

## OPINIONI A CONFRONTO

## RIFLESSIONI SULLA VICENDA DI ELUANA ENGLARO

Nota introduttiva di STEFANO CANESTRARI

Nel panorama giurisprudenziale italiano, la vicenda di Eluana Englaro si segnala come il primo caso di autorizzazione alla sospensione di trattamenti salvavita in un paziente in stato vegetativo permanente. A conclusione di un *iter* giudiziario decennale, la Corte d'Appello di Milano ha infatti accolto la richiesta avanzata dal padre-tutore della giovane, dando applicazione al principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione nell'ottobre 2007 (sent. n. 21748 della I sez. civile). Un percorso assai travagliato e complesso che, pur essendosi svolto davanti alla giurisdizione civile, presenta molteplici elementi d'interesse anche per la riflessione penalistica.

L'interruzione di dispositivi salvavita appare infatti riconducibile, almeno *ictu oculi*, entro l'area di tipicità dei delitti contro la vita. Il caso Englaro può essere idealmente collocato lungo il delicato crinale che separa il legittimo esercizio del diritto all'interruzione di trattamenti sanitari indesiderati (artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost.) dalle condotte, penalmente rilevanti, di soppressione volontaria della vita altrui. Il fatto poi che, nel caso in esame, la sospensione dei sostegni vitali non sia stata richiesta direttamente e personalmente dalla paziente, ma da un soggetto terzo – sebbene giuridicamente qualificato ad esprimerne la volontà – pone il problema dell'accertamento della “volontà presunta” dell'incapace. Volontà che deve essere ricostruita secondo la Cassazione sulla base di elementi probatori “chiari, univoci e convincenti”. L'assenza di una manifestazione di volontà diretta e attuale costituisce l'elemento differenziale rispetto ad un'altra vicenda spesso citata in *pendant* con il caso Englaro, quella di Piergiorgio Welby – in cui era lo stesso paziente, pienamente cosciente e capace, a richiedere la deconnessione dal ventilatore.

Ma rispetto al caso di paziente incapace, l'accertamento circa l'effettiva sussistenza di un valido consenso, quand'anche non lasciasse adito a dubbi, non è in sé sufficiente a escludere l'illiceità penale della sospensione di trattamenti salvavita. Si può anzi obiettare che l'efficacia scriminante del consenso dell'avente diritto (50 c.p.) è notoriamente esclusa laddove siano in gioco beni indisponibili. E tuttavia, il caso Englaro mostra come le linee evolutive della giurisprudenza siano orientate a riconoscere una crescente

latitudine all'autodeterminazione in ambito sanitario, valorizzando l'implementazione del diritto costituzionale al rifiuto di trattamenti sanitari *anche* salvavita. Secondo quanto afferma la Cassazione nella citata pronuncia, in nome del principio personalistico "deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita". Una simile affermazione, se pur non intende dilatare i confini del consenso scriminante, invita però a riflettere sull'attuale fisionomia di uno dei principali assunti teorici della disciplina codicistica dei delitti contro la persona, vale a dire il principio dell'indisponibilità della vita umana.

Affermare che il giudice può, nel caso concreto, ritenere prevalente il diritto all'autodeterminazione anche fino alla morte incrina il primato assoluto e incondizionato della tutela della vita umana. A tale (ri)bilanciamento dei fondamentali diritti in gioco la Suprema corte perviene in via ermeneutica, sulla base dei principi costituzionali: ciò pone in risalto l'assenza di una disciplina legislativa *ad hoc* rispetto a questa nuova e complessa casistica. A tale riguardo, non mancano le ragioni per preferire la mancanza di una legge ad una cattiva legge. Tuttavia, in casi come quello di Eluana, una simile lacuna può condurre all'applicazione delle comuni fattispecie delittuose coniate dal legislatore del 1930 (e mai riformate), con il rischio di una risposta punitiva incongrua rispetto alle peculiari caratteristiche di alcune e ben individuate modalità di lesione della vita umana. Se è vero che i delitti contro vita – "delitti naturali" per eccellenza – resistono più di altri ai segni del tempo, è vero però che i profondi mutamenti della società, della medicina, delle tecnologie pongono una serie di questioni inedite, rispetto alle quali il quadro normativo vigente mostra profili di inadeguatezza che rischiano di tradursi in un rigorismo sanzionatorio indiscriminato.

Alla luce di questi brevi cenni, abbiamo sottoposto a Ferrando Mantovani e Amedeo Santosuosso alcuni interrogativi:

1) L'interruzione della nutrizione e idratazione artificiali può configurare un'ipotesi di omicidio doloso, essendo indubbia sia l'efficienza causale dell'interruzione dei trattamenti rispetto all'evento mortale, sia la piena coscienza dell'inevitabilità di tale evento da parte degli operatori medico-sanitari?

2) Se, come affermato dalla Cassazione, la libertà di autodeterminazione terapeutica – espressione del principio personalistico – non trova un limite nell'eventuale sacrificio della vita, si può affermare che sia in atto un superamento del dogma dell'indisponibilità della vita sotteso alle disposizioni codicistiche pre-costituzionali?

3) Nel caso di sospensione dei dispositivi salvavita, quale rilievo ha il consenso libero e informato del paziente? E quali cautele e limiti incontra nel caso di pazienti incoscienti, incapaci di manifestare personalmente la propria volontà e perciò assistiti da un legale rappresentante? In particolare: qual è in tale ipotesi il ruolo del rappresentante legale? È testimone e garante di una volontà effettivamente manifestata dal paziente incapace o può contribuire a prendere, in vista del migliore interesse del soggetto rappresentato, la decisione di sospendere il trattamento vitale?

4) Un intervento *de lege ferenda*, che conferisca valore alla volontà manifestata dall'interessato in epoca precedente alla perdita di coscienza, può costituire uno strumento utile per dirimere casi come quello di Eluana Englaro?

prof. Ferrando Mantovani  
Emerito nell'Università di Firenze

La risposta al primo quesito presuppone previe risposte ai quesiti successivi, perché concernono tutti il problema prioritario della *autodeterminazione* del soggetto rispetto ai trattamenti sanitari, e perché dalla loro risposta dipende la configurabilità o meno del delitto di omicidio doloso in caso di sospensione della nutrizione e idratazione artificiale.

Va, però e innanzi tutto, premesso che il concetto di autodeterminazione, essendo in sé ambiguo e polivalente, può costituire: 1) un *disvalore* nichilistico, se assunto come autodeterminazione assoluta, illimitata, nella logica di una concezione utilitaristica-individualistica-egocentrica-edonistica dell'uomo, che, sulla base del volere e del sentire individuale dell'«uomo solo», chiuso all'alterità dell'«uomo integrale», proclama il principio della massima disponibilità dell'essere umano, per mano propria o altrui, e la conseguente liberalizzazione, tendenzialmente illimitata, dell'aborto, droga, transessualismo, procreazione assistita, locazione del grembo materno, vendita dei gameti alle banche del seme, nonché dell'eutanasia e suicidio per mano propria o assistito. Il tutto: se stesso e gli altri oggetto del proprio ingannevole piacere; 2) un *valore*, se assunto come *autodeterminazione* relativa, limitata, nella logica di una concezione personalistica dell'uomo valore, dell'uomo-persona, dell'uomo-fine, perché «personalismo» sta ad indicare una «visione integrale» della personalità umana, non come individuo nella cruda individualità, ma nella trama delle relazioni sociali in cui vive e nell'insieme dei diritti fondamentali di ogni essere umano, che trovano la loro misura nella coesistenza ed acco-

glienza reciproca con gli altri, specie dei soggetti più deboli e indifesi.

E va, altresì, premesso che anche l'autodeterminazione, in termini personalistici, non pone tanto un *problema di legittimità*, perché non esistono, sul piano etico e giuridico, radicali obiezioni di principio. Essa trova, infatti, il proprio fondamento in quella cultura, che ha affermato, nel campo biomedico, il principio di consenso informato, il quale ha segnato il passaggio epocale dalla concezione paternalistica ed autoreferenziale dei doveri del medico, per definizione benefattore ed onnidecidente, alla concezione personalistica dei diritti del paziente, che si pone al centro del rapporto medico-paziente e della struttura sanitaria come portatore di propri diritti, primo dei quali il diritto alla vita e alla salute, nonché il diritto all'autodeterminazione in ordine agli interventi sul proprio corpo: alla partecipazione alle decisioni medico-chirurgiche che lo riguardano. In un perdurante dialogo, umanizzante e rassicurante, fiduciario e collaborativo, tra medico e paziente.

Il problema di fondo riguarda, invece, la *portata* e i *limiti della autodeterminazione*: tra una pretesa autodeterminazione assoluta, tendenzialmente illimitata, ed una contrapposta autodeterminazione relativa, sottoposta a precisi limiti oggettivi, per cui, se senza il consenso informato del soggetto gli interventi sanitari sono illeciti, anche con il consenso del soggetto gli interventi restano illeciti se violano i limiti oggettivi.

E ciò vale, in particolare, per il problema, emergente e drammaticamente emerso con la vicenda di Eluana Englaro, delle *dichiarazioni anticipate di trattamento*, che pone non tanto il problema di legittimità per le ragioni già sopraesposte rispetto alla autodeterminazione in generale, quanto il duplice problema: 1) della opportunità di una espressa *disciplina legislativa*; 2) dei *requisiti* e *limiti* della loro validità e vincolatività per il medico.

