.dirittoegiustizia.it*, 12/14 gennaio 2008; in dottrina, MASERA, *Il modello causale delle Sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 500 s.; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 46 s.; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, cit., p. 1970 s.

⁽⁶⁷⁾ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 316, il quale tuttavia – con riferimento all'ipotesi del medico che «preme il pulsante stacca l'apparecchio di rianimazione che tiene in vita il paziente senza più speranza di sopravvivenza» – conclude per una ricostruzione in termini di condotta attiva.



7. ESCLUSIONE DELLA TIPICITÀ VS. ADEMPIMENTO DEL DOVERE: IMPLICAZIONI E CONSEGUENZE

7.1.

Valorizzata la ricostruzione alternativa della condotta in termini omissivi, resistendo alla tentazione di dover rimanere necessariamente fedeli alla natura prima facie attiva della condotta, non resta ora che tratteggiare, seppure in sintesi, le implicazioni pratiche connesse alla diversa scelta, nonostante l'esito finale per l'imputato comunque assolutorio.

Se si ritiene, come sembra preferibile, che il consenso agisca già a livello di tipicità, attualizzando l'obbligo giuridico del medico (che viene meno laddove il paziente esprima inequivocabilmente il dissenso alla prosecuzione della terapia), si possono superare alcune obiezioni mosse dalla dottrina in sede di primo commento alla sentenza, a partire da quella relativa alla mancanza di una norma giuridica che ponga in capo al medico il dovere di intervenire per interrompere il trattamento medico non (più) consentito. Si è osservato, infatti, che, rispetto alla fattispecie in esame, «non esiste – a differenza, ad esempio, dell'ipotesi di interruzione della gravidanza – una norma che impone al medico (a qualsiasi medico?) di interrompere il trattamento sanitario o che gli consente, confermando così indirettamente l'esistenza dell'obbligo, di sottrarsi all'adempimento in ragione delle sue personali idee»⁽⁶⁸⁾. In sostanza, il dovere del medico sarebbe mutuato per gemmazione dall'art. 32 Cost., quale riflesso del corrispondente diritto del paziente; mentre analoga operazione non sarebbe più necessaria in caso di qualificazione del fatto come omissione dell'ulteriore trattamento; l'obbligo giuridico di curare e soprattutto i suoi limiti troverebbero infatti fondamento diretto nell'art. 32 Cost.

Non sarebbe peraltro questo l'unico effetto, dal momento che, «in assenza di un'espressa disciplina legislativa, la sussistenza di un siffatto dovere rinvia ad un accertamento dei requisiti di validità del rifiuto delle cure che non può ritenersi rimesso alla discrezionalità del medico né essere sottoposto solo al successivo vaglio del giudice». In altre parole, «l'idea che un medico possa ritenersi facultato o vincolato ad assecondare la volontà del paziente di lasciarsi morire, procedendo all'interruzione di terapie in atto nell'assenza di un controllo legislativamente predeterminato e teso a

⁽⁶⁸⁾ SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit., p. 1564, secondo il quale i giudici – estendendo il discorso anche alla più volte citata sentenza della Cassazione civile sul caso di Eluana Englaro – avrebbero elaborato una “scriminante procedurale”, in cui «il confine tra lecito e illecito è stato così tracciato assumendo come premessa il diritto di rifiutare le cure e su esso edificando l'istituto del consenso informato, per poi passare all'enunciazione di requisiti esterni al fatto il cui rigoroso accertamento consente di operare un bilanciamento dei valori in gioco», allo stesso modo in cui «nell'interruzione della gravidanza (...) non si è affermata la legittimità sostanziale della condotta di interruzione del trattamento terapeutico, ma si è

negata ad essa una valenza antiggiuridica qualora vengano rispettate determinate condizioni». Di recente e diffusamente, anche in prospettiva di un intervento legislativo in tale direzione, DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, cit., p. 907 s. e, in precedenza, DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 27 s.; critico sull'ammissibilità delle cause di giustificazioni c.d. procedurali M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1269 s. (spec. p. 1284 s.).





decisioni in primo piano

582.5 | G.U.P. TRIB. ROMA, SENT. 23.7.2007, N. 2049

garantire la pienezza e la libertà di quella volontà, è in grado di aprire, sotto la parvenza di una scriminante (estesa fino ai limiti del putativo?), scenari inquietanti e intollerabili»⁽⁶⁹⁾.

