

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE CICLO UNICO



TESI DI LAUREA

in

DIRITTO PENALE

**CONSENSO DEL PAZIENTE, TRATTAMENTI SANITARI E
PRATICHE DI FINE VITA**

Relatore: Chiar.mo
Prof. Mario Trapani

Laureando:
Lorenzo Negri

Anno Accademico 2016 – 2017

A mio nonno Enrico

INDICE

Introduzione	1
--------------------	---

CAPITOLO I

IL CONSENSO INFORMATO COME PRESUPPOSTO AL TRATTAMENTO MEDICO- CHIRURGICO

1. Consenso tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute	3
2. Le fonti del consenso	5
2.1 Fonti del consenso a livello internazionale e sovranazionale	5
2.2 La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	6
2.3 Diritto di autodeterminazione nell'impianto costituzionale	7
2.4 Consenso nella legge ordinaria e nel codice di deontologia medica	10
3. Rilevanza penale del consenso informato: il trattamento medico arbitrario	12
3.1 Cenni sui possibili inquadramenti giuridici	12
3.2 L'iter giurisprudenziale in materia di trattamento medico arbitrario	15
3.2.1 Caso Massimo	15
3.2.2. Caso Barese	17
3.2.3. Caso Firenzani	19
3.2.4. Caso Volterrani	20
3.2.5. Le pronunce del 2008: Casi Huscher, M.D., e G.F.	22
3.2.6. Caso Giulini: la soluzione delle Sezioni Unite	25
3.2.7 Profili critici sulla soluzione delle Sezioni Unite	31
3.2.8. Inversioni di tendenza successive	32
3.2.9 Conclusioni	34

CAPITOLO II

PRATICHE DI FINE VITA

1. La concezione della vita nell'ordinamento italiano	37
2. La disciplina del codice penale	39
2.1 Omicidio del consenziente	40

2.1.1 Problemi applicativi in relazione all'omicidio pietatis causa.....	41
2.1.2 Il consenso della vittima: requisiti	42
2.1.3 L'elemento soggettivo e l'errore sul consenso.....	43
2.2 Istigazione o aiuto al suicidio.....	45
2.2.1 Profili penali del suicidio	45
2.2.2 Elemento oggettivo	50
2.2.3 Elemento soggettivo.....	51
2.3 Dubbi di legittimità costituzionale	51
3. Cenni definitivi in materia di eutanasia	52
4. Il rifiuto di trattamenti sanitari	55
4.1 Rifiuto del paziente competente in condizioni di autonomia	58
4.2 Rifiuto del paziente competente in condizioni di dipendenza.....	60
4.2.1 La condotta di interruzione del trattamento di sostegno vitale	61
4.2.2 L'interruzione del trattamento da parte di terzo non sanitario	63
4.2.3 Ammissibilità dell'obiezione di coscienza.....	65
4.3 Rifiuto del paziente in stato di incoscienza.....	66
4.3.1 Il potere di rappresentanza del tutore relativo alle scelte di fine vita.....	67
4.3.2 La qualificazione dell'alimentazione e idratazione artificiale	70
4.3.3 Le disposizioni anticipate del paziente.....	72
5. Casi giurisprudenziali rilevanti	76
5.1 Il caso Welby	76
5.2 Il caso Englaro.....	82
5.3 il caso Piludu.....	89
5.4 Il caso Antoniani	91
6. La nuova proposta di legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento	99

CAPITOLO III

FINE VITA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. Biodiritto e giurisprudenza CEDU.....	106
2. Le decisioni della Corte sull'ammissibilità.....	107

3. Le decisioni della Corte nel merito	109
3.1 Pretty c. Regno Unito.....	109
3.2 Haas c. Svizzera	114
3.3 Koch c. Germania.....	116
3.4 Gross c. Svizzera.....	118
3.5 Lambert e Altri c. Francia	120