I. Ciò premesso e rispondendo al *quarto quesito*, una espressa disciplina legislativa delle dichiarazioni anticipate di trattamento, avversata da coloro che temono che essa sia il prologo per l'introduzione di una legge sulla eutanasia (auspicata, questa, dai sostenitori della autodeterminazione assoluta), è da più parti richiesta e ritengo opportunamente, dopo le creative sentenze sul caso Eluana e l'introduzione da parte di certe intraprendenti amministrazioni comunali di registri per l'iscrizione delle dichiarazioni anticipate di trattamento, per la triplice fondamentale finalità: 1) di garantire la *reale volontà* del soggetto per evitare che, in nome del diritto di autodeterminazione, si violi tale diritto; 2) di ridurre le tormentose *incertezze* dei medici; 3) di evitare, ancor prima, che i problemi di vita e di morte trovino soluzione, in violazione del principio

della riserva di legge, secondo le *diverse etiche e ideologie* o i *soggettivismi caratteriali* dei singoli giudici.

II. Circa il *terzo quesito* sulla rilevanza del principio dell'autodeterminazione per quanto concerne la sospensione dei dispositivi salvavita e, in particolare, della alimentazione e idratazione artificiale in soggetti in stato vegetativo persistente, occorre innanzitutto distinguere:

A) l'*espresso rifiuto* della attivazione o continuazione dei trattamenti sanitari da parte del soggetto, capace di intendere e di volere, cosciente e nell'attualità della situazione patologica. Rifiuto che sul piano astratto non presenta radicali obiezioni di principio: 1) perché il consenso e il rifiuto non sono che due aspetti dell'autodeterminazione, pur se relativa; 2) perché il rifiuto – come meglio diremo – sta ad indicare non un diritto al suicidio, ma soltanto che la salute non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva, poiché non esiste un obbligo giuridico di curarsi.

Il problema è, invece, soprattutto di *ordine pratico*, perché la validità del rifiuto ha carattere pressoché eccezionale, richiedendo una serie di requisiti, non facilmente presenti e accettabili nei malati terminali o gravemente sofferenti: cioè un *rifiuto personale* del soggetto capace di intendere e di volere (non del rappresentante legale dell'incapace, che per il nostro ordinamento ha il potere-dovere di consentire soltanto gli interventi sanitari a salvaguardia della vita e salute del rappresentato); *reale*, non presumibile sulla base della situazione personale del malato (tormentosità e incurabilità del male) o del criterio della «vita indegna»; *informato* e, quindi, consapevole circa gli effetti del rifiuto dei trattamenti sanitari; *autentico*, cioè fermo, ribadito, razionalmente motivato (poiché spesso sotto il «voglio morire», «lasciatemi morire» si cela una disperata richiesta di vicinanza e di solidarietà);

B) il *rifiuto* di trattamenti sanitari, espresso con le c.d. *dichiarazioni anticipate di trattamento*, il cui vero problema, costituito dai requisiti e limiti di validità e vincolatività per il medico, ha ricevuto, o può comunque ricevere, le tre seguenti soluzioni:

1) la soluzione della *vincolatività assoluta*, espressione della autodeterminazione senza limiti, da respingere perché presenta un duplice inconveniente: a) di non salvaguardare l'attendibilità della dichiarazioni anticipate e, quindi, di costituire un possibile attentato allo stesso principio della autodeterminazione, in quanto tali dichiarazioni sono ritenute vincolanti in qualunque forma espressa (scritta o orale), da chiunque attestate (congiunti, amici, terzi) e sulla base di qualunque mezzo di prova, anche testimoniale (con gli sconcertanti

casi di Nancy Cruzan e Terry Schiavo, fino al rifiuto presunto del caso Eluana Englaro); *b*) di imporre al medico l'*automatica e meccanica esecuzione* della dichiarazione, privandolo di quegli spazi di autonomia necessari proprio per salvaguardare la reale volontà del soggetto, specie quando interviene una mutazione clinica e terapeutica in meglio;

2) la soluzione della *non vincolatività assoluta* delle dichiarazioni, che non può essere interamente accolta neppure dal legislatore, poiché presenta i due inconvenienti opposti: *a*) della *doverosità* del trattamento sanitario, stante la postulata inattendibilità delle dichiarazioni (per l'inevitabile genericità ed ambiguità del linguaggio e del contenuto delle stesse; per la loro inattualità, stante la profonda differenza tra un rifiuto espresso in un lontano momento di benessere, e, comunque, distaccato dalle angosce di una vita che sfugge e la persistenza di un tale rifiuto in tutt'altro contesto esistenziale, all'interno di una esperienza concreta di malattia, dopo un approfondito colloquio con se stessi, coi medici, coi familiari); *b*) della vanificazione totale del principio dell'auto-determinazione;

3) la preferibile soluzione intermedia della *vincolatività relativa* delle dichiarazioni (accolte anche dal Comitato nazionale di bioetica e dal disegno di legge già approvato dal Senato), perché non contrasta col principio dell'auto-determinazione relativa, in quanto richiede i seguenti requisiti per la validità, l'attendibilità delle dichiarazioni: *a*) la *provenienza da soggetto maggiorenne, capace di intendere e di volere ed informato* sugli esiti del rifiuto (es.: nello stato vegetativo persistente, sulla morte per fame e sete con agonia anche bisettimanale e possibilità di atroci sofferenze, in seguito alla sospensione dell'alimentazione e idratazione); *b*) la *forma scritta* (notarile, per certi disegni di legge), con firma autografa e di data certa (anche per stabilire la maggiore età del dichiarante); *c*) la *specificità delle situazioni cliniche* considerate e l'assistenza di un medico che controfirmi; *d*) la *conformità delle dichiarazioni al nostro ordinamento giuridico*, perché non possono essere lo strumento per introdurre surrettiziamente l'eutanasia attiva, poiché vietata dalla nostra legge; onde il dichiarante può rifiutare solo le cure che potrebbe rifiutare in stato di coscienza nell'attualità della malattia; *e*) la *persistente attualità delle dichiarazioni* (il requisito più arduo e problematico), poiché debbono avere una *validità limitata* nel tempo (3 anni per certi disegni di legge, 5 anni per il disegno innanzi al Parlamento); non deve essere intervenuta *revoca*, anche informale (il suddetto disegno di legge richiede invece la revoca anche essa formale) e pure se espressa in stato di coscienza ridotta del soggetto revocante, poiché nel dubbio vale il principio di precauzione *in dubio pro vita*; *f*) una non intervenuta

*mutazione in meglio* della situazione clinica e terapeutica (es.: per nuovi progressi terapeutici), poiché si presume, fondatamente, che nessun dichiarante vorrebbe rifiutare i sopravvenuti trattamenti terapeutici; g) la possibilità di *nomina di un fiduciario* col solo compito di controllare il rispetto della volontà del dichiarante, non di esprimere rifiuti in nome e per conto di costui, trattandosi di un diritto personalissimo; h) il *divieto*, per il rappresentante legale del minore o infermo di mente, di *rifiutare le cure del rappresentato*, poiché per il nostro ordinamento giuridico il rappresentante ha soltanto il potere-dovere – come già detto – di agire per la salvaguardia della vita e salute del rappresentato.

Pertanto dovere del medico è di accertare l'esistenza di tutti i suddetti requisiti, per cui in mancanza anche di uno soltanto di essi ha il dovere di attivare o proseguire il trattamento terapeutico, mentre in presenza di essi ha il dovere di cessare il trattamento. E non sarà punibile per omicidio doloso omissivo sulla base dei comuni principi sulla responsabilità omissiva, che *ex art. 40, comma 2, c.p.* si fonda sull'obbligo di garanzia del medico, che si attiva sulla base del consenso del paziente alle cure, viene meno con il rifiuto delle stesse e con esso la stessa omissione in senso giuridico.

III. Per completare la risposta al terzo quesito e rispondere al secondo, va premesso che il problema del rifiuto, attuale e ancor più se anticipato, di trattamenti sanitari si è riacutizzato rispetto agli stati vegetativi preesistenti, e drammatizzato in seguito alla serie di pronunce giudiziarie sul caso di Eluana Englaro, viziate da una serie di prese di posizioni inquietanti.

Ai presenti fini possiamo anche prescindere dal fatto che nelle suddette pronunce si è postulato come certi due dati, smentiti o resi problematici (vedi da ultimo il documento del gruppo di ricerca del Ministro del Welfare) dalle più recenti acquisizioni della scienza medica e tutt'altro che irrilevanti: 1) la *irreversibilità* dello stato vegetativo persistente, poiché trattasi invece di un giudizio soltanto statistico-probabilistico, essendo stato dalla scienza provate non la totale assenza di possibili momenti di coscienza di sé e del mondo esterno, bensì, attraverso la risonanza magnetica funzionale, un'attività cerebrale cosciente, intrappolata in un corpo non comunicante con l'esterno per il blocco muscolare. Tant'è che la Conferenza mondiale di neurologia eliminò (1997) l'aggettivo «permanente», usato invece nelle pronunce su Eluana; 2) la totale *assenza di sensibilità*, di sofferenza nel caso di provocata morte per fame e sete, di durata anche bisettimanale, per sospensione dell'alimentazione e idratazione artificiali: cosa non solo scientificamente non provata, ma smenti-

ta scientificamente dalla tomografia ad emissione di positroni (e, implicitamente, dagli stessi giudici milanesi, avendo essi prescritto l'accompagnamento della interruzione dell'alimentazione e idratazione con la somministrazione di sedativi e secondo un meticoloso protocollo). E non si è mancato, da parte di neurologi, di ipotizzare che l'improvviso peggioramento fisico di Eluana durante il trasporto nella casa di cura udinese e il ricovero nella medesima potrebbe essere dovuto alla presa di coscienza da parte della ragazza dell'abbandono dell'ambiente protetto e amorevole in cui da quindici anni era assistita da generose suore. E nella meticolosa «Scheda di rilevazione degli elementi indicativi di sofferenza», gelidamente compilato di ora in ora nei giorni e nelle notti di sottrazione del nutrimento e dell'acqua, si legge della voce di Eluana sentita più volte, di emissione di suoni spontanei, di singoli lamenti, di suoni che sembrano sospiri.

Ma non si può prescindere dal forzato stravolgimento di fondamentali principi giuridici e l'affermazione dei quattro seguenti opposti assunti, che suscitano profonde inquietudini, anche per tutte le possibili e terribili implicazioni.

A) In primo luogo, lo *stravolgimento del principio di legalità*, poiché con atti, più che di giurisdizione (di *ius dicere*), di sovranità (di *ius dare*), si è costruito non solo un quanto mai controverso diritto ad arrecare la morte, ma anche una «scriminante procedurale», in base alla quale l'uccisione di Eluana si legittima se arrecata con prefissate macabre modalità esecutive (in compiacenti *hospices*, con trattamenti riduttivi delle atrocità visive della morte per fame e sete e la somministrazione di sedativi). Cose estranee alla giurisdizione (si dimentica che le modalità di esecuzione della pena di morte, quando vigevo, erano stabilite dalla legge) e al nostro diritto, che prevede invece il delitto di omicidio del consenziente. E con la Suprema Corte di cassazione che ha deciso per la liceità dell'uccisione di Eluana, facendo finta di non decidere attraverso il sofisma processuale della mancanza di interesse pubblico del ricorso, perciò ritenuto inammissibile, del Procuratore generale della Repubblica di Milano, riguardando il caso il diritto personalissimo del rifiuto di trattamenti. Con la degradazione, così, di tutto ad un fatto meramente privato, individuale, dimenticando: *a*) che le problematiche delle dichiarazioni anticipate e dello stato vegetativo presentano una dimensione epocale e pressoché planetaria (con profondi contrasti nel mondo giuridico, laceranti impatti nella pubblica opinione, incertezze scientifiche, prese di posizione di Amministratori regionali e di Ministri, proposte di decreti legge e presentazione di disegni di legge) ed interessano migliaia di Eluana, presenti e future; *b*) che tutto ciò che concerne il

primario diritto della vita sottostà alla garanzia della riserva di legge, volta ad assicurare, fra l'altro, la certezza e l'uguaglianza giuridica (così, ad es., le leggi sui trapianti, sulla morte encefalica, e più in generale sulla bioetica).

B) In secondo luogo, la proclamazione del principio della legittimità non solo del rifiuto dei trattamenti sanitari, espresso e documentato, ma anche del *rifiuto presunto*, desumibile da nebulosi e generici indici (personalità del soggetto, stile di vita, suoi convincimenti circa l'idea della dignità umana). Apertamente contrastante con l'enfaticata premessa che il rifiuto del paziente deve risultare da elementi chiari, univoci e convincenti. E perciò aperto a tutti gli abusi ed arbitrii (fra l'altro di familiari, possibili costruttori di artificiose presunzioni di rifiuto di terapie dei loro «cari» in stato di incoscienza per fini appropriativi ed utilitaristici, fiancheggiati magari da testimoni compiacenti facilmente reperibili). Ci troviamo di fronte più che ad una adesione ad una autodeterminazione assoluta, ad una macroscopica violazione dello stesso principio di autodeterminazione *tout court*, assoluta o relativa che si voglia.

Invero, l'asserito rifiuto di Eluana, risalente a circa venti anni fa, manca di tutti i requisiti minimi di validità, sopraelencati, di un'attendibile dichiarazione anticipata: *a*) della *forma scritta* e sottoscritta e della *data certa* (anche per accertare la raggiunta maggiore età della medesima); *b*) della *specificità* del tipo di trattamento rifiutato (non riguardando, di certo, l'asserito rifiuto lo stato vegetativo persistente, essendo questo vent'anni fa ben noto neppure ai medici); *c*) del requisito liberale-laico della autodeterminazione informata, poiché Eluana non fu certo informata e, comunque, non era consapevole che l'interruzione del cibo e dell'acqua avrebbe provocato l'orribile morte per fame e sete con agonia anche quindicinale (*docet* l'allucinante fotoregistrata agonia di Terry Schiavo); *d*) della persistente *attualità* dell'asserito rifiuto, perché sarebbe stato espresso non entro i suddetti 3 0 5 anni precedenti, ma risalirebbe a circa 20 anni prima, e perché esiste una incolmabile differenza tra una volontà espressa in un lontano momento di benessere o quando la non incombenza dello stato patologico consentiva solo una valutazione astratta, distaccata da tale situazione, e la persistenza di tale volontà nella reale situazione patologica di una vita che fugge ed a una tale distanza cronologica, psicologica, esistenziale, del momento della sua attuazione. Con, altresì, una palese contraddizione tra pronunce della stessa Corte di cassazione, che nel 2006 nega validità per difetto di attualità al rifiuto specifico di emotrasfusioni di un testimone di Geova, documentato in un tesserino, e nel 2008 afferma l'attualità di un rifiuto presunto e del tutto generico, di età ventennale.

Ma anche con la profonda amarezza e sconcerto di tutti coloro (sottoscritto

compreso) che per decenni si sono battuti, sul piano culturale, giudiziario e legislativo, per l'affermazione dell'autentico principio della autodeterminazione: di fronte alla constatazione che, sotto l'enfaticizzata difesa del diritto di autodeterminazione, si è vanificato tale diritto, attraverso un costruito rifiuto, da parte di Eluana, del cibo e dell'acqua e una sua volontà di morire per sete e per fame, orribilmente. Senza alcuna effettiva prova, se non asseriti vaghi discorsi e brani di conversazioni, desunti da testimonianze, già ritenute generiche e, quindi, insufficienti dalla Corte d'appello di Milano in una precedente sentenza del 2006; e smentiti da altre testimonianze processualmente non emerse. Sarebbero questi gli elementi di prova: chiari, univoci e convincenti, richiesti dalla Corte di cassazione? E senza particolare originalità, poiché la storia gronda di casi in cui in nome della difesa dei diritti umani se ne pratica il disprezzo. Da qui l'interrogativo: se il supposto atto di volontà di Eluana avesse avuto per oggetto beni patrimoniali ai fini di una successione ereditaria, da nessuno sarebbe stato ritenuto un valido testamento successorio, mentre è stato considerato un valido testamento biologico, avendo avuto ad oggetto il bene primario della vita. Ebbene per certi giudici e certi ambienti culturali sostenitori di una «tale conquista di civiltà» i beni patrimoniali, i soldi, valgono di più e meritano una tutela superiore della vita umana? È questa l'amara morale del triste e strumentalizzato caso di Eluana Englaro?

C) In terzo luogo, l'affermazione del *principio* per cui il consentire e il rifiutare il trattamento sanitario non è più un *diritto personalissimo* e, quindi, esclusivo del soggetto, capace di intendere e di volere e cosciente, ma anche una «*potestà*» del rappresentante legale, al quale invece gli ordinamenti giuridici di civiltà e, di recente, anche la convenzione di Oviedo, resa esecutiva con la legge n. 145/2001, hanno sempre riconosciuto solo il potere-dovere di agire per la tutela innanzitutto della vita, oltretutto della salute del rappresentato, e non per la soppressione della stessa. E si è così aperta la prospettiva che la vita o la morte dei malati, minori o infermi di mente, dipendano dalle diverse etiche ed ideologie dei rappresentanti. *Docent* i misfatti, compiuti in altri paesi, di trapianti di rene di fanciullo gemello a fratello gemello, con la mera autorizzazione dei genitori.

D) In quarto luogo, l'emersione del *principio* per cui la *dignità* o la *non dignità della vita umana* viene legata allo stato di coscienza o allo stato di incoscienza del soggetto, scivolando così sulla china eugenetico-razzista della negazione totale di tale dignità ai dementi, agli psicotici, ai colpiti da *ictus*; o ad una graduatoria della dignità umana in base al criterio di una maggiore o minore coscienza. E col vuoto di memoria circa il fatto che il criterio della «vita

*non degna»*, enunciato da due illustri pensatori tedeschi nel 1922, fu il supporto del programma nazista eutanasi, che nel 1939-41 portò alla eliminazione di oltre 70.000 infermi di mente.

E con l'autorizzazione di ciò che non era giuridicamente autorizzabile in sede giudiziaria, perché *contra legem*, non solo si è violato il principio costituzionale della soggezione del giudice (soltanto, ma anche *sempre*) alla legge e stravolto il principio istituzionale della divisione dei poteri, ma si concorre ad incrementare l'erronea e preoccupante convinzione, in crescente espansione nella magistratura, che il giudice sia fonte del diritto e possa farsi le proprie leggi, e, negli operatori sanitari e nella pubblica opinione, che quanto sentenziato dai giudici su Eluana sia del tutto legittimo e legittimamente ripetibile rispetto ai tanti altri casi simili.

Ma, in verità, le strumentalizzazioni del triste caso di Eluana e la serie di forzature e di stravolgimenti, di diritto e di fatto, al triplice scopo di affermare la legittimità anche di rifiuti, presunti o indimostrati, della sospensione dell'alimentazione e della idratazione artificiali, nonché di morti giudizialmente autorizzate e programmate e medicalmente provocate con macabro rituale, hanno ottenuto l'effetto opposto, poiché in tanti hanno suscitato dolore e rifiuto, un senso di repulsione e di lesa umanità. E quindi sollecitato – per l'elementare legge di reazione umana – l'esigenza di una regolamentazione legislativa, subito espressa nel disegno di legge già approvato al Senato e che sancisce: 1) l'ammissibilità soltanto di un *rifiuto* anticipato, purché *espresso* e presenti tutti gli imprescindibili requisiti di forma e di contenuto sopraelencati; 2) il *divieto* della sospensione della alimentazione e idratazione artificiale nei soggetti in stato vegetativo; 3) la conseguente punibilità della provocata morte del dichiarante per i reati di omicidio (artt. 575 e 579 c.p.) in tutti i casi in cui il rifiuto non presenti i requisiti di legittimità dalla legge stabiliti.

Ed è proprio il divieto della sospensione della alimentazione e idratazione uno dei punti di maggiore contrapposizione tra: 1) i sostenitori dell'autodeterminazione assoluta, che, affermando il carattere sanitario della alimentazione ed idratazione artificiale, perché programmate e preparate su prescrizione medica, ne ritengono la sospensione lecita *ex art. 32 Cost.*, essa non essendo vietata da alcuna legge, né essendo tale alimentazione ed idratazione da alcuna legge previste come obbligatorie; 2) i sostenitori dell'autodeterminazione relativa, che dell'alimentazione e idratazione escludono sia il carattere terapeutico, perché non dirette a curare una malattia, sia il carattere sanitario, sia una forma di accanimento terapeutico, poiché costituiscono il *minimum* di assistenza di base, forme di sostegno vitale, fisiologicamente finalizzate ad alle-

viare le sofferenze sino alla fine naturale della vita, e praticabili a domicilio, da familiari, come il cibo e l'acqua ai soggetti non autosufficienti, quali gli infanti e i paralitici.

IV. A completamento della risposta al secondo quesito, appare fondato concludere che dalle forzature e dagli stravolgimenti giuridici, così intollerabilmente manifesti, operati dalle pronunce in questione, non può desumersi, in materia di disponibilità della vita umana, aperture ulteriori e più ampie di quelle costituenti realtà giuridiche già acquisite.

A) Un *primo dato*, giuridicamente acquisito, è che nel nostro ordinamento, come in tutti gli ordinamenti giuridici sufficientemente civili, vi è un doveroso spazio per l'autodeterminazione, anche come rifiuto anticipato di trattamenti sanitari, purché espresso ed informato, formalizzato ed univoco nei suoi requisiti di attendibilità. Ma non per rifiuti presunti o, comunque, inattendibili per carenza di tali requisiti o, peggio ancora, pronunciati da rappresentanti legali, poiché costituiscono la negazione dell'autodeterminazione e nascondono torbide vocazioni per eutanasie non consensuali. Non importa se fiancheggiate da pronunce giudiziarie, auspicabilmente non ripetibili per la loro intollerabilità giuridica.

B) Un *secondo dato*, giuridicamente acquisito, è che il *rifiuto di trattamenti sanitari* (il c.d. trascurarsi, non curarsi, lasciarsi morire) sta ad indicare – come già accennato – non un diritto al suicidio, ma soltanto che la salute non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Ciò in quanto non esiste un obbligo giuridico di curarsi (altro è il discorso sul piano etico), in quanto: a) nel catalogo chiuso dei doveri, previsti dalla Costituzione, non è previsto un tale dovere; b) i trattamenti sanitari obbligatori, di cui all'art. 32 Cost., sono solo quelli prevista dalle legge e limitati, secondo concorde dottrina, ai casi di coincidenza della salvaguardia della salute individuale e della salute collettiva (così per le vaccinazioni obbligatorie contro le malattie contagiose); c) di fatto, l'obbligo giuridico di curarsi (indeterminato, incontinibile, in buona parte inesigibile) aprirebbe le porte ad un sistema totalitario di imposizioni, divieti, controlli, coinvolgenti l'intero modo di vita del soggetto (alimentazione, vestiario, lavoro, divertimento, sesso, ecc.).

C) Un *terzo dato*, giuridicamente acquisito, è che il c.d. *diritto al suicidio*, per mano propria o per mano altrui (il c.d., eufemisticamente, suicidio assistito quale asserita mera modalità organizzativa del proprio suicidio), rivendicato da sostenitori della autodeterminazione assoluta più radicale, è incompatibile col nostro ordinamento *de iure condito* e *de iure condendo*.

È incompatibile de *iure condito*: 1) perché il suicidio appartiene alla categoria né degli atti giuridicamente leciti, né agli atti giuridicamente illeciti, bensì degli *atti giuridicamente tollerati*; 2) perché gli atti giuridicamente tollerati si differenziano per disciplina legislativa: *a*) sia dagli *atti leciti*, tali in quanto sono giuridicamente autorizzati o imposti, perché socialmente utili o necessari, che costituiscono quindi, *ex art. 51 c.p.*, esercizio di un diritto o adempimento di un dovere; e sono scriminanti, perciò, *ex art. 119 c.p.*, rispetto agli autori e ai concorrenti; *b*) sia dagli *atti illeciti*, perché vietati e sanzionati, in quanto socialmente dannosi; e quindi sono punibili, oltre che rispetto agli autori, anche *ex art. 110 c.p.* rispetto ai concorrenti; 3) perché gli atti giuridicamente tollerati costituiscono pur sempre giuridicamente un disvalore, ma i loro autori non sono punibili per ragioni di mera opportunità, mentre sono punibili tutti coloro che agevolano e favoriscono tali atti.

Esempi paradigmatici di atti giuridicamente tollerati, perché costituenti pur sempre un disvalore giuridico: *a*) l'esercizio della prostituzione, perché offensivo della dignità della persona umana, degradata a mero organismo sessuale, ma non punibile, mentre sono punibili gli istigatori, agevolatori e sfruttatori; *b*) l'uso personale della droga, perché offensivo di tutta una serie di beni individuali, sociali, pubblici, ed essendo inconcepibile la società dei drogati-decerebrati; ma in molti paesi non punibile, mentre punibili sono le attività favoreggiatrici, dalla narcoproduzione al narcotraffico; *c*) la compravendita e il traffico di parti anatomiche per il trapianto, sia per la ripugnanza collettiva per la commercializzazione del corpo umano, sia per le conseguenti odiose disuguaglianze tra malati ricchi e malati poveri, bisognosi di trapianti; punibili rispetto non ai venditori e compratori, ma agli autori della mediazione lucrativa.

Ma esempio altamente paradigmatico, è, in particolare, il suicidio, che è giuridicamente un disvalore, ma non è punibile il suicidio mancato, sia per la ragione pratica che la pena può costituire la spinta ad una più efficace programmazione del suicidio o a ritentare l'atto suicidario, sia perché si tratta in genere di soggetti bisognosi di tanto aiuto. Ma punibili sono: *a*) l'istigazione e l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente (artt. 580, 579 c.p.); *b*) le pubblicazioni e le trasmissioni radiotelevisive, destinate a fanciulli e adolescenti, idonee all'incitamento al suicidi, oppure a contenuto impressionante, tale da poter provocare il diffondersi di suicidi (artt. 14 e 15 L. n. 47/1948 e L. 223/1990); *c*) la pubblicazione su giornali periodici di ritratti di suicidi (art. 114-117 T.U. di P.S. del 1933); *d*) i maltrattamenti in famiglia quale causa non dolosa di suicidio (art. 572/2 c.p.). Pertanto, il suicidio non è garantito come

un diritto di libertà, ma costituisce una mera libertà negativa, di fatto, essendo il mancato suicida non perseguibile penalmente.

Ma il suicidio non potrebbe essere riconosciuto come diritto di libertà neppure *de iure condendo*: 1) sia perché sul piano di fatto tale preteso diritto viene fondato su una postulata libertà di autodeterminazione, mentre la cruda realtà sta a dimostrare che la causa pressoché esclusiva dei suicidi è costituita da psicopatologie (innanzi tutto da psicosi depressive), che escludono la capacità di intendere e di volere; e che, comunque, i soggetti con tendenze suicide sono soggetti bisognosi di aiuto, più che neoilluministi che esercitano un loro inviolabile diritto naturale all'autodistruzione; 2) sia perché sul piano giuridico il diritto al suicidio implica una serie di corollari, inaccettabili da qualunque ordinamento giuridico non nichilista, non necrofilo. E cioè: *a*) la *liceità del suicidio per mano altrui*, ossia dell'omicidio del consenziente; *b*) la conseguente *liceità dell'uccisione* – da parte di ciascuno di noi, medico o non medico, e sulla base di una semplice richiesta o consenso del soggetto – di un numero senza limite, di un'infinità di persone, malate o sane, anziane o giovani, desiderose, per le più diverse ragioni, di cessare di vivere, ma senza il coraggio o la possibilità materiale di farlo; *c*) la *vanificazione*, in nome dell'affermazione teorica del diritto alla morte, della esigenza dell'*accertamento della validità del consenso*: estremamente difficile, se non impossibile, nella maggioranza dei casi, date le condizioni psichiche in cui versano gli aspiranti suicidi; *d*) l'*inviolelabilità* e addirittura la *garanzia costituzionale* (*ex art. 2 Cost.*) di siffatto diritto, *azionabile* come pretesa verso lo Stato, obbligato ad apprestare le strutture – in nome del principio costituzionale di eguaglianza – per l'uccisione di chi non è in grado di farlo di persona col conseguente obbligo per i medici delle strutture pubbliche di provvedervi; *e*) la punibilità dell'*intervento di salvataggio* come delitto di violenza privata e dell'applicabilità della *scriminante della legittima difesa* a favore di chi sta attuando il proposito suicida, che reagisca violentemente contro chi tenta di impedirgli di suicidarsi.

In breve, ci troviamo di fronte ad una serie di implicazioni derivanti da una così assoluta disponibilità della vita, che appaiono inaccettabili da parte non solo di alcun ordinamento giuridico, ma dalla gran parte delle persone e degli stessi minoritari sostenitori del diritto al suicidio, che si limitano in genere a rivendicare tale diritto per legittimare soprattutto l'eutanasia attiva consensuale dei malati terminali e gravemente sofferenti. Rivendicazione, non necessaria e per eccesso anche ai fini di tale legittimazione e forse senza coglierne, non sempre, la totalità delle implicazioni.

D) Un *quarto dato*, giuridicamente acquisito, è la necessità di operare,

all'interno del generico e ambiguo concetto di *eutanasia*, le seguenti distinzioni tra: 1) l'*eutanasia pura* (o *paraeutanasia*), consistente nella morte naturale, resa indolore o meno dolorosa dalla medicina palliativa. E che non ha mai creato problemi giuridici di liceità, poiché scopo della medicina moderna non è solo il guarire o il procrastinare il più possibile la morte, ma anche l'aiutare il malato «non a morire», ma «nel morire», alleviandone cioè la sofferenza: a vivere questa ultima esperienza terrena nel modo più umano possibile fisicamente e spiritualmente; 2) l'*eutanasia attiva non consensuale*, consistente nel cagionare la morte, possibilmente indolore, del malato incurabile e gravemente sofferente mediante un comportamento attivo: senza o contro la sua volontà. E che è la forma più grave di eutanasia, da punire severamente come omicidio doloso (premeditato e, spesso, pluriaggravato). Perché lede il triplice diritto: *a*) il diritto alla vita, per quel tanto che ancora residua; *b*) il diritto, in qualche misura, all'autodeterminazione, poiché si uccide un soggetto senza o contro la sua volontà; *c*) il diritto di vivere il proprio morire: cioè l'esperienza, unica ed irripetibile, della propria morte naturale, conciliatrice, liberatoria od angosciante;

3) l'*eutanasia attiva consensuale* (edulcorata con la slealtà semantica del suicidio assistito), che costituisce il vero e più dibattuto problema eutanasiaco. I sostenitori invocano il triplice argomento: *a*) della pietà verso il malato incurabile e sofferente o incapace di una «vita degna»; *b*) l'autodeterminazione del soggetto; *c*) o addirittura, secondo le posizioni più radicali, il diritto al suicidio.

Gli oppositori contrappongono più tenaci argomenti: *a*) l'argomento di principio dell'intangibilità della vita umana come valore in sé, tanto più per mano altrui, perché il male derivante dalla perdita del rispetto della vita umana è incommensurabilmente superiore ai contingenti e fallaci vantaggi, ritenuti ricavabili dalla pena di morte, dall'aborto, dall'eutanasia. Ciò in quanto lo stesso divieto di uccidere viene scosso nella sua necessaria tabuizzazione, con fatale indebolimento della percezione sociale del valore della vita, la possibilità di tragici abusi e il disimpegno pubblico nell'assistenza dei morenti; *b*) gli argomenti di ordine pratico della incontenibilità della eutanasia pietosa, dilatantesi sulla scivolosa china dei «passi successivi» a categorie sempre più ampie di malati (*docet* l'esperienza del caso Olanda); degli imponenti progressi della medicina palliativa, che rende sopportabile il dolore prima insopportabile e accettabile la residua vita; dell'estrema difficoltà di accertare la reale volontà, libera e definitiva, del «voglio morire», che può celare, spesso, una disperata richiesta di vicinanza e solidarietà; nonché della fatale burocratizzazione dell'eu-

tanasia in una sbrigativa opposizione di un visto (come insegna la prassi dell'aborto); c) gli *argomenti di opportunità dell'intorpidimento dell'identità*, morale e professionale, del medico, investito del potere di uccidere; del fatale *aumento di sfiducia* nella classe medica, sapendosi che il medico può infliggere il colpo di grazia sulla base di consensi dubbi, presumibili, prestati o attestati da altri (vedi il caso Eluana). Anche per liberare corsie ospedaliere o parenti da gravosi oneri e con la tendenza alla fuga dal pubblico ospedale quando per il paziente le cose volgono al peggio, per il timore di essere eutanasiato; d) gli *argomenti giuridici*, poiché, *de iure condito*, l'eutanasia attiva consensuale costituisce i delitti di omicidio del consenziente o di omicidio doloso comune, spesso non ricorrendo i rigorosi estremi dell'omicidio consensuale nei malati terminali, gravemente sofferenti, non curabili. E continuerà, verosimilmente e a meno di imprevedibile sorprese, a costituire tali delitti pure in futuro. Anche se le severe pene oggi applicabili pongono il giudice di fronte al dilemma di applicare pene sentite come eccessive o di trovare espedienti per forzare la legge e pervenire anche ad assoluzioni non giustificabili, pure sotto il profilo della generalprevenzione. Sicché la soluzione più corretta appare quella, adottata anche dal Progetto di un nuovo codice penale del 1992, di distinguere tra l'eutanasia attiva non pietosa ma di comodo, punita come omicidio doloso comune, non essendovi ragione per indulgere, ed eutanasia attiva autenticamente pietosa (ben definita da precisi requisiti) punita meno severamente; 4) l'*eutanasia passiva consensuale*, espressione forse impropria, perché si tratta del rifiuto dell'attivazione o continuazione delle terapie, ammissibile presenti i precisi requisiti e nei limiti già indicati per il rifiuto espresso nell'attualità della malattia o attraverso le dichiarazioni anticipate di trattamento. Al contrario, l'*eutanasia passiva non consensuale* va sottoposta allo stesso trattamento giuridico, già indicato per l'eutanasia attiva non consensuale.

E) Un *quinto dato*, parimenti acquisito sul piano fenomenologico-statistico e da indicare per completezza argomentativa, è che l'eutanasia attiva, come il diritto al suicidio, più che un'esigenza proveniente dal basso, è soprattutto la teorizzazione ideologica e intellettualistica di chi sta bene e disquisisce negli atti intellettuali, lontani dai luoghi della vita che fugge. Nella realtà il problema è pressoché inesistente come attestano gli oncologi, i medici dei malati terminali, i volontari dell'assistenza e le ricerche in materia: 1) perché le *richieste eutanasiche* sono del tutto eccezionali in quanto, anche per l'elementare principio di autoconservazione, la pressoché totalità dei malati pretende dai medici il massimo sforzo terapeutico, fino al miracolo; 2) perché le eccezionali richieste eutanasiche provengono soprattutto da malati non circondati

da presenze amorevoli, ma abbandonati e soli nella fase più drammatica della loro vita e non aiutati da adeguate cure palliative; 3) perché la *media dei suicidi* tra gli ammalati di cancro è di gran lunga inferiore a quella nella popolazione sana; e il desiderio del suicidio, manifestato nei primi mesi della diagnosi, viene meno in seguito alla terapia antidolorifica.

V. Circa il *primo quesito*, la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione nei soggetti in stato vegetativo può configurare il delitto di omicidio doloso. E lo configura – come affermato anche da emeriti Presidenti della Corte costituzionale – nel caso di Eluana Englaro:

A) perché *sul piano oggettivo*: 1) Eluana era persona *viva*: *a*) perché non era intervenuta la *morte encefalica*, come richiesta dalla legge; il circolo e il respiro proseguivano spontaneamente; e normale era il ritmo sonno-veglia; *b*) il corpo era *sano*, per l'assenza di patologie rilevanti e le persistenti buone condizioni di salute fino al momento del trasporto ad Udine (che smentiscono le asserite gravi condizioni, che avrebbero richiesto la procedura d'urgenza del ricovero udinese); con ritorno mestruale, assenza di decubito dopo 17 anni di giacenza in letto, peso corporeo sui 56-57 Kg prima di tale trasporto e sui 53 (e non 40 come è stato detto) al momento del decesso; *c*) il peso del cervello – la notizia più grave se vera – era uguale a quello di persona normale, mentre i medici filoeutanasi avrebbero assicurato che la ragazza non avrebbe sofferto, perché il suo cervello, quale quello di Terry Schiavo, era ridotto almeno alla metà del suo peso normale; 2) la sospensione dell'alimentazione e idratazione è stata *causa certa* della morte; 3) non è configurabile la *scriminante dell'esercizio* del diritto, fondata sull'autorizzazione dei giudici milanesi: *a*) poiché trattasi di autorizzazione *contra legem*, sia innanzi tutto se si ritiene tale sospensione vietata, sia comunque qualora la si ritenga legittima, se consentita dal soggetto, in quanto l'asserito rifiuto della alimentazione e idratazione, attribuito ad Eluana, manca, come già dimostrato, dei requisiti minimi per l'attendibilità e, quindi, per la legittimità dello stesso; *b*) in ogni caso, la pronuncia della Corte civile di appello non è *vincolante* per il giudice penale e il conflitto tra il giudizio civile e il giudizio penale è imputabile alla illegittimità del primo;

B) perché *sul piano soggettivo*: 1) nei soggetti esecutori della sospensione dell'alimentazione e della disidratazione e nei soggetti concorrenti vi è stata l'incontestabile coscienza e volontà di cagionare, in tal modo, la morte, programmata, di Eluana, e, quindi, la sussistenza del *dolo di premeditazione*; 2) non è configurabile nei loro confronti neppure la *scriminante putativa* dell'esercizio del diritto, cioè di credere erroneamente di tenere una condotta

giuridicamente autorizzata, e, quindi, lecita: a) perché trattasi di errore non inevitabile e perché per il dolo di omicidio basta anche il *dubbio* sulla liceità della sospensione dei suddetti trattamenti e, quindi, il dolo eventuale; b) perché quanto meno un tale dubbio era incontestabilmente presente nei suddetti soggetti, stante il lacerante dibattito, umano, scientifico e giuridico, accessosi nelle più varie sedi, le autorevoli critiche mosse alle pronunce giudiziarie in materia, il rifiuto espresso da molte strutture sanitarie e da Regioni di effettuare la sospensione della alimentazione e idratazione di Eluana, gli interventi contrari di Ministri e la presentazione di un decreto legge di divieto; c) perché nel dubbio vale il principio di precauzione: *in dubio pro vita*.

E a completamento del suddetto quadro di stravolgimenti giuridici, con esemplare coerenza il GIP udinese ha emesso, su richiesta del Pubblico Ministero, il decreto di archiviazione, con una ancor più sconcertante motivazione, poiché, verosimilmente convinto della totale insostenibilità della nebulose tesi del rifiuto, espresso o presunto di Eluana, ha ripiegato sulla duplice peggiorativa argomentazione, stando alle notizie mediatiche, se vere: a) che «la prosecuzione dei trattamenti di sostegno vitale di Eluana Englaro non era legittima in quanto contrastante con la volontà espressa dai legali rappresentanti della paziente, nel ricorrere dei presupposti in cui tale volontà può essere espressa per conto dell'incapace»: con un totale stravolgimento del magistero del rappresentante legale, così investito dei tremendi poteri di vita o di morte sul rappresentato a seconda delle sue etiche, ideologie, note caratteriali e convinzioni personali sulla dignità dell'altrui vita, che tristemente rievocano il primordiale *ius vitae et necis* del *pater familias* romano; 2) che il decesso di Eluana non è stato «conseguenza di pratiche diverse da quelle autorizzate e specificate nei provvedimenti giudiziari», elevando così tale provvedimento *contra legem* a sentenza di condanna a morte e l'osservanza del macabro rituale ivi sancito a legittima esecuzione di tale condanna. *Et lux facta est?* O al divieto costituzionale della pena di morte pubblica viene a sostituirsi il diritto di morte privata?

E per non disperare, vivo è l'auspicio che tutti coloro che hanno contribuito alla morte di Eluana e i *laudatores* di siffatta «conquista di civiltà» prendano chiara coscienza che col caso Eliana si è aperta una scivolosa china di implicazioni, al fondo della quale possiamo trovare abominevoli realtà. E che con siffatte pronunce (assieme al moltiplicarsi di tante altre sentenze creative di diritto extralegislativo ed ideologiche) la sondata sfiducia nella magistratura di tre persone su quattro di quel Popolo, in nome del quale la giustizia viene amministrata, rischia di diventare di quattro persone su quattro. E rende

sempre più urgente il rientro, spontaneo o sospinto, di certa magistratura nel proprio alveo istituzionale abbandonato. Nell'interesse oltre che della giustizia della stessa magistratura. O forse siamo di fronte alla grande e più generale bugia di un mondo che, perduta la «pietà per la morte», invoca «la morte per pietà».

dott. Amedeo Santosuosso  
Consigliere della Corte d'Appello di Milano

1. *Due storie (Piergiorgio Welby e Eluana Englaro) e...* - A ottobre 2007 due notissime vicende giudiziarie, quella di Piergiorgio Welby e quella di Eluana Englaro, hanno uno sviluppo che segna indiscutibilmente il percorso del riconoscimento dei diritti delle persone sul proprio corpo in Italia: il Giudice dell'Udienza Preliminare di Roma assolve il medico che ha disconnesso Welby dal respiratore, secondo la sua esplicita e contestuale richiesta, e la Corte di Cassazione accoglie il ricorso del padre tutore di Eluana Englaro, che chiede, secondo le opinioni espresse da Eluana prima del coma, di essere autorizzato a interrompere l'idratazione e la nutrizione parenterale della figlia, che giace in stato vegetativo da quindici anni.

Se si vuole andare a cercare un tratto comune tra le due decisioni dell'ottobre 2007, direi che lo si può trovare nell'attitudine di questi giudici a superare gli sbarramenti ideologici, o cosiddetti di principio, e a confrontarsi con la concretezza delle questioni portate alla loro attenzione alla luce di principi costituzionali. Il GUP indaga approfonditamente la volontà di Piergiorgio Welby e, nel caso Englaro, si analizzano finalmente i poteri del tutore, che, prima affermati, poi negati e da ultimo riabilitati, nessuno fino a quel momento si era preso la cura di andare a studiare.

Le decisioni sono invece diverse perché la prima è presa in sede penale e la seconda in sede civile. Mi pare che proprio questa diversità di contesto e linguaggio giuridico, a parità invece di apertura sostanziale alle istanze dell'auto-determinazione dei soggetti coinvolti, si presti a qualche riflessione su alcune (a mio avviso ingiustificate) diversità degli apparati concettuali di riferimento in ambito civile e penale.

Vale la pena ripercorrere rapidamente la struttura essenziale dei due provvedimenti e sottolinearne solo alcuni punti (fermo restando che un pieno commento su di essi richiederebbe ben altro spazio).

Nel caso Englaro la Corte di Cassazione pronuncia una sentenza certamen-

te complessa ed esaustiva, della quale però un punto solo è decisivo, nel senso di avere la capacità di definire l'orizzonte e il piano del discorso e di incanalare l'argomentazione. Vale la pena di porlo in evidenza. I giudici, dopo avere ripercorso la vicenda processuale nelle ultime due decisioni (Tribunale di Lecco e Corte d'Appello di Milano, rispettivamente la sesta e la settima sul caso) e illustrato i motivi a sostegno del ricorso per Cassazione, scartano nettamente con questo passaggio:

*“I motivi in cui si articolano il ricorso principale ed il ricorso incidentale [...] investono la Corte – oltre che del quesito se la terapia praticata sul corpo di XXX YYY, consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, sull'asserito rilievo che si verserebbe in fattispecie di trattamento invasivo della persona, senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perché oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica – anche della questione se ed in che limiti, nella situazione data, possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opinioni a suo tempo espresse da XXX su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona. Quest'ultima questione è preliminare in ordine logico. Dall'esame di essa, pertanto, conviene prendere le mosse”.*

La Corte, in verità, non spiega in termini espliciti perché sia preliminare “in ordine logico” partire dalla volontà del paziente, ma compie un'operazione di *framing* che risulta subito chiara. Quando sono in discussione trattamenti sanitari, e quale che sia la condizione attuale del paziente (cosciente e capace o stabilmente incapace), la volontà della persona è il criterio fondamentale. Esso è fondato sugli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione italiana, sulla Convenzione di Oviedo, sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed è “ben saldo nella giurisprudenza” della Corte stessa. In forza di ciò esso è capace di ordinare il discorso giuridico in tutte le sue articolazioni conseguenti e non è una tra le varie opzioni possibili, concorrente con altri criteri o diritti, come il diritto alla vita, la dignità della persona o altro. Esso è *il* criterio cardine e, come tale, non è suscettibile di soccombere in un bilanciamento con diritti di pari rango.

Compiuta questa scelta, tutti gli altri profili giuridici sono oggetto non di un bilanciamento vero e proprio, ma di attenta considerazione, analisi e risposta. Si veda il passaggio nel quale la Corte arriva a considerare il caso in cui il paziente sia in stato di incapacità:

*“In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l’effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente. E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l’urgenza dell’intervento derivante dallo stato di necessità, l’istanza personalistica alla base del principio del consenso informato e il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati”.*

In tal modo la Corte non solo prospetta un inquadramento dei temi della decisione clinica quando il paziente non è capace, ma lo fa fondandolo sul *principio di parità di trattamento*, e risponde così al dubbio di costituzionalità che più volte era stato prospettato, anche dalla difesa del padre-tutore, per violazione del principio di uguaglianza tra i soggetti capaci e quelli non capaci. Alla fine di tutto, la questione è sempre quella affrontata dalla corte del New Jersey nel caso Quinlan negli anni Settanta: una persona in stato di stabile incapacità non perde, per ciò solo, i diritti che ha chi è capace. La Cassazione fa finalmente chiarezza sul punto.

Tutto ciò non è la conclusione del discorso, ma ne costituisce in qualche modo l’inizio. In altri termini la Corte, affermata la centralità della volontà del paziente, si trova ad affrontare il problema di come tale volontà possa formarsi e esprimersi quando il paziente sia in stato di incapacità. Due erano le questioni da risolvere. La prima, quella di chi possa essere il soggetto giuridico in grado di garantire *il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica*, viene risolta ribadendo e confermando, in sede di legittimità, quanto statuito dalla Corte d’Appello di Milano nella sua prima decisione (31 dicembre 1999), con riferimento alla disposizione dell’art. 357 cod. civ., “la quale – letta in connessione con l’art. 424 cod. civ. –, prevede che ‘Il tutore ha la cura della persona’ dell’interdetto, così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell’incapace”.

La seconda era quella di “stabilire i limiti dell’intervento del rappresentante legale”. Si tratta di una questione che i giudici del 1999 avevano aperto e che mi era parsa immediatamente come decisiva [A. Santosuosso, *Nota a Corte d’Appello di Milano 26/11/99-31/12/99*, in *Foro it.*, 2000, I, 2022], ma che è rimasta ignorata per otto anni. La Corte riannoda il filo con quella decisione

della Corte milanese e, finalmente, indaga questo aspetto. Ed è anche interessante notare come a proposito del necessario dualismo del processo decisionale in medicina e di poteri del tutore vi sia sintonia tra la Corte di Cassazione e la relazione del *Gruppo di lavoro sui trattamenti di nutrizione-idratazione artificiali delle persone in stato di perdita irreversibile della coscienza*, istituito con Decreto del Ministro della Sanità, Prof. U. Veronesi, del 20/10/2000. Si legge in un passo di quella relazione:

*“Il potere del rappresentante legale è sicuramente sottoposto a vincoli che il rappresentato non incontrerebbe nell’esercizio diretto. Così, ricorrendo ancora all’abusato ma sempre efficace esempio dei Testimoni di Geova, il soggetto adulto e capace può rifiutare l’emotrasfusione anche salvavita, ma il tutore Testimone non può rifiutare, in nome delle proprie convinzioni, l’emotrasfusione per l’interdetto adulto che non condivide quel credo religioso, mentre potrebbe porsi il problema per l’interdetto di cui si sappia che in passato sia stato Testimone di Geova, anche senza che abbia lasciato una documentazione della sua volontà”.*

La Corte fissa i seguenti punti:

- il carattere personalissimo del diritto alla salute dell’incapace comporta che il riferimento all’istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza;
- nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell’incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell’esclusivo interesse dell’incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non “al posto” dell’incapace né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace;
- nel ricostruire la volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, deve tenere conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero deve inferire quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche;
- la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita;
- il tutore, però, non può nemmeno trascurare l’idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte.

Posti al centro le *volontà* e i *desideri espressi*, lo *stile di vita*, le *inclinazioni*, i

*valori di riferimento, le convinzioni etico religiose e culturali*, risulta sdrammatizzata anche l'opposizione tra criteri oggettivi e soggettivi di decisione, in quanto tutto, anche l'idea di dignità, è soggettivizzata in relazione alla persona del paziente attraverso la ricostruzione e la lettura che ne dà il tutore. In tal modo è anche preparato il terreno per una corretta e ragionevole valorizzazione delle volontà precedentemente espresse da Eluana Englaro e ricostruite nell'istruttoria davanti alla Corte d'Appello di Milano (che poi non ne ha tenuto conto nella decisione finale).

È difficile non essere d'accordo con questa prospettiva. Personalmente ho sempre pensato che equiparare pienamente la volontà espressa in condizioni di capacità, e a seguito di adeguata informazione, con le volontà espresse in condizione di benessere e destinate a essere operative una volta intervenuta la stabile incapacità, fosse una forzatura poco proficua. Al contrario, se si parte dalla affermazione della strutturale necessità che la decisione medica sia frutto dell'interazione tra due centri decidenti, quello del medico e quello del paziente, e se si attribuisce il potere di esprimere gli interessi del paziente a un soggetto *ad hoc*, tutte le precedenti volontà e espressioni della personalità del paziente tornano di estrema utilità.

Proprio secondo questo ordine di idee la Corte censura il decreto impugnato della Corte d'Appello:

- perché “ha omesso di ricostruire la presunta volontà di XXX e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua personalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti”;
- perché “la Corte territoriale – a fronte dell'indagine istruttoria, nella quale è stato appurato, per testi, che XXX, esprimendosi su una situazione prossima a quella in cui ella stessa sarebbe venuta, poi, a trovarsi, aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma – si è limitata a osservare che quei convincimenti, manifestatisi in un tempo lontano, quando ancora XXX era in piena salute, non potevano valere come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale in ordine ai trattamenti praticati sul suo corpo”;
- perché non ha “affatto verificato se tali dichiarazioni – della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di XXX e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici,

- religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive”;
- perché i giudici hanno, in sintesi, “omesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia”.

A tale proposito è degno di nota il profilo che emerge della figura del tutore. Fatte le debite distinzioni tra rappresentanza civilistica (da escludere nei diritti personalissimi), potere di cura e cura della persona (per le quali sia consentito rinviare a A. Santosuosso – G.C. Turri, *La trincea dell'inammissibilità, dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, maggio 2006, parte I, 477-485), rimane una figura che, insieme a quella dell'amministratore di sostegno, legittimamente, e già allo stato della legislazione, “sta” per il rappresentato nel confronto con i medici e che, nello stesso tempo, rappresenta l'unica via attraverso la quale le volontà, i desideri, gli stili di vita e il migliore interesse del paziente hanno modo di “stare” nei confronti dei medici stessi. In questa prospettiva al tutore sono rimesse *sia* la funzione di portatore e garante della “esecuzione” delle volontà espresse dal diretto interessato, *sia* la funzione di interprete di profili più complessi delle mere “dichiarazioni”, come sono gli stili di vita e le convinzioni etico religiose. Il tutto, naturalmente, deve accadere sotto il controllo del giudice, come è detto chiaramente nel principio di diritto enunciato dalla Corte.

La sentenza è uno straordinario (non compreso, anzi ottusamente avversato a livello politico) contributo al dibattito in sede parlamentare sulle direttive anticipate. La prospettiva della Corte, con il suo limpido argomentare, affronta anche la questione di come debba essere risolta, alla luce dei principi costituzionali, la possibile divergenza tra l'opinione del rappresentante e quella dei medici. La volontà del rappresentante, in quanto previamente autorizzata dal giudice, prevale su quella del medico, così come prevarrebbe se la persona fosse cosciente e capace. La decisione della Corte mostra come, sulla base del tessuto costituzionale (nazionale e transnazionale), buona parte del contenuto della legge da approvare sia già diritto vigente, suscettibile di essere applicato dai giudici della Repubblica.

In definitiva, la Corte delinea un quadro di riferimenti costituzionali che negli anni successivi si è ulteriormente rafforzato, come è evidente ove si pensi alla sentenza della Corte costituzionale n. 438/2008 e all'entrata in vigore, l'1 dicembre 2009, del Trattato di Lisbona che dà valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

È interessante passare alla decisione del caso Welby per osservare come questo quadro costituzionale prenda corpo in ambito penalistico.

Nel caso Welby il GUP di Roma emette una sentenza di non luogo a procedere nel procedimento a carico del dott. Mario Riccio, imputato di omicidio del consenziente su ordine del 7 giugno 2007 del GIP di Roma, che non aveva accolto la richiesta di archiviazione della Procura della repubblica. Il giudice sviluppa il suo ragionamento attraverso i seguenti principali passaggi:

- in primo luogo, descrive minuziosamente lo svolgimento della vicenda e soprattutto le condotte e le manifestazioni di volontà di Piergiorgio Welby, fino alla morte. È un racconto lungo (18 pagine), strettamente aderente alle risultanze documentali e testimoniali, e reso ancora più drammatico dalla scelta del giudice di non aggiungere alcuna enfasi;
- dà, poi, conto delle risultanze dell'accertamento medico-legale, che conferma quanto riferito dai testi presenti e quanto documentato da un diario clinico che il Dott. Riccio aveva tenuto contestualmente allo svolgersi dei fatti;
- afferma, quindi, che in sede civile e penale ci si deve confrontare con i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico e, alla luce di questo corretto orientamento, si fa poi carico di analizzare i precedenti provvedimenti presi nella stessa vicenda, anche in sede civile. E confuta, quindi, sia il sovvertimento della gerarchia delle fonti che è sotteso all'ordinanza *ex art.* 700 c.p.c. (quella del 16 dicembre 2006, che finisce con il subordinare le norme di rango costituzionale a quelle codicistiche) sia l'equivoco ricorrente a proposito dello stato di necessità, che "non impone alcun obbligo di intervento" e che non può essere usato in modo sistematico in modo da vanificare il diritto di autodeterminazione del paziente;
- affronta, infine, i vari profili penalistici e giunge alla conclusione che, nel caso di specie, "certamente la condotta posta in essere dall'imputato integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente", che "del reato contestato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente", ma che "nel caso concreto appare sussistere anche la scriminante di cui all'art. 51 c.p." [adempimento di un dovere].

La sentenza si segnala, del tutto positivamente, per lo scrupolo con il quale il giudice indaga e ricostruisce la volontà di Piergiorgio Welby. Ho sempre trovato strano che si potesse decidere e persino rigettare una richiesta come quella di Welby senza un colloquio diretto del giudice con il diretto interessa-

to. Il GUP di Roma colma questa lacuna e, quanto a scrupolo e accuratezza, si colloca sulla scia della collega inglese nella decisione della *Family Division* della *High Court* nel caso di Ms B (*Ms B and An NHS Hospital Trust* [2002] EWHC 429). La sentenza però riproduce un argomentare penalistico sul quale vorrei portare l'attenzione.

2. ... *una domanda (a proposito di Costituzione e diritto penale)* - Il GUP del caso Welby afferma che in sede civile e penale valgono i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico. Se questo è corretto, e a mio avviso lo è, sorge immediatamente una domanda: l'impianto costituzionale adottato dalla Cassazione nel caso Englaro è tale da incidere sui profili penalistici del caso Englaro e sul caso Welby?

Il Tribunale penale nel caso Welby risolve il problema ricorrendo a quella che, però, sembra un'ultima risorsa: la scriminante dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.). Si tratta di una scelta pesante e significativa, perché registra un conflitto di doveri del medico e dà la prevalenza a quel dovere che ha un fondamento costituzionale più forte (il rispetto dell'autodeterminazione), ma è comunque un'ultima risorsa, perché la condotta e l'elemento soggettivo del reato sono già affermati come esistenti. Così ragiona anche il giudice delle indagini preliminari di Udine che ha archiviato (11/1/2010) il procedimento a carico di Beppino Englaro e di altri 13 persone che hanno “*agito alla presenza di una causa di giustificazione e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p., come deve concludersi per la necessità di superare l'altrimenti inevitabile contraddizione dell'ordinamento giuridico che non può, da una parte, attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne l'esercizio* (Tribunale di Roma, sentenza 23 luglio 2007 [Welby, n.d.r.])”.

Quanto alla scriminante dell'adempimento del dovere, chi scrive non può che essere d'accordo, seppur con una accentuazione un po' diversa. In generale il soggetto consenziente all'omicidio, o il cui suicidio è agevolato, è un soggetto che prende parte a una relazione (con il medico) a partire da una posizione giuridica nella quale è titolare del diritto a non subire invasioni della propria sfera personale, sia dal punto di vista fisico che psichico, della libertà di disporre (sia pure entro certi limiti) del proprio corpo e, più in generale, di un diritto a ricevere trattamenti non solo per la sua salute fisica, ma anche per quella psichica. Il medico, per parte sua, vede fortemente modificato e ampliato il proprio campo di attività. Soprattutto, l'importante, e per certi versi decisivo, rilievo assunto dalla dimensione psicologica della salute ha avuto l'effetto di disancorare la sua professione dalla *oggettività* della patologia

organica e, quindi, ha, per un verso, ampliato i campi e i profili di intervento e, per altro verso, aperto la professione ad aspetti di *doverosità strettamente correlati al vissuto del paziente, e quindi alle sue richieste*.

Va considerato il caso (vedi Welby o Ms B o Nuvoli) in cui il soggetto, libero di determinarsi e capace di farlo, sia fisicamente impedito e, quindi, impossibilitato a dar seguito pratico alla propria volontà. Il punto decisivo è se un aiuto del genere possa essere considerato un atto medico e se possa rientrare nello statuto teorico e professionale del medico il provocare deliberatamente la morte di un paziente (che il codice deontologico vieta) o aiutare chi vuol togliersi la vita. A mio avviso non pare seriamente sostenibile che la medicina contemporanea, che si fa ormai carico degli aspetti psicologici della malattia e della salute in molti campi, tanto da giustificare in suo nome taluni interventi di chirurgia plastica, di fecondazione assistita, di interruzione della gravidanza o, finanche, di mutamento di sesso, ignori e volti le spalle alla sofferenza fisica e psichica estrema di chi, in prossimità della morte o essendo irreversibilmente in una condizione di totale inabilità, chiede, non potendo farlo autonomamente, l'aiuto del medico a interrompere i trattamenti con l'effetto di anticipare la morte. Anzi, mi pare che si possa andare più avanti: se, in generale, fuori dai casi di malattia in stato terminale, un medico può essere ritenuto professionalmente responsabile per il fatto di essere stato negligente nel non farsi carico della sofferenza psichica del paziente, e quindi per averla provocata o per aver omesso di alleviarla, si può allora dire che il farsi carico della sofferenza psichica del paziente prossimo al decesso o comunque impossibilitato ad agire autonomamente, che, nei termini visti sopra, chiede che siano interrotti i trattamenti, costituisca un dovere al quale il medico non possa sottrarsi.

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

Avevo posto questo ordine di idee per la prima volta in un mio risalente scritto [*Diritti dei pazienti e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, in C. Viafora (a cura di), *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutana-*

sia, Gregoriana Libreria editrice, Padova, 1996, 207 ss.], che riprendeva un mio intervento a un convegno del 1994, e non posso quindi che apprezzare il tipo di ragionamento svolto dal giudice del Tribunale di Roma. Ma devo dire anche che ora, a distanza di ben sedici anni, mi paiono maturi i tempi per porre una questione più profonda e precisa.

Dice il Tribunale di Roma che *l'elemento materiale è quello dell'omicidio del consenziente*, così come l'elemento soggettivo, e che solo la scriminante dell'art. 51 c. p. può togliere carattere illecito alla condotta posta in essere dal medico. Ma significa questo, per esempio, che una persona (medico o familiare) che dovesse eseguire una sentenza come quella Englaro o un'ordinanza come quella che (in sede civile) il Tribunale di Roma avrebbe potuto pronunciare nel caso Welby, commette il fatto materiale dell'omicidio e che non è integrato l'elemento soggettivo (avendo agito nell'idea di essere nel lecito perché vi era un provvedimento giurisdizionale che autorizzava quella condotta) oppure dovremmo necessariamente dire che è integrato sia l'elemento materiale sia quello soggettivo, ma che poi la condotta è scriminata in qualche modo?

Mi pare che, a ragionare solo in tal modo, si presupponga che il ragionamento penalistico rimanga o sia rimasto o possa rimanere identico, che vi sia o non vi sia una decisione che, come la sentenza Englaro, si fondi su un solido insieme di norme costituzionali. Oppure si può dire, tornando a ragionare in termini di esistenza o meno dell'elemento soggettivo, che quello che conta è l'esistenza di una sentenza autorizzatoria, quale che ne sia il percorso giuridico e quindi, anche se la decisione prescindesse – in ipotesi teorica che non si può escludere – totalmente da fondamentali riferimenti costituzionali.

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

Se così fosse bisognerebbe affermare che gli assunti teorici e la basi concettuali del diritto penale prescindono dal livello e dai contenuti costituzionali. Per la verità, devo confessare che, leggendo qua e là alcune sentenze e alcuni autori penalisti, ho avuto proprio questa impressione, ma ho sempre pensato che essa dipendesse da una mia mancanza di informazione e conoscenza della materia, tanto la cosa avrebbe dell'incredibile.

In termini ancora più chiari, mi sentirei di formulare la questione così: è possibile che una condotta conforme a Costituzione debba necessariamente

costituire il fatto materiale di un reato? Certo, l'area dell'illiceità penale può restringersi per l'applicazione di una scriminante, ma allora come una condotta conforme a Costituzione può avere riflesso in una scriminante?

Mi pare che quando, nel diritto penale, si parla di fatto materiale si parli in realtà di un aspetto della realtà naturale che è oggetto di precomprensione attraverso l'utilizzo di categorie concettuali (giuridiche e non) date, categorie che non vengono discusse tutti i giorni e che perciò ci appaiono come naturali. È la struttura invisibile della realtà sociale di cui parla il filosofo John Searle a proposito di quelle assunzioni che non discutiamo normalmente in ambito giuridico e che perciò "ci sembrano naturali come le pietre, l'acqua e gli alberi" (*La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 2006, 10, tit. orig. *The Construction of Social Reality*, 1995).

E allora, se nel definire il fatto materiale e le scriminanti non si utilizzano le categorie giuridiche fondamentali della Costituzione italiana vigente (e, dall'1 dicembre 2009, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea) vuol dire che si sta facendo riferimento a un'altra Costituzione o a un altro apparato concettuale. Quale? Quello pre1948? O quale altro? Non è per caso che nel diritto penale sia, finalmente, tempo per ridiscutere radicalmente alcune condotte materiali, come quelle dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio alla luce delle ormai solide acquisizioni costituzionali in materia dei diritti delle persone sui propri corpi e sulle proprie vite?

A me sembra di sì, proprio per evitare quel disagio che personalmente provo quando, a proposito di certo argomentare penalistico, ho la netta impressione che non sia ancora vero quello che il GUP di Roma afferma con decisione, e cioè che, in sede civile e penale, valgano i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico.

Ecco, questa era la domanda che volevo porre, ovviamente senza pretese di originalità.