7.2.

Ancora, l'opzione per l'atipicità della condotta omissiva consentirebbe di distinguere con certezza il comportamento del medico da quello di un qualunque terzo che, al di fuori di un rapporto di responsabilità terapeutica, distacchi il respiratore; in tal caso, la condotta posta in essere va considerata commissiva, non potendo questi spiegare come mancato proseguimento della terapia il suo inserimento attivo nel trattamento medico⁽⁷⁰⁾, rispetto al quale, anzi, avrebbe addirittura un «dovere di non interferenza»⁽⁷¹⁾.

Invero, ad analoga conclusione restrittiva si potrebbe pervenire – come fa il g.u.p. nella sentenza in commento – anche ritenendo la condotta commissiva e scriminata dall'adempimento di un dovere che, alla luce del riferimento testuale dell'art. 32, comma 2, Cost. al solo "trattamento sanitario", incomberebbe sul solo medico. Tuttavia, la minore certezza deriverebbe dalla circostanza che in talune ipotesi – si pensi al mero distacco del respiratore, senza sedazione del paziente – si potrebbe addirittura arrivare a dubitare di trovarsi di fronte a un trattamento medico vero e proprio, così ammettendo la possibilità di liceizzare anche il fatto del terzo⁽⁷²⁾.

La scelta sul percorso assolutorio può avere poi un peso anche sull'ammissibilità dell'obiezione di coscienza, controversa per la mancanza di una presa di posizione legislativa sul punto (a differenza dell'interruzione della gravidanza o della fecondazione assistita mancano anche riferimenti nel codice di deontologia medica⁽⁷³⁾) e sulla possibilità di trasferire – alla luce della teoria del reato omissivo improprio – alcuni compiti relativi al proprio ruolo ad un collega competente e in grado di svolgerli⁽⁷⁴⁾.

⁽⁶⁹⁾ SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit., p. 1564; analoghe critiche già in VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 18. Sul punto, secondo la sentenza in commento, «l'individuazione di una causa di giustificazione del reato non appare foriera, più in generale, di conseguenze negative quali, ad esempio, la possibilità di un pericoloso ampliamento della liceità della condotta sotto il profilo dell'erronea supposizione della scriminante, poiché sempre dell'oggetto del dolo si discuterebbe e, come tale, sovrapponibile all'analogo caso di erronea supposizione degli elementi del fatto di cui all'art. 47, c.p.». Anzi, si prosegue, «nel caso dell'erronea supposizione di una causa di giustificazione la giurisprudenza ha avuto sempre una posizione più rigorosa, richiedendo qualcosa di più del semplice difetto dell'elemento psicologico e segnatamente ha ritenuto necessario accertare anche la ragionevolezza di questo erroneo convincimento».

⁽⁷⁰⁾ Riprendendo le conclusioni di ENGISCH, *Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen*

Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, cit., p. 328 s.

⁽⁷¹⁾ PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, cit., p. 7.

⁽⁷²⁾ Su tale profilo, GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 99.

⁽⁷³⁾ In particolare, nel "codice di deontologia medica" del dicembre 2006 si prevede, all'art. 43, comma 2, con riferimento all'interruzione della gravidanza, che «l'obiezione di coscienza del medico si esprime nell'ambito e nei limiti della legge vigente e non lo esime dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della donna», mentre l'art. 44, comma 5, in tema di fecondazione assistita, fa «salve le norme in materia di obiezione di coscienza».