CAPITOLO IV
PRATICHE DI FINE VITA NEL SISTEMA TEDESCO

1. Struttura giuridica del trattamento medico di fine vita	124
2 . I tipi di eutanasia	125
2.1 Accenni sulla impostazione tradizionale.....	125
2.2 Reine Sterbehilfe	127
2.3 Aktive Sterbehilfe	127
2.4 Indirekte Sterbehilfe.....	129
2.5 Passive Sterbehilfe	131
2.5.1 Limiti penalistici alla “limitazione del trattamento medico”	133
3. Il suicidio assistito: il nuovo § 217 StGB.....	137
3.1 Elemento oggettivo	138
3.1.1 Il suicidio.....	138
3.1.2 La condotta di agevolazione.....	139
3.1.3 La “commercialità”	140
3.3 Elemento soggettivo.....	144
3.4 La tesi del consenso come causa di giustificazione	145
3.5 La causa di non punibilità del comma 2.....	146
4. La disciplina della Patientenverfügung	148
4.1 Le disposizioni anticipate del paziente.....	148
4.2 Accertamento della volontà del paziente	149
4.3 Autorizzazione giudiziaria in caso di rifiuto da parte del rappresentante del paziente di un trattamento salvavita	152
4.4 Aspetti penalistici della disciplina della Patientenverfügung.....	154
5. Manifestazioni di volontà del paziente	157

5.1 Le forme di dichiarazione di volontà precauzionali e la loro vincolatività.....	157
5.2 Necessità di interpretazione	161
Conclusioni.....	162
Bibliografia	168

INTRODUZIONE

Il rapporto tra medico e paziente è ormai da tempo inquadrato secondo lo schema dell'alleanza terapeutica, secondo il quale il malato, lungi dall'essere passivo destinatario di scelte imposte paternalisticamente dal depositario del sapere scientifico, diviene parte integrante del percorso terapeutico a lui destinato.

Malgrado l'indiscussa centralità assunta dal consenso del paziente quale necessario presupposto di legittimità dell'attività medico-chirurgica, e il suo riconoscimento all'interno del quadro costituzionale, sono ancora molti i dubbi relativi tanto ai profili di responsabilità penale dell'operatore in caso di trattamento c.d. arbitrario, quanto alla rilevanza del dissenso opposto dal paziente all'inizio o alla prosecuzione di trattamenti sanitari, specie quando si tratti di trattamenti "salva vita". Il diritto a morire dignitosamente è riconosciuto solo in via indiretta, potendosi esprimere attraverso la rinuncia definitiva a trattamenti sanitari o mediante la somministrazione di cure palliative che abbiano come conseguenza indiretta l'accorciamento della vita. Inoltre, come reso evidente dai drammatici casi giurisprudenziali presentatisi negli ultimi anni, il riconoscimento del diritto al rifiuto delle cure come correlato "in negativo" del principio del consenso, non ha impedito che si ponessero diversi problemi giuridici, dalla qualificazione dell'interruzione del trattamento medico quando richieda una condotta fenomenologicamente attiva, al problema della rappresentanza e della rilevanza della volontà del paziente in stato di incoscienza, i quali, nella perdurante assenza di soluzioni legislative, sono stati affrontati dalla giurisprudenza attraverso l'applicazione dei principi costituzionali.

Nell'ordinamento italiano sono previste le due fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), che non sempre, stando ai (pochi) casi giunti all'attenzione della giurisprudenza, riescono a trovare un'agevole collocazione rispetto all'impianto costituzionale.

A ciò si aggiunge un'autentica lacuna normativa in riferimento alle c.d. dichiarazioni anticipate di trattamento, la cui rilevanza vincolante per il medico non risulta attualmente stabilita a livello normativo.

Potrebbe risultare dunque utile, in una possibile prospettiva di riforma, tanto il confronto con ordinamenti che conoscono già soluzioni normative in riferimento al

c.d. testamento biologico, quanto il riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nell'ordinamento tedesco è entrata in vigore nel 2009 la legge che ha introdotto una disciplina specifica della *Patientenverfügung* (disposizione del paziente), in grado di far valere il diritto di autodeterminazione del paziente, anche nei casi in cui egli non sia in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso al trattamento medico, conciliandolo al tempo stesso con la tutela della vita. Il paziente rimane *soggetto*, e non mero oggetto del trattamento: la sua volontà dichiarata in precedenza viene verificata in rapporto alle circostanze concrete nella cornice del rapporto dialettico tra rappresentante e medico, cui si aggiunge l'intervento del giudice tutelare ove necessario; qualora tale volontà non sia stata espressa, la disciplina conferisce rilevanza alla volontà presunta, da ricostruire sulla base di criteri determinati. Peraltro anche in Germania i problemi giuridici legati alle scelte di fine vita sono stati affrontati per via giurisprudenziale dal *Bundesgerichtshof*: tra di essi il rapporto della disciplina di diritto tutelare con il diritto penale, e i profili problematici derivanti dall'interruzione del trattamento medico. Allo stesso tempo, con l'introduzione al § 217 StGB della fattispecie del c.d. *aiuto al suicidio "commerciale"*, si registra sul fronte legislativo una controtendenza rispetto alla marcia delle legislazioni europee, che procedono in un percorso di evoluzione verso la concessione di uno spazio sempre maggiore al diritto all'autodeterminazione, collocandolo nella cornice di un controllo pubblicistico sul consenso.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla sentenza *Pretty* fino alla recente decisione sul caso *Lambert*, è andata assestandosi su un *trend* di ampliamento del riconoscimento del diritto all'autodeterminazione in relazione a pratiche in senso lato eutanasiche, affermando il diritto dell'individuo a determinare tempi e modi della propria morte, pur sottolineando a più riprese l'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati alla luce della particolare sensibilità della materia in questione.

