

IL DIRITTO INTERPRETE DI COMPORTAMENTI OMISSIVI O DI ACCANIMENTO. QUALI SUGGERIMENTI A TUTELA DEL MEDICO DI FAMIGLIA?

ELISABETTA PALERMO FABRIS
Professore Associato di Diritto Penale,
Università di Padova

La prospettiva nella quale riteniamo utile inquadrare le brevissime considerazioni che seguono sul possibile rilievo giuridico di comportamenti omissivi o di accanimento terapeutico del Medico di Famiglia, è quella delle situazioni riconducibili al delicato settore degli interventi cosiddetti “ai confini della vita”.

La premessa da cui è necessario partire per individuare le possibili coordinate intorno alle quali costruire un discorso giuridico sul tema, è quella più generale del rapporto giuridico che lega il medico al paziente.

Punto di partenza quando si intende affrontare la responsabilità penale del medico per eventuali comportamenti omissivi, e prima ancora per stabilire quando effettivamente l'agire medico possa essere considerato omissivo di cure doverose, è l'art. 40 del codice penale, che testualmente recita: “Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”. In base a tale norma, il soggetto investito dall'ordinamento giuridico di una posizione di garanzia per la protezione dei beni di soggetti incapaci di provvedere da soli alla loro tutela, assumendo la veste di garante, ha l'obbligo di fare tutto ciò che è in suo potere per impedire che i beni di cui l'incapace è portatore subiscano un danno.

Il medico, nell'ambito di un rapporto terapeutico, è indubbiamente investito di una posizione di garanzia dei beni vita e incolumità individuale del paziente, sia che questo rapporto nasca da un rapporto di cura privatistico, sia che questo rapporto nasca nell'ambito della struttura pubblica. È una posizione che l'ordinamento certamente gli attribuisce. Ciò significa che, qualora sia parte di un rapporto di cura, egli ha l'obbligo di fare tutto ciò che è in suo potere per ripristinare lo stato di salute del paziente, o comunque per evitare danni ulteriori che potrebbero derivare dalla malattia laddove non adeguatamente curata; quando la cura non sia possibile, è tenuto a fare tutto ciò che è in suo potere per evitare o, comunque, ritardare l'esito finale verso la morte. Il vero problema è proprio individuare i limiti di quest'ultimo profilo dell'obbligo.

Soltanto chiarendo – attraverso una corretta interpretazione dell'obbligo di agire cui si riferisce l'art. 40 del codice penale – fino a che punto il medico sia tenuto a porre in essere tutto ciò che è tecnicamente possibile per il prolungamento della vita biologica e dove subentra, invece, un obbligo di astensione dal trattamento terapeutico, pur tecnicamente possibile – con conseguente necessità di ricorrere a tutte le cure palliative che si rendano utili a ri-

durre le sofferenze psicofisiche –, si può trovare un punto d'intesa costruttivo evitando intollerabili discrasie fra medicina e diritto.

A tal fine viene in considerazione l'esigenza di interpretare la norma penale in chiave teleologica, in vista di un progressivo ed inevitabile adattamento sia ai problemi nuovi, frutto dell'evoluzione sociale, sia alla rinnovata concezione dei valori che ne costituiscono l'oggetto di tutela. Dal punto di vista dell'evoluzione sociale, non è possibile ignorare i nuovi e più complessi problemi posti attualmente dallo sviluppo della scienza medica, soprattutto nel settore che a noi interessa – quello delle situazioni di confine tra la vita e la morte –, nel quale gli interventi sono posti in essere, talora, solo per “prolungare il processo di morte”. Dal punto di vista della rinnovata concezione dei valori, non è possibile ignorare l'influenza esercitata sul sistema delle norme penali dalla Costituzione repubblicana. La Costituzione ha cambiato radicalmente la struttura del rapporto individuo-Stato, ponendovi al centro la persona in un'impostazione che, appunto per questo, si caratterizza come “personalistica”. Gli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale prevedono i diritti inviolabili dell'uomo come valori prioritari sui quali si fonda l'intero ordinamento. E fra tali diritti vanno annoverati il diritto alla vita, il diritto alla salute, non meno che il diritto alla libertà morale e personale e cioè, in buona sostanza, alla dignità. Per quanto attiene più direttamente al tema in esame, viene in discussione l'art. 32 della Costituzione, punto di riferimento obbligato ogniqualvolta si affronta il problema della disponibilità dei beni vita e incolumità individuale nell'ambito dei trattamenti sanitari. In particolare, il secondo comma di tale articolo prevede che un trattamento sanitario possa essere imposto solo in via eccezionale, con l'obbligo della riserva di legge e con il limite assoluto del rispetto della persona umana; rispetto della persona che deve leggersi, appunto, nel senso di rispetto della sua dignità.

Questo mutamento significativo nella prospettazione della tutela dei beni della personalità deve portare i giuristi ad un nuovo approccio al problema del relativo bilanciamento in contesti complessi, quale quello dei trattamenti sanitari.

Nel settore dei trattamenti sanitari il sistema penale deve far propri i principi elaborati dalla deontologia e dall'etica, soprattutto quando si sono tradotti in imperativi universalmente accettati e fatti propri da una determinata categoria professionale. Una tale convergenza eviterebbe il fenomeno deprecabile della cosiddetta “medicina difensiva”,

in base al quale le scelte mediche sono determinate pressoché esclusivamente dalla preoccupazione di evitare la responsabilità penale. Questa, infatti, per il principio di personalità della responsabilità proprio di questo settore dell'ordinamento giuridico – a differenza della responsabilità civile, coperta dal sistema assicurativo – grava direttamente ed esclusivamente sul sanitario che ha posto in essere l'attività terapeutica. Il rischio è che il medico decida di intraprendere una determinata terapia o di astenersene, non tanto perché la ritiene utile e doverosa secondo scienza e coscienza, nel rispetto della sua professionalità e, soprattutto, del paziente al quale la sua opera è rivolta, quanto, piuttosto, per evitare di incorrere nella responsabilità penale, ragionando appunto con il parametro della medicina difensiva.

Per evitare che sia lo spettro della responsabilità penale ad orientare la decisione del medico verso scelte che negano la dignità della persona – valore invece primario che la Costituzione impone di rispettare ogniqualvolta si deve operare con l'essere umano e coi suoi beni fondamentali –, occorre individuare la strada per la costruzione di una norma penale coerente con i propri scopi e ciò è possibile, come già anticipato, solo attraverso un'interpretazione teleologica che si avvalga del supporto delle scienze umane, ed il riferimento obbligato è alla bioetica.

La bioetica ha imposto alla medicina una nuova concezione del rapporto medico-paziente, basata anche sulla rivalutazione del principio di autonomia, con la prima fondamentale conseguenza del chiaro e definitivo riconoscimento della libertà del soggetto di rifiutare le cure, anche nei casi di maggior gravità nei quali l'astensione dalle terapie può tradursi nella cessazione della vita. Da tale assunto deriva che il trattamento terapeutico, soprattutto nella medicina d'elezione, non deve essere posto in essere senza il consenso del paziente. Il paziente può dunque dissentire, e di fronte a tale dissenso il medico non è autorizzato ad usare metodi impositivi o straordinari per costringerlo alla cura. Come tutto ciò si rifletta nel diritto è tuttora un problema aperto, in quanto la giurisprudenza più recente si è di nuovo attestata sulle antiche posizioni di irrilevanza del dissenso, quando il rifiuto delle cure significhi la compromissione della vita. Con la conseguente affermazione, contrastante con quanto ritenuto in precedenza, che se il medico opera nell'interesse del paziente, e questo serve a scongiurare il pericolo della malattia grave, deve agire anche contro la sua volontà, perché il medico in tale situazione detiene la potestà di decidere.

Il principio di autonomia, consolidato da un punto di vista etico, non è dunque altrettanto consolidato in ambito giuridico. Tuttavia, pur non essendo pacificamente accettato, si può ritenere abbastanza diffuso ed in via di consolidamento.

Di fronte ad un dissenso consapevole, il medico si deve fermare e, non essendoci più l'obbligo giuridico di agire, evidentemente viene meno la possibilità di configurare una responsabilità omissiva ai sensi dell'articolo 40 c.p. ("Non impedire un evento equivale a cagionarlo") soltanto fino a quando vi è l'obbligo giuridico di impedire; se il dissenso fa venir meno l'obbligo non sussiste più una con-

dotta omissiva ed il medico non ha commesso un fatto penalmente rilevante.

Un discorso diverso va fatto per la vasta categoria dei soggetti in una situazione di grande debolezza psicofisica, incapaci davvero di prendere delle decisioni o comunque prevalentemente sovrastati dall'angoscia e dalla paura, e quindi necessariamente affidati al medico e agli eventuali parenti.

La soluzione del problema per tali soggetti è, a mio giudizio, ancora tutta da costruire, tenendo conto, come affermato in precedenza, della necessità di rifondare le categorie giuridiche. Non è possibile, su questi temi così nuovi, così complessi, pensare di utilizzare categorie che si erano costruite quando i problemi non avevano l'entità e la drammaticità che hanno assunto adesso, quando la medicina non aveva la possibilità di incidere così ampiamente sulla vita umana.

Peraltro, la difficoltà di pervenire a soluzioni soddisfacenti, anche sul piano giuridico, deriva non solo da un certo atteggiamento dell'ambiente medico, ma anche dalla mancanza di un serio dibattito che porti alla formazione di un'opinione pubblica.

Occorre invece avviare una riflessione sul principio che deve ispirare le decisioni nelle situazioni cosiddette "di limite" o "di confine", affrontando l'interrogativo su quale sia il "costo" che è giusto "far pagare" al paziente per il mero prolungamento della vita biologica. La risposta a tale quesito si può rinvenire facendo ricorso ad un corretto bilanciamento fra beneficio che ci si può ragionevolmente attendere e sacrifici che occorre comunque imporre. Tale bilanciamento va effettuato tenendo conto dei criteri di buona pratica clinica e fra questi, se il paziente è capace, è ricompresa l'attenta considerazione della sua volontà; se invece si tratta di soggetto incapace i termini di riferimento, allo stato attuale dell'ordinamento, non possono che essere oggettivi. Sulla scorta di tali criteri è possibile affermare che il limite va rinvenuto nell'evidente sproporzione per eccesso della terapia in rapporto al risultato atteso.

Nelle decisioni difficili sulla linea di confine tra la vita e la morte, l'obiettivo del mantenimento in vita del paziente va temperato con il controllo della sofferenza e con la garanzia di una morte dignitosa. La difesa della vita, per non scadere a gestione del mero dato biologico, deve essere perseguita in modo ragionevole, evitando di praticare le terapie sproporzionate per eccesso che finiscono per tradursi in un mero prolungamento del processo di morte. Il criterio da utilizzare è dunque quello dell'appropriatezza di un trattamento, tenuto conto della sua effettiva utilità e della sua proporzionalità rispetto ai benefici attesi; ed è evidente che tale appropriatezza risulta inversamente proporzionale agli oneri e direttamente proporzionale all'incremento della qualità e quantità di vita, oltre che alle probabilità di successo. Quando il trattamento terapeutico non risulta giustificato sulla base dell'indicato criterio di appropriatezza clinica, il medico dovrebbe interromperlo o evitare di intraprenderlo, proseguendo l'assistenza doverosa al paziente con tutte le cure palliative a disposizione.

La limitazione dei trattamenti, in tal caso, lungi dal poter essere considerata causa della morte del paziente, è inve-

ce la conseguenza ovvia del riconoscimento della loro inutilità e dell'incapacità di modificare in maniera effettiva la prognosi di quel paziente; così come dell'esigenza di evitare ogni eccesso di trattamento lesivo della dignità individuale. Se è vero che il bene vita è un valore fondamentale tutelato dall'ordinamento giuridico, è altrettanto vero che è necessario interrogarsi sul contenuto assiologico di tale bene. La risposta a tale interrogativo è che non è possibile scindere la vita quale insieme di funzioni biologiche dall'essere umano nella sua interezza di persona, portatrice di una sua dignità. Il diritto non può che tutelare il bene in tale dimensione personalistica, e deve pertanto bilanciare il mero prolungamento della vita biologica con la dignità della persona, ponendo un limite alle sofferenze ed alle manipolazioni cui un soggetto può essere sottoposto. D'altronde, il codice deontologico proibisce di intraprendere o di proseguire un trattamento inappropriato per eccesso, definito quale "accanimento terapeutico" e prospettato proprio come il limite oltre il quale il medico non deve andare.

Individuato il principio generale, resta da stabilire a chi spetti tale decisione del singolo caso, chi deve valutare quando, nel concreto, non si tratta più di terapia ma di accanimento terapeutico e quindi di un mero prolungamento del processo di morte che comporta un aggravio ingiustificato delle sofferenze del paziente. Certamente la responsabilità di una tale decisione per il paziente incapace e privo di un rappresentante legale spetta al medico. Non può tuttavia essere sottovalutato il ruolo che i parenti, riconosciuti come protettori naturali del paziente, possono assumere per facilitare la decisione, tenendo conto della realtà del singolo paziente, così come richiesto dai principi di buona pratica clinica.

Si afferma frequentemente, invece, che il parente non ha voce in quanto o è il soggetto portatore del bene capace di autodeterminarsi a porre il limite all'agire del medico, oppure, in caso di incapacità del paziente, è il medico che deve decidere da solo. L'assunto non è condivisibile, dal momento che l'ordinamento giuridico investe i parenti di un obbligo di solidarietà e di cura nei confronti del congiunto in situazione di incapacità. Al riguardo, è sufficiente riflettere sulla possibilità di ipotizzare una responsabilità per abbandono di persona incapace (art. 591 c.p.), anziché per mera omissione di soccorso (art. 593 c.p.), in ipotesi di omesso intervento nei confronti di un congiunto che versi in situazione di pericolo.

Si tratta di una questione che, solitamente situata a livello di problematica giuridica, comporta interrogativi che si pongono anche ad altri livelli, e precisamente a livello di responsabilità deontologica ed etica. A fronte di situazioni che non hanno soluzioni precostituite e per le quali è necessario partire dal caso concreto, e da questo risalire alla discussione sulla liceità delle scelte operate dal medico, è infatti necessaria una visione interdisciplinare, assumendo un atteggiamento problematico e riflessivo.

È soprattutto necessario superare il problema della "preoccupazione delle possibili conseguenze giuridiche" che rischia di "inquinare" le decisioni del medico.

Per i soggetti terminali, o comunque con una situazione clinica di grave compromissione dell'organismo, il medi-

co deve prendere una decisione in ordine alla quale è inevitabile il timore per le possibili conseguenze penali, sia in caso di sospensione o rinuncia a trattamenti "straordinari", sia nel caso che insista con gli stessi, al di là di ogni previsione di efficacia. Di fronte all'apparente conflitto fra i due doveri sempre coesistenti – salvare la vita e prendersi cura del paziente – il medico non può decidere con l'esclusivo timore della draconiana regola propria del sistema penale per il quale anticipare la morte, che comunque sarebbe sopravvenuta, equivale a cagionarla. Talora il dovere di prolungare la vita entro i limiti del "possibile" rischia, se non rettamente inteso, di entrare in conflitto con il dovere di cura, con il dovere di "prendersi cura di", dovere di prendersi cura del paziente, rispettandone la dignità, alleviandone il più possibile le sofferenze, bilanciando i mezzi usati che devono essere i più adeguati alle specifiche esigenze di quel paziente, visto come soggetto unico e irripetibile.

La decisione del medico in tale ipotesi deve essere correttamente ispirata all'esigenza di ottemperare al dovere di cura e risultare adeguata, secondo criteri di buona pratica clinica a tale scopo; in tal caso, se il medico decide di interrompere le terapie atte al mero prolungamento della vita biologica e prosegue con cure palliative, va escluso il nesso causale fra l'omissione del trattamento sanitario e l'anticipazione del decesso, così come, anche per espressa previsione normativa, il nesso va escluso quando l'anticipazione è conseguenza di terapie del dolore adeguate alla gravità della situazione di sofferenza del paziente. Il problema è quello del limite oltre il quale la terapia non trova più giustificazione o, per converso, il prendersi cura (es. terapia del dolore) comporta la consapevole scelta di abbreviare la vita. La soluzione giuridica per tale ipotesi deve necessariamente essere coerente con le regole della buona pratica clinica, talvolta supportata da leggi scritte (terapia del dolore) ma per lo più frutto di un sapere scientifico e deontologico che attualmente si avvale del supporto fornito dall'elaborazione bioetica. Ed è solo in virtù dell'elaborazione bioetica che si è arrivati a superare una prospettiva "vitalistica", in termini di vita puramente biologica e ad affermare la posizione definitiva di "umanizzazione della morte" o dell'"accompagnamento del morente". L'attività del medico in situazioni terminali deve soddisfare due condizioni: il rifiuto dell'accanimento terapeutico e l'assistenza del morente anche attraverso l'uso della medicina palliativa (art. 37 c.d.). Solo se il paziente chiede, il medico dovrebbe insistere, se invece il paziente è incapace l'accanimento terapeutico è un parametro per la cessazione delle cure. Una decisione argomentata, plausibile sul piano scientifico, che sia trasfusa in una documentazione che consenta di ricostruire la vicenda clinica del paziente – a testimonianza del processo decisionale condiviso anche con i familiari visti quali protettori naturali del paziente ed eventuali testimoni di una volontà che egli non sia in grado direttamente di esprimere – non potrà certo essere oggetto di censura sul piano giuridico, quantomeno nel caso in cui anche la decisione giuridica sia ispirata ad una corretta interpretazione delle norme e fondata sui valori che le stesse sono deputate a proteggere.