

**Interruzione di trattamenti di sostegno vitale e volontà del paziente incapace nella recente giurisprudenza tedesca: nuovi equilibri di una relazione problematica.**

Nota a Bundesgerichtshof, 25 Giugno 2010, 2 StR 454/09.

di Antonia Baraggia

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, Università degli Studi di Torino

SOMMARIO: 1. Il caso. 2. La pregressa giurisprudenza tedesca in materia di *passive Sterbehilfe*. 3. I recenti orientamenti giurisprudenziali alla luce della modifica dell'art. 1901 BGB: elementi di continuità e di novità. 4. I delicati equilibrismi della Corte e la persistenza di nodi problematici.

1. Il caso

1

In sede di prima applicazione della complessa normativa che nel Settembre del 2009 ha modificato l'art. 1901 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), introducendo l'istituto del *Patientenverfügung* (disposizioni del paziente), nonché norme procedurali volte ad accertare ed esprimere, attraverso la figura dell'amministratore di sostegno (*Betreuer*), la volontà di un soggetto incapace rispetto ad un determinato trattamento sanitario, la Camera penale del *Bundesgerichtshof* (BGHSt) è stata chiamata a decidere su un ricorso riguardante un caso di *Sterbehilfe* (eutanasia), e lo ha fatto, il 25 Giugno scorso, da un lato consolidando la precedente giurisprudenza sul tema, nella direzione di un rafforzamento del significato del consenso - espresso o presunto - del paziente a trattamenti sanitari (quindi del "*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*") e dall'altro introducendo nuovi parametri, non più legati alla mera natura commissiva od omissiva dell'azione che provoca l'interruzione del trattamento, ai fini della delimitazione del confine tra eutanasia passiva (ammessa) e attiva (proibita) al metro dell'ordinamento tedesco.

Sembra utile, prima di affrontare il percorso argomentativo della decisione e i profili giuridici da essa implicati, ai quali in questa sede si intende solo accennare in via

ricostruttiva, partire dalla descrizione del caso sottoposto ai giudici dell'alta Corte. Esso è stato originato dal ricorso promosso da un avvocato, condannato in primo grado per tentato omicidio, avendo consigliato la sua assistita, figlia e amministratrice di sostegno di una donna in coma dal 2002, di tagliare il sondino che forniva a quest'ultima alimentazione e idratazione, al fine di assecondare la volontà espressa in tal senso dalla paziente stessa prima di trovarsi nella condizione di incapacità. Il taglio della sonda - che non ha determinato direttamente la morte della donna, avvenuta pochi giorni dopo, nel Gennaio 2008, per cause naturali, in quanto la sonda era stata prontamente reinserita dal personale sanitario - è stato solo l'ultimo atto di una complessa vicenda che ha visto opposti da un lato l'amministratrice della donna e il medico (favorevoli all'interruzione del trattamento) e dall'altro la direzione della casa di cura. Quest'ultima, infatti, aveva inizialmente acconsentito alla richiesta di interruzione del trattamento presentata dai primi due (secondo la procedura ammessa in Germania del *passive Sterbehilfe*), salvo successivamente disporre il ripristino del trattamento stesso. A seguito di tale determinazione della struttura sanitaria, per altro ritenuta illegittima in base ad una consolidata giurisprudenza<sup>1</sup>, tanto dal giudice di primo grado quanto dal BGH - per violazione dell'art. 2, c. 2 GG, che tutela il diritto all'integrità fisica e che costituisce il fondamento costituzionale del diritto al rifiuto delle cure - l'avvocato ha suggerito alla sua assistita di ricorrere al taglio della sonda. Il BGH, nella sentenza in commento, si è pronunciato - difformemente rispetto alla decisione di primo grado - per l'assoluzione dell'avvocato, fondando la sua sentenza sulla modifica del contesto giuridico nel frattempo intercorsa. Tra il giudizio di primo grado e il giudizio di appello, infatti, è entrata in vigore la "Terza legge per la modifica dell'amministrazione di sostegno"<sup>2</sup>, con

2

---

<sup>1</sup> In particolare si veda la sentenza della sezione civile del BGH, 8 Giugno 2005, XII ZR 177/03 - BGHZ 163, 195 in *NJW*, 2005, p. 2385, con la quale l'alta Corte ha affermato che il personale di una struttura sanitaria non è autorizzato al proseguimento della nutrizione artificiale su un paziente in stato vegetativo permanente, contro la volontà dello stesso, espressa attraverso l'amministratore di sostegno. Il proseguimento della nutrizione artificiale contro la volontà del paziente si configura, infatti, come un atto illegittimo (*rechtswidrige Handlung*).

<sup>2</sup> Si tratta del "*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*", entrato in vigore il 1° Settembre 2009, che, in estrema sintesi, ha integrato la pregressa disciplina relativa all'istituto dell'amministrazione di

la quale il legislatore ha dettato nuove norme volte a dare maggiore rilievo alla volontà espressa o presunta del paziente ai fini del proseguimento di un trattamento sanitario, sulla base del bilanciamento tra la tutela del diritto all'autodeterminazione e la protezione del diritto alla vita, entrambi costituzionalmente garantiti, in particolare dall'art. 2, c. 1 e 2 GG.

Il consenso della paziente - nel caso di specie espresso dall'amministratrice di sostegno - giunge così ad essere considerato da parte del Tribunale Federale la base giustificativa, nonché esimente, dell'interruzione del trattamento, consolidando in tal modo un orientamento giurisprudenziale che, pur con qualche divergenza di dettaglio, si è affermato costantemente, a partire dagli anni Novanta, nella giurisprudenza e nella dottrina tedesca in materia di liceità di *passive Sterbehilfe*<sup>3</sup> nel caso di soggetti incapaci. Sembra utile in proposito, al fine di meglio comprendere la portata della sentenza, certamente non circoscritta al caso di specie, ripercorrere le principali tappe giurisprudenziali che hanno segnato il tema dell'ammissibilità e dei limiti delle pratiche di

3

---

sostegno ex art. 1901 BGB. In particolare, attraverso la modifica dell'art. 1901 a) BGB, è stata introdotta la regolamentazione delle disposizioni del paziente e ne è stata affermata la natura vincolante, già rilevata da una consolidata giurisprudenza. La disciplina introdotta distingue il caso in cui vi sia una dichiarazione scritta dal paziente stesso (il vero e proprio *Patientenverfügung*), relativa al consenso ad un determinato trattamento da far valere in caso di sopravvenuta incapacità ad esternare la propria volontà, e il caso invece in cui non sussista una volontà espressa. Nel primo caso si afferma che l'amministratore di sostegno è chiamato a valutare se le disposizioni presenti nel *Patientenverfügung* si riferiscano alle condizioni attuali di vita e di salute dell'amministrato e, in caso affermativo, lo stesso amministratore è tenuto a far valere la volontà dell'amministrato. In assenza invece di dichiarazione espressa ex art. 1901 a) c. 2, si prevede che l'amministratore di sostegno sia tenuto ad accertare la volontà presunta dell'amministrato e prendere su tali basi la decisione di accettare o rifiutare un determinato trattamento sanitario. In caso di volontà presunta essa deve essere accertata sulla base di indizi concreti, tratti dalle precedenti dichiarazioni sia orali che scritte, dalle convinzioni etiche e religiose e da altri principi personali dell'amministrato. Al fine dell'accertamento della volontà del paziente, il successivo art. 1901 b) introduce una serie di adempimenti procedurali, che prevedono in particolare un colloquio tra medico e amministratore designato, e, ove possibile, la possibilità di pronunciarsi sull'accertamento della volontà del paziente anche ai parenti stretti e ad altre persone di fiducia dell'amministrato.

<sup>3</sup> Si tratta di un orientamento consolidato in dottrina, come afferma, tra gli altri, in un recente contributo, K. Reus: "Aus diesem Grund stellt das Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen nach dem Willen des Patienten auch keine Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB dar, sondern ist als sog. Passive Sterbehilfe nach ständiger Rechtsprechung zulässig", ID., *Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und die Strafbarkeit des Arztes*, in NZ, 2/2010, p. 81. Sul tema si rimanda anche a T. VERREL, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, in DJT, 2006.

*Sterbehilfe* in presenza di pazienti incapaci, prima della modifica dell'art. 1901 BGB, operazione per altro cui ricorre anche la Corte medesima nella sentenza in commento.