CAPITOLO I

IL CONSENSO INFORMATO COME PRESUPPOSTO AL TRATTAMENTO MEDICO- CHIRURGICO

1. Consenso tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla salute

Nella trattazione del problema della necessità di «diritti infelici»¹, il “dilemma” che si pone è quello tra diritto (o dovere) alla salute e diritto all'autodeterminazione: e dunque, nel perseguimento dell'obiettivo di offrire una adeguata garanzia normativa al paziente, tra focalizzazione sulla sua salute come bene collettivo ovvero sulla sua volontà².

Si tratta di diritti che sono stati per lungo tempo ricostruiti contrapposti: il diritto alla salute, come pretesa a ricevere l'assistenza medica necessaria al miglioramento del proprio stato di benessere psico-fisico; il diritto all'autodeterminazione, come libertà da ingerenze sul corpo non autorizzate dal diretto interessato. In tale ottica, quando il diritto all'autodeterminazione si traduceva in un rifiuto o richiesta di interruzione del trattamento medico, era considerato come rinuncia al diritto di essere curato³.

Una sintesi tra questi due principi è stata rinvenuta nell'istituto del consenso informato, che trova il suo fondamento negli artt. 3, 13 e 32 Cost., dapprima dalla giurisprudenza civile, e in seguito dalla Corte costituzionale. La Corte costituzionale, riprendendo la giurisprudenza della Cassazione, che già aveva posto il consenso informato alla base della legittimazione di qualunque intervento medico⁴, afferma che «se è vero che ogni individuo ha diritto ad essere curato, egli ha altresì diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie

¹ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici: Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 555 ss.

² A. DIURNI, *Gli eventi dannosi*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÁ - P. ZATTI, *Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 327.

³ M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute - dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, 1990, XVI, Roma, 1991, pp. 9-10

⁴ Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, 3025 ss.: «il principio del consenso informato, che ha sicuro fondamento negli artt. 2, 13, 32 Cost. ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale».

alternative, informazioni che devono essere il più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la più libera e consapevole scelta da parte del paziente, e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma 2, Cost»⁵. In tali pronunce viene pertanto qualificata la rinuncia alle cure come espressione del diritto dell'individuo di «scegliere la propria salute»⁶.

Nonostante il superamento del rapporto conflittuale tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione, nella visione delle Corti continua tuttavia a persistere la separazione dei due diritti⁷, non valorizzandosi in tal modo fino in fondo l'esistenza di una componente *soggettiva* all'interno della salute, da intendere invece, secondo la concezione personalistica che ispira la nostra Costituzione, come una condizione di benessere non solo fisico, ma anche *psichico ed esistenziale*. Tale prospettiva sarebbe confermata anche dalla previsione del limite del «rispetto della persona umana», imposto dall'art. 32, comma 2 Cost., «con riferimento al singolo individuo [...], nei diversi momenti della sua vita e in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»⁸. In sintesi, secondo tale impostazione, l'autodeterminazione diventerebbe così parte integrante del diritto alla salute.

Con la centralità assunta dal principio del consenso, si sancisce così il passaggio dalla tradizionale concezione paternalistica del rapporto tra medico e paziente alla nuova prospettiva dell'alleanza terapeutica, formula che «definisce *l'assenza di asimmetria* nel rapporto che unisce i due soggetti coinvolti, altrimenti contraddistinto dalla prevalenza del ruolo del curante, ma che non racchiude, in sé, i contenuti del nuovo equilibrio»⁹. Il rapporto medico-paziente viene ridisegnato nella direzione di una redistribuzione del potere di controllo sul proprio corpo e sulla propria salute a favore di quest'ultimo. Il potere di autodeterminazione espresso attraverso il

⁵ C. Cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 6, pp. 4945

⁶ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso del San Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2000, pp. 1 ss.

