

Osservazioni a margine del caso Englaro

di Augusto CERRI

Il problema dell'interruzione delle cure essenziali alla sopravvivenza di una persona viene in genere impostato in base al principio di volontarietà dei trattamenti sanitari (art. 32 Cost.), che implica la possibilità di negare il consenso ad essi; e, dunque, sulla base del principio del consenso informato.

Aggiungerei che questo principio di volontarietà dei trattamenti sanitari è riconosciuto anche dalla Convenzione di Oviedo (in attesa di ratifica) e dall'art. 33 della l. n. 831/1978, oltre che dalla carta di Nizza. Al di là del valore formale di ciascuno di questi atti, si riconosce in genere che essi rivestano un rilievo sicuro di orientamento interpretativo.

A ciò è da aggiungere che la migliore dottrina (MORTATI, MODUGNO, PANUNZIO, ad es.) esclude possano essere imposti per legge, ai sensi dell'art. 32 Cost., trattamenti sanitari fuori dall'ipotesi di prevenzione di danni a terzi e, dunque, per il solo interesse del paziente.

Fissato il principio di autonoma determinazione del paziente, il problema si viene a ridurre alla ascrizione dell'alimentazione e idratazione artificiale ai trattamenti sanitari; e alla forma nella quale la volontà del malato deve essere espressa. E, sul punto, le proposte di legge attualmente in discussione presentano significative divergenze.

Oltre a ciò, diviene significativa la distinzione fra azione ed omissione, risultando questa sempre lecita (quando non sussista un obbligo giuridico di intervenire) ed, invece, dubitandosi della incriminabilità dell'azione a vario titolo, come vedremo.

Si finisce, per il primo problema, con il rinviare alle risultanze della disciplina medica, che non possono non essere, sul punto, equivoche, proprio perché in realtà non si tratta di un problema terapeutico, ma giuridico.

Per affrontare con maggiore consapevolezza il problema è, forse, necessario allargare un poco l'orizzonte.

Un'impostazione larghissima sarebbe quella che affrontasse il problema della natura unitaria o complessa dell'essere umano; problema già discusso dal Platone che distingueva un'anima vegetativa, un'anima sensitiva ed un'anima razionale (Timeo) a da Aristotile (*De anima*) che, coerentemente con le sue premesse, concepiva un'anima sola ed unitaria. Di questa contrapposizione è traccia nei versi del Poeta nel luogo in cui, in polemica con Platone, sostiene l'unità dell'anima, come ritiene di poter dimostrare in base alla circostanza che, quando la nostra attenzione è completamente presa da un oggetto, sfugge ai sensi ogni altro oggetto circostante (E questo è contra quell'error che crede /ch'un'anima sovr'altra in noi s'accenda) (Purg. 4, 5-6). Certo, queste discussioni antiche toccano un problema ancora attuale ed argomenti in un senso o nell'altro potrebbero ancora essere recati. L'esistenza di "riflessi condizionati" non controllabili dalla nostra coscienza e volontà potrebbe recar conforto alla tesi platonica; mentre la "somatizzazione" di disturbi psichici potrebbe integrar elemento di prova a sostegno della tesi aristotelica.

Questi rilievi preliminari, peraltro, rendono già problematica un'impostazione puramente giusnaturalistica, fondata sulla sicura accettazione delle tesi aristoteliche, in qualche modo, a loro volta, problematiche. Mentre, invece, un'impostazione più pragmatica che valorizzasse, ai fini dell'identificazione di un essere come umano, fattori come la coscienza di sé, la capacità di attività conoscitiva e moralmente valutabile potrebbe evitare questi scogli (tuttora insormontabili) e pervenire ad una distinzione chiara fra vita umana e vita puramente vegetativa.

Mi rendo conto, però, che già il tentativo di evitare certi scogli teorici costituisce esso medesimo uno scoglio teorico da evitare, se si vuol pervenire, come deve tentare il giurista, ad una soluzione largamente condivisibile.

Il problema che ci dobbiamo porre è se la disciplina dei trattamenti sanitari sia un *unicum* nel nostro sistema giuridico o si inserisca armonicamente in un insieme di altri principi con essa solidali.

Osserverei che il divieto di atti di disposizione del proprio corpo (art. 5 c. c.) concerne la validità dell'atto sotto il profilo, appunto, civilistico, non la liceità in generale. Un atto di disposizione del proprio corpo non è valido, non è impegnativo, ma potrebbe avere efficacia scriminante, ai sensi dell'art. 50 c. p., come consenso dell'avente diritto. Neppure il matrimonio è impegnativo sul terreno dei rapporti sessuali (comunque si debba valutare, da un punto di vista civilistico, il rifiuto in proposito), tanto che la costrizione nei confronti del coniuge che si rifiuta integra il delitto di violenza carnale; ma il consenso prestato, qui ed ora, mentre non impegna, rende lecito il rapporto, che diviene, in virtù di esso, addirittura una manifestazione di libertà costituzionalmente garantita.