## 2. *La pregressa giurisprudenza tedesca in materia di passive Sterbehilfe*

Nel 1994, per la prima volta, la Camera penale del *Bundesgerichtshof* ha affrontato il tema della liceità dell'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale nel caso (noto come "*Kemptener Fall*")<sup>4</sup>, di una paziente che si trovava in stato di incapacità a seguito di danni cerebrali irreversibili. In quel caso, pur non trattandosi di eutanasia passiva, così come definita nelle Linee di condotta del Consiglio dei medici tedesco<sup>5</sup> allora in vigore, in quanto la malattia della paziente non avrebbe portato nel suo decoroso alla morte imminente, il BGH ha riconosciuto "che alla vista delle circostanze particolari del caso limite non fosse a priori escluso, in via eccezionale, il fatto di lasciare morire attraverso l'interruzione di una cura medica, purché possa evincersi una volontà presunta del paziente in tal senso". Seconda la Corte, infatti, si deve rispettare il diritto all'autodeterminazione del paziente (*Selbstbestimmungsrecht*), contro la cui volontà una cura medica non può essere proseguita. Quasi dieci anni dopo la sentenza del 1994, la sezione civile del BGH è tornata sul tema dell'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale nel caso di un paziente in stato vegetativo permanente, con una pronuncia che parte della dottrina ha ritenuto in discontinuità con la giurisprudenza del caso *Kemptener*, tanto che è stato affermato che "*ein Widerspruch zum Kemptener Urteil ist unverkennbar*"<sup>6</sup>. La Corte, infatti, ha in quella circostanza confermato l'ammissibilità di un'interruzione del trattamento in presenza di una volontà del paziente in tal senso espressa, affermando così, per la prima volta esplicitamente, il carattere vincolante di tali disposizioni, ma subordinatamente al caso in cui sia accertato che lo stato patologico dello stesso abbia un decorso mortale irreversibile (*irreversibel tödlichen Verlauf*). Non pare

4

---

<sup>4</sup> BGHSt, sent. 13 Settembre 1994, 40, 257.

<sup>5</sup> *Richtlinien für die Sterbehilfe der Deutschen Ärztekammer*, in *Deutsches Ärzteblatt*, 1993, B-1791.

<sup>6</sup> R. INGELFINGER, *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, in *JZ*, n. 17/2006, p. 821 ss.

dubbio che il punto di partenza di entrambe le decisioni sia da individuare, come è stato osservato, nel principio secondo cui “anche il trattamento compiuto nei confronti di un paziente incapace, in quanto invasivo della sua sfera corporea, necessita di una positiva legittimazione al metro del diritto costituzionale”<sup>7</sup>, legittimazione individuata nel rispetto della volontà (espressa o presunta) del paziente, interpretata ed espressa dal suo legale rappresentante. Sensibilmente diverso, nelle due pronunce, appare, tuttavia, il significato attribuito al rilievo della volontà del paziente in rapporto alla natura e allo stadio della malattia e quindi, di conseguenza, diversi sono i limiti individuati per l’ammissibilità della pratica del *passive Sterbehilfe*. Queste divergenze interpretative sull’estensione della sfera del consenso, dalle quali traspare, per altro, la delicatezza e la cautela con cui il diritto è chiamato ad entrare in quella che è stata efficacemente definita una “terra incognita”<sup>8</sup>, hanno trovato, secondo quanto afferma il BGH nella sentenza in commento, una ricomposizione a seguito della modifica legislativa apportata all’art. 1901 BGB, il quale afferma a chiare lettere che le disposizioni del paziente si applicano *indipendentemente* della natura e dallo stadio della malattia (art. 1901 a), c. 3). Il legislatore, al fine di creare certezza di diritto e relativamente al comportamento dei soggetti coinvolti<sup>9</sup>, ha inteso delineare un quadro giuridico orientato a tutelare massimamente la volontà del paziente tanto espressa, per mezzo della regolamentazione delle disposizioni anticipate, quanto ricostruita, nel caso di pazienti incapaci, e particolarmente degni di protezione ordinamentale, ad opera della figura dell’amministratore di sostegno<sup>10</sup>, il quale è chiamato

5

<sup>7</sup> F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1600. Principio questo espresso a chiare lettere dalla giurisprudenza della Corte federale, sulla quale si veda, ad esempio BGH sezione civile, Sent. 8 Giugno 2005 (XII ZR 177/03), *cit.*, laddove si afferma che la nutrizione artificiale mediante una sonda costituisce una violazione dell’integrità corporea (*körperliche Integrität*) e pertanto necessita sempre del consenso del paziente.

<sup>8</sup> A. SIMONCINI, C. SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2010, p. 8.

<sup>9</sup> Si legge espressamente nella Raccomandazione della commissione parlamentare sul progetto di legge di modifica dell’art. 1901 BGB (Druksache 16/13314) che „*die Gesetzentwürfe ersterben eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung, um Rechts – und Verhaltenssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen*”.

<sup>10</sup> La legislazione tedesca in tal modo ripropone, contestualmente, le due tipologie di strumenti maggiormente diffusi per garantire il rispetto della libertà e della volontà del paziente incapace, cui si stanno conformando molti ordinamenti, ovvero le direttive anticipate di trattamento e le figure dei rappresentanti speciali (amministratori di sostegno).

ad accertare le cure mediche desiderate o la volontà presunta dell'amministrato (art. 1901 b), c. 2.).

*3. I recenti orientamenti giurisprudenziali alla luce della modifica dell'art. 1901 BGB: elementi di continuità e di novità*

A fronte di tale quadro legislativo, la sentenza in commento ha avuto gioco facile nel porre l'accento sul rilievo della volontà del paziente di consentire o rifiutare un trattamento, ancorché di sostegno vitale, come l'idratazione e l'alimentazione artificiale. Nel caso in esame, oltretutto non vi sarebbero dubbi, circa la volontà della paziente, che viene considerata *espressa*, in quanto la stessa, prima di cadere nella condizione patologica, aveva dichiarato di non voler essere nutrita artificialmente. Ma anche nel caso in cui non vi fosse stata una volontà espressa, ha affermato la Corte, la riforma del BGB ha posto un *iter* procedurale che garantisce la ricostruzione della volontà del paziente, a tal fine rilevando indizi concreti come le precedenti dichiarazioni sia orali che scritte, le convinzioni etiche e religiose e gli altri principi di valore personali dell'amministrato (art. 1901 a), c. 2 BGB). Requisiti, questi ultimi, la cui rilevanza ai fini della ricostruzione della volontà potrebbe essere considerata quanto meno problematica e suscettibile di interpretazione non univoca. Non è tuttavia dello stesso avviso la Corte, secondo la quale l'incertezza sulle premesse e la portata delle autorizzazioni a interrompere una cura di sostegno vitale in presenza di un soggetto incapace, che pur si è posta in passato, è stata definitivamente risolta proprio dalla modifica legislativa del Settembre 2009, attraverso l'introduzione di adempimenti procedurali<sup>11</sup> legittimanti l'interruzione del trattamento, tra i quali, oltre a quelli summenzionati, rilevano, da un lato la possibilità del coinvolgimento dei parenti o di altre persone di fiducia dell'amministrato ai fini della ricostruzione della volontà dello stesso, e dall'altro la disciplina dei casi in cui è richiesta

---

<sup>11</sup> Sulla portata delle regole di procedura per l'accertamento della volontà del paziente nella disciplina dell'amministrazione di sostegno contenute nell'art. 1901 BGB si veda T. DIEHN, R. REBHAN, *Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung*, in NJW, Heft 6/2010, p. 326 ss.

l'autorizzazione del Tribunale di tutela affinché si possa procedere all'interruzione del trattamento. A questo proposito rileva precisare che di norma l'autorizzazione del giudice tutelare è necessaria qualora l'atto di sospensione delle cure conduca alla morte o a conseguenze gravi sulla salute del paziente; tale autorizzazione non è invece richiesta, secondo il novellato art. 1904 BGB, quali che siano le conseguenze dell'interruzione del trattamento, se l'amministratore di sostegno e il medico sono concordi nel ritenere la sospensione conforme alla volontà del paziente, come è avvenuto nel caso in esame.

Se dunque, sulla base della modifica degli artt. 1901 e 1904 BGB, la Corte ha concluso in favore della liceità dell'interruzione legittimata dalla volontà espressa dalla paziente, tuttavia la natura dell'azione che ha inteso dare corso a tale volontà (trattandosi di azione commissiva) ha condotto la Corte ad ulteriori riflessioni circa la rilevanza della natura dell'atto stesso ai fini della definizione delle diverse fattispecie, lecite e non, di eutanasia.

È in ordine a questo profilo che il Tribunale supremo si pone in discontinuità con la giurisprudenza pregressa, la quale aveva costantemente fondato la distinzione tra eutanasia passiva e omicidio del consenziente, *ex art. 216 StGB*, proprio sulla forma esterna dell'azione, di natura commissiva od omissiva, (e anche il tribunale di primo grado aveva giudicato secondo questo parametro la condotta dell'avvocato, disconoscendo il rilievo alla volontà del paziente perché in presenza di un atto commissivo). La Corte ha sostenuto che tale distinzione poggiasse su una finzione dogmaticamente inammissibile (*dogmatisch unzulässiger Kunstgriff*) rifacendosi alla controversa questione, dibattuta sin dagli anni Sessanta, della natura dello spegnimento di un respiratore artificiale, su richiesta del paziente. È rilievo condiviso, infatti, che l'atto dello spegnimento si configuri come comportamento naturalisticamente attivo, e tuttavia ciò non ha impedito che il medesimo sia stato considerato, secondo la prevalente dottrina<sup>12</sup>, come un'omissione - ovvero come rinuncia ad ulteriori trattamenti terapeutici - al fine di legittimare giuridicamente la condotta volta all'interruzione del trattamento, configurandola come *passive Sterbehilfe*. Non solo, ma anche la mera interruzione di cure, ancorché non si configuri in apparenza

7

---

<sup>12</sup> Si veda, in particolare A. ESER, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, (a cura di) *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2006, n. 32.

come un *facere*, si sostanzia in realtà in una serie di azioni attive e passive la cui classificazione dogmatica è problematica e mutevole a fronte delle singole circostanze. Ecco che allora il BGH, di fronte all'insufficienza della tradizionale distinzione tra azioni attive e passive, integra la stessa in un nuovo "concetto superiore normativo-valutativo" (*normativ-wertenden Oberbegriff*) di sospensione del trattamento (*Behandlungsabbruch*), concetto composito e complesso che contiene, oltre all'elemento oggettivo relativo alla natura dell'azione che porta all'interruzione della cura, anche un elemento soggettivo, identificato nello scopo del soggetto che pone termine al trattamento, secondo la volontà del paziente, la quale viene così riaffermata come il metro di valutazione della legittimità della sospensione degli sforzi terapeutici.

Non meno innovativa, infine, è l'estensione dei principi giustificativi dell'interruzione di un trattamento non solo al medico curante o all'amministratore, ma anche a terzi, purché coinvolti dal medico o dall'amministratore stesso, come, del resto, è avvenuto nel caso che qui si commenta.

8

#### 4. I delicati equilibri della Corte e la persistenza di nodi problematici

Non sembra tuttavia sfuggire alla Corte il potenziale rischio, insito in una simile estensione del rilievo della volontà del paziente, di legittimare qualsiasi intervento, purché abbia fondamento consensuale. Emerge qui tra le righe la consapevolezza di uno dei compiti costitutivi dell'ordinamento, cui lo stesso non può rinunciare né dismettere, che si sostanzia nel principio della protezione della vita umana (*Lebenschutz*), principio che trova espressione in diversi istituti dell'ordinamento, tanto nelle norme costituzionali (art. 2, c. 2 GG), quanto nelle norme penalistiche che sanzionano l'omicidio (artt. 212 e 216 StGB). È partendo da questa consapevolezza che la Corte precisa che l'aiuto alla morte attraverso un'azione o un'omissione, presuppone, in ogni caso, che la persona sia ammalata e che l'interruzione del trattamento si limiti a creare uno stato che consenta il decorso della malattia in atto. Solo in questa relazione il concetto di *Sterbehilfe* trova un senso sistematicamente e penalmente legittimatorio, mentre, al di fuori di tale contesto, azioni



volte alla terminazione della vita pur in presenza di una volontà espressa in tal senso, si configurerebbero come reato ai sensi dell'art. 216 StGB, in quanto resta impregiudicato, come si evince anche dalle relazioni preparatorie della legge di modifica dell'art. 1901 BGB, il principio che vieta l'omicidio del consenziente.

In definitiva è comunque condivisibile la lettura prevalente della sentenza in oggetto, la quale ha inteso affermare la rilevanza del consenso che, in quanto espressione del diritto all'autodeterminazione nella sua declinazione terapeutica, diviene principio legittimatorio di qualsiasi intervento sanitario suscettibile di violare l'integrità fisica dell'individuo. Tuttavia anche nella cristallina argomentazione giurisprudenziale permangono irrisolti alcuni, per altro noti, punti problematici, connaturati agli strumenti volti ad affermare o ricostruire, in via per così dire asintotica, la volontà del paziente, che mai in simili casi può definirsi attuale: su tutti, il fatto che l'amministratore, nella ricostruzione della volontà dell'amministrato, è chiamato ad affermare ciò che il paziente avrebbe voluto, se si fosse trovato, capace di intendere e di volere, in quella medesima situazione. Operazione, questa, che continua a interrogare anche la dottrina più favorevole all'affermazione del principio di autodeterminazione, laddove essa prende atto che si tratta in ogni caso "di un giudizio davvero complicato"<sup>13</sup>, in quanto "tutto dipende dallo scenario che ci si immagina"<sup>14</sup> ai fini della ricostruzione della volontà. Problematica che rimane quanto mai aperta, e la cui soluzione è, paradossalmente, resa sempre più urgente dalla tendenza a fissare normativamente la disciplina degli strumenti giuridici volti ad accertare la volontà del paziente incapace (come testimonia l'esperienza tedesca dell'introduzione del *Patientenverfügung* e della modifica del *Betreuungsrecht*), nonché dalla conseguente declinazione giurisprudenziale di tali istituti.

---

<sup>13</sup> R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, Milano, 1994, p. 263.

<sup>14</sup> *Ibidem*.