⁷ Sulla necessità di ricondurli ad unità: N. VETTORI, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1463 ss., secondo cui «il rifiuto o la richiesta di sospensione di certe terapie non esprime la volontà del paziente di non essere curato, bensì quella di essere preso in carico in modo diverso, con percorsi più adeguati alla sua percezione della malattia e della sofferenza e più rispondenti al modo in cui desidera trascorrere la propria esistenza, anche nella fase terminale».

⁸ Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁹ F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 376.

principio del consenso assicura il rispetto della persona umana, inteso prima di tutto come rispetto delle scelte consapevoli dell'individuo, che declinano i suoi «valori di riferimento» e le sue «convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»¹⁰, e diventa così espressivo della personalità e identità dell'individuo.

2. *Le fonti del consenso*

2.1 *Fonti del consenso a livello internazionale e sovranazionale*

Il principio del consenso ha trovato da tempo riconoscimento giuridico sia a livello internazionale e sovranazionale, dove è stato collegato ai diritti dell'uomo da una serie di atti normativi, sia a livello nazionale, dove è stato ricollegato a livello giurisprudenziale ai diritti fondamentali riconosciuti nelle varie costituzioni.

Quanto al primo profilo, la prima emersione a livello sovranazionale del principio si ha già nel 1966 all'art.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹¹, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed entrato in vigore con efficacia vincolante nel 1976, che equipara qualunque sperimentazione in difetto di consenso ad un trattamento disumano e degradante, con conseguente divieto di strumentalizzazioni della persona umana.

A livello europeo il principio trova espresso riconoscimento nel capitolo II della c.d. Convenzione di Oviedo (Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina) del 1997¹², adottata nell'ambito del Consiglio di Europa, ma non ratificata in Italia¹³ e pertanto priva di carattere vincolante e utilizzabile esclusivamente a livello ermeneutico nell'interpretazione delle norme interne¹⁴.

¹⁰ Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, *cit.*

¹¹ «Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico».

¹² Art. 5: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

¹³ Nonostante la legge di autorizzazione alla ratifica del 28 marzo 2001, n. 145.

¹⁴ Come precisa Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, *cit.*: «all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo:

Ulteriore enunciazione del principio si incontra nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, vincolante per gli stati membri ai sensi dell'art. 6 TUE, che all'art 3. lo annovera tra i principi fondamentali della medicina e della biologia¹⁵.

2.2 La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Tornando nuovamente nell'ambito del Consiglio di Europa, l'Italia è invece impegnata a livello internazionale dalla Carta europea dei diritti dell'uomo: come asserito più volte dalla Corte di Strasburgo¹⁶, la mancata osservanza del requisito del consenso libero e informato integra infatti una violazione dell'art. 8 della Convenzione, sul diritto al rispetto della vita privata¹⁷, attraverso il quale la Corte ha affermato l'esistenza di un diritto di autodeterminazione come diritto di prendere decisioni che riguardino il proprio corpo.

Significativa la sentenza *Pretty c. Regno Unito*¹⁸, dove la Corte sottolinea in primo luogo che il concetto di *private life* è un concetto elastico, non suscettibile di definizione esaustiva, che può includere sia «l'integrità fisica e psichica della

esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme. Del resto, la Corte costituzionale, nell'ammettere le richieste di referendum su alcune norme della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernente la procreazione medicalmente assistita, ha precisato che l'eventuale vuoto conseguente al referendum non si sarebbe posto in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Corte cost., sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005): con ciò implicitamente confermando che i principi da essa posti fanno già oggi parte del sistema e che da essi non si può prescindere».

¹⁵ Art.3: «1. Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica.

2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:

a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge;

b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone;

c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro;

d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

¹⁶ Corte EDU, 2.6.2009, *Codarcea c. Romania*, ric. n. 31675/04, §109; *Id.*, 5.10.2006, *Trocellier c. Francia*, ric. n. 75725/01; *Id.*, 29.4.2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, § 63; in *hudoc.echr.coe.int*, riportate in *Foro it.*, 2003, IV; 57 e ss.

¹⁷ Art.8: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹⁸ Corte EDU, 29.4.2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, § 61, in *hudoc.echr.coe.int*.

persona», sia «elementi dell'identità fisica e sociale»¹⁹, fino a spingersi ad abbracciare «il diritto a instaurare e sviluppare relazioni personali con altri esseri umani e con il mondo esterno»²⁰. In secondo luogo, evidenzia che «nella sfera del trattamento medico, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, portare ad un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente mentalmente sano e adulto costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art 8.1 della Convenzione»²¹.

In generale, pur affermandosi a più riprese l'inclusione nell'art. 8 del diritto di disporre del proprio corpo, quando da ciò dipenda la protezione della propria identità personale, si rinviene tuttavia nella giurisprudenza della Corte una forte tendenza a lasciare spazio alle ingerenze dei legislatori nazionali nella sfera dell'autonomia individuale.²²

2.3 Diritto di autodeterminazione nell'impianto costituzionale

Il principio del consenso, inteso come elemento essenziale nella garanzia di disponibilità individuale sulle scelte esistenziali che attengono al proprio corpo, è stato consacrato prima di tutto a livello giurisprudenziale, stante l'assenza nell'ordinamento italiano di riferimenti testuali espressi e generali riguardanti la materia²³, attraverso il collegamento con alcuni principi fondamentali espressi in Costituzione agli artt. 2, 13, e 32.

L'evoluzione interpretativa si incardina innanzitutto sul contenuto dell'art. 32 Cost. e su una apertura sempre maggiore verso la dimensione psichica del diritto alla salute. Questo orientamento giurisprudenziale individua quindi nel diritto alla salute non

¹⁹Vedi anche: Corte EDU, 7.2.2002, *Mikulić c. Croazia*, ric. n. 53176/99, § 53 «Private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity. Respect for "private life" must also comprise to a certain degree the right to establish relationships with other human beings».

²⁰ Diritto affermato anche in: Corte EDU, 22.2.1994, *Burghartz c. Svizzera*, § 24; *Id.*, 31.1.1995, *Friedl c. Austria*, § 45.

²¹ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, cit., §63.

²² V. *infra* cap. III

²³ M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 197

solo la sua dimensione di *diritto sociale*, che include le esigenze di tutela collettiva e la pretesa dell'individuo di prestazioni sanitarie da parte dello Stato, ma anche la dimensione di *diritto individuale*, come diritto all'autodeterminazione nelle scelte che attengono alla salute e integrità fisica dell'individuo.

L'art. 32, comma 2, Cost. dispone che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Un'interpretazione riduttiva vorrebbe limitare tale disposizione ai soli divieti di sperimentazione coattiva, dato il contesto in cui era stata formulata, cioè in prevalente riferimento alle sperimentazioni e alla c.d. eutanasia eugenetica praticate nei campi di sterminio nazisti, escludendola invece per i trattamenti esclusivamente diretti al benessere dell'individuo²⁴. Una più corretta lettura²⁵ sottolinea invece come tale disposizione già nell'intenzione dell'Assemblea costituente si poneva a difesa della libertà personale in campo medico, come dimostra il fatto che furono respinte le proposte di inserire in Costituzione il «dovere di tutelare la propria sanità fisica» e il principio secondo cui «nessuno può disporre del proprio corpo in maniera incompatibile con la dignità umana».

Viene sottolineato in dottrina come tale diritto senza la necessità di un'attuazione legislativa, in quanto la norma sarebbe «giuridicamente sufficiente»²⁶. Tale libertà personale, sebbene non ricostruita in termini assoluti, impone una *riserva di legge rinforzata per contenuto*, dato che anche qualora la legge imponesse un trattamento obbligatorio, non potrebbe «in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Il limite del rispetto della persona umana va inteso nel senso di escludere una totale strumentalizzazione dell'individuo nel perseguimento di interessi collettivi. La giurisprudenza costituzionale ha delineato con chiarezza i limiti entro cui possono ritenersi legittimi trattamenti sanitari obbligatori o coattivi a tutela della salute pubblica (tali sono, ad esempio, i trattamenti relativi alle malattie infettive e contagiose, che richiedono accertamenti medici, le vaccinazioni

²⁴ G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del caso "Welby"*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1002 ss.

²⁵ C. CASONATO – F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 64.