⁽⁷⁴⁾ Da ultimo, VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, cit., p. 79 s., il quale conclude per la delegabilità di tali compiti, sul presupposto tuttavia del consenso liberatorio del paziente, «non essendo unilateralmente disponibile la titolarità di una posizione di protezione preposta alla tutela di interessi fondamentali altrui».





Infatti, come è stato sottolineato, «la valutazione dello spegnimento del respiratore come mera omissione dell'ulteriore trattamento esclude in radice che il medico possa opporre una sorta di obiezione di coscienza», residuando in capo al sanitario solo la possibilità di rinunciare totalmente alla propria posizione di garanzia, così lasciando libero il paziente di instaurare con altro garante un nuovo rapporto ⁽⁷⁵⁾. A differenti conclusioni giunge chi ritiene che si tratti di una azione, che legittimerebbe sempre l'obiezione di coscienza «proprio perché si esige dal sanitario un fare, anziché una mera astensione» ⁽⁷⁶⁾. Anche se, in verità, si è osservato come sarebbe comunque da escludere la possibilità per il medico garante di sottrarsi, attraverso l'obiezione di coscienza, alla volontà del paziente di interrompere un trattamento medico non più tollerato, anche nel caso in cui si riconosca al distacco del respiratore natura commissiva, in quanto si tradurrebbe in un'autorizzazione «a violare, attraverso la prosecuzione del trattamento, il diritto fondamentale del paziente di non subire invasioni indesiderate del proprio corpo» ⁽⁷⁷⁾.

7.3.

Preferibile la soluzione volta ad escludere già la tipicità del fatto omissivo, per la possibilità, in tal modo, di sottrarsi al sempre disagiata compito di operare un giudizio di bilanciamento tra interessi configgenti, che finisce per caratterizzare tutte le cause di giustificazione e che qui si pone in termini estremamente opinabili. Scelta da privilegiare, infine, anche per un discorso di coerenza complessiva con le soluzioni adottate con riferimento al trattamento sanitario arbitrario, tenuto conto della medesimezza del ruolo svolto dal consenso (*rectius* dissenso rispetto alle ipotesi di rifiuto e sospensione di terapie).

Concludendo sul punto allora, e ritornando all'idea unificatrice di partenza, può dirsi che il rifiuto del medico di attuare il diritto del paziente, pur salvifico nelle intenzioni, potrebbe astrattamente essere inquadrato nelle ipotesi di trattamento medico arbitrario ⁽⁷⁸⁾, nell'ambito del quale troverebbero spazio tutti quei casi di mancata attuazione da parte del medico della volontà del paziente – liberamente e consapevolmente espressa – di non consentire un trattamento sanitario (anche se vitale) ab initio ovvero di interromperlo se già in atto.

⁽⁷⁵⁾ VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 18 s.

⁽⁷⁶⁾ DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 914. Ritengono non doverosa l'interruzione tecnica del trattamento, in quanto deve essere comunque garantita anche la libertà del medico di seguire i propri convincimenti etici o deontologici, CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 130 e SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 696; nello stesso senso, seppure in maniera dubitativa in assenza di un intervento chiarificatore sul punto da parte del legislatore (che viene auspicato), anche la sentenza in commento, laddove afferma che «non pare, conseguen-

temente, che si possa del tutto escludere l'ipotesi di una "obiezione di coscienza" da parte del singolo medico, escludendo responsabilità civili o addirittura penali del medico che si sottragga esclusivamente per specifiche ragioni morali».

⁽⁷⁷⁾ VIGANÒ, *Il rifiuto di trattamenti di sostegno vitale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 18.

⁽⁷⁸⁾ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 101; sui dubbi circa la configurabilità del requisito della violenza di cui all'art. 610 c.p. in tali ipotesi di omissione e sulla possibile rilevanza penale come maltrattamenti (art. 572 c.p.), cfr., da ultimo, VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, cit., p. 77 s.