Il suicidio non è punito, mentre lo sono l'istigazione e l'agevolazione al suicidio e l'omicidio del consenziente. Secondo una tesi diffusa nella dottrina penalistica, il suicidio non sarebbe punito perché ogni deterrenza di pena, in ipotesi così estrema, risulterebbe inutile; ma questa tesi trascura di considerare che la pena riveste, nel nostro sistema, anche una funzione retributiva, la quale, in questo caso, risulterebbe del tutto trascurata.

Ricorderei, allora, che si è sempre ammesso lo sciopero della fame, eventualmente fino alle conseguenze estreme; anche quando sia effettuato da persona in stato di detenzione; che si ammette il rifiuto di trasfusione di sangue per motivi religiosi (testimoni dei Geova); non certo nei confronti dei figli o di persona sotto la propria autorità, ma certamente nei confronti del diretto interessato (cfr., sul tema anche Coste cost., sent. 132/1992).

È vero, però, che nessuno è stato mai incriminato per il fatto di aver tratto in salvo una persona che aveva tentato il suicidio buttandosi, ad es., nel fiume: in questo caso si è fatta valere, a vantaggio del salvatore, la causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 c.

p.), escludendo in radice reati come quello di violenza privata. È pur vero che l'intervento di chi salva il suicida non è obbligatorio; neppure da parte di un pubblico ufficiale che assista al fatto; è semplicemente facoltativo.

Si tratta di “*causae favorabiles*” che rendono la determinazione al suicidio inattaccabile da interventi esterni, oppure tutto si riduce ad una facoltà del terzo, che può essere esercitata in un senso o nell'altro? Oppure, ancora, (e forse questa è la tesi più probabile) si valorizza una determinazione volitiva fortemente meditata, rispetto ad un gesto, che potrebbe essere stato “sconsiderato”? E, d'altra parte, perché non potrebbe essere una causa favorevole anche il dolore (fisico od anche solo psichico), superiore alle capacità di sopportazione di una persona?

E, se non si può impedire il suicidio, quando sia frutto di forte determinazione volitiva, si può, invece, costringere una persona a vivere per il solo fatto che non gode di autonomia, ma “dipende” da una struttura ospedaliera, da macchine che la fanno vivere suo malgrado? A questo punto finisce, talvolta, con il giocare un proprio ruolo la condotta puramente omissiva (sempre giustificata, venendo in essere, ai sensi dell'art. 54 c. p. una semplice causa di giustificazione, non un dovere) o commissiva. In questo secondo caso talvolta si obietta che questa condotta integra una partecipazione/agevolazione al suicidio, quando non anche un (più grave) omicidio del consenziente. Ciò non è: perché se, in definitiva, il paziente ha diritto di rifiutare le cure, ha diritto di morire (*right to die*), la partecipazione di chi lo sottrae a macchine per il paziente assolutamente eteronome diviene quasi un atto dovuto, di soddisfazione del diritto così dolorosamente esercitato. Altrimenti questo diritto non sarebbe suscettibile di esercizio, per la sola circostanza di “dipendere” da fattori esterni.

Il principio di autodeterminazione anche in queste scelte estreme e pur se esercitato in modo non condivisibile alla stregua di certi valori, non può essere contestato: perché i valori religiosi medesimi ne sono innervati. *Fides cogi non potest*: è un principio che risale ai padri della Chiesa (a Tertulliano e Lattanzio) e che è stato confermato dal

Concilio Vaticano II (*Declaratio de libertate religiosa*). Non avrebbe alcun valore morale e religioso un comportamento imposto con l'autorità; e, dunque, questa imposizione sarebbe contraria ai principi dello stato democratico, ma anche, *a aperte fidei*, non avrebbe senso.

A mio sommosso, avviso, appunto, a certe condizioni la morte può essere un diritto (a condizioni di determinazione volitiva matura); ed allora anche la normativa del codice penale sull'agevolazione ai suicidio o sull'omicidio del consenziente dovrebbe essere riconsiderata. Lascerei in vita solo il reato di istigazione al suicidio, perché tale esito estremo può essere scelto liberamente dall'interessato, ma non deve esser incoraggiato.

Certo, una volta fissate per legge le modalità del testamento biologico, risulta anche difficile avvalorare una volontà non espressa in quelle forme. Ma, fino a quel momento, non sembra da criticare che questa volontà possa essere ricostruita anche attraverso testimonianze di persone che furono vicine a chi non è più in condizione di esprimersi.

Ciò avviene nella giurisprudenza americana, a partire dal caso Nancy Cruzan. È vero, invece, che nella giurisprudenza inglese, si avvalorano piuttosto le ragionevoli pratiche mediche (caso Bland). Vero è, peraltro, che condizione necessaria perché il medico possa decidere se è ragionevole interrompere le cure è una pausa di silenzio attorno a lui; ove la polemica ideale è accesa non si può chiedere al medico di assumersi responsabilità troppo gravi.