²⁶ G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno la propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 88.

obbligatorie; il ricovero coatto di malati di mente; gli accertamenti di assenza di tossicodipendenze o di sieropositività HIV), sottolineando che il trattamento sanitario obbligatorio sarebbe illegittimo se giustificato esclusivamente da esigenze di salute collettiva, con danno alla salute del destinatario del trattamento: l'interesse alla salute collettiva deve porsi pertanto in rapporto di *coincidenza* con la tutela della salute individuale. La Corte Costituzionale afferma a tale proposito che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»²⁷. Ne deriva che un trattamento sanitario «può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»²⁸.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha ricostruito, poi, il principio del consenso come vero e proprio diritto fondamentale, collocandolo nel contesto dei diritti inviolabili (art.2) e della libertà personale (art.13): «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura come vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile” e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”»²⁹.

Da tale allargamento delle basi costituzionali derivano conseguenze importanti sul piano della portata del principio, in relazione alla questione della nutrizione e idratazione artificiali: di esse si è sostenuto infatti l'inquadramento giuridico come

²⁷ C. Cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Giur. Cost.* 1990, p. 1874 ss.; nella stessa direzione *Id.*, 23 giugno 1994 n. 258, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 2708 ss.; C. Cost. 18 aprile 1996 n. 118, in *Foro It.*, 1996, I, p. 2326 ss.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *www.giurcost.org*.

«atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere»³⁰, negando pertanto la riconducibilità di tali pratiche alla categoria dei trattamenti sanitari in senso stretto, e di conseguenza escludendole dalla copertura dell'art. 32 Cost. Contro questa tesi, da un lato, si obietta³¹ che è difficile negare la qualificazione di tali tecniche come trattamenti sanitari, atteso che, se chi non è medico le praticasse, incorrerebbe senza dubbio in una violazione dell'art. 348 c.p. (esercizio abusivo di professione). Dall'altro si oppone la costante ricostruzione, ad opera della giurisprudenza costituzionale, del prelievo di sangue, intervento di gran lunga meno invasivo della nutrizione e idratazioni artificiali, come trattamento sanitario, con conseguente applicabilità delle garanzie di cui all'art. 13 e 32 Cost.³². Su queste basi, la Corte di Cassazione in sede civile ha respinto espressamente la tesi, qualificando suddette tecniche come trattamento sanitario³³. In ogni caso, anche volendo accogliere la suddetta tesi, come conseguenza dell'allargamento delle basi costituzionali operato dalla Corte costituzionale e la qualificazione del consenso come vero e proprio diritto della persona, viene affermato il diritto al rifiuto anche oltre i confini di ciò che può essere rigorosamente qualificato come "trattamento sanitario" in senso stretto.³⁴

2.4 Consenso nella legge ordinaria e nel codice di deontologia medica

La legislazione ordinaria contiene inoltre alcune norme che, pur non riferendosi testualmente al consenso informato, sono considerate come aventi valore generale in

³⁰ Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, "L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente", 30 settembre 2005, approvato a maggioranza. Nello stesso parere, l'opinione opposta della minoranza, secondo cui la nutrizione e idratazione artificiali costituirebbero «trattamenti che sottendono conoscenze di tipo scientifico e che soltanto i medici possono prescrivere, soltanto i medici possono mettere in atto (...) e soltanto i medici possono valutare ed eventualmente rimodulare nel loro andamento».

³¹ C. CASONATO – F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, cit., p. 64

³² C. Cost., 24 marzo 1986, n. 54; *Id.*, sent. 12 giugno 1996, n. 194; *Id.*, sent. 9 luglio 1996, n. 238

³³ Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. : «Non vi è dubbio che l'idratazione e alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche».

³⁴ V. *infra* cap. II, 4.3.2.

materia: così la legge 23 Dicembre 1978, n. 833 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, che ha previsto la volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari. Inoltre vi sono disposizioni settoriali in cui il consenso informato del paziente viene espressamente richiesto come condizione di liceità dell'atto medico: così la legge in materia di attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati, da ultimo modificata e trasfusa in legge 21 Ottobre 2005, n. 219; la legge 19 Ottobre 2004, n. 40 in materia di procreazione medicalmente assistita. Le fonti subordinate (tra cui linee guida formulate da Regioni o enti locali al fine di orientare le attività di carattere organizzativo in ambito sanitario), stante il vincolo costituzionale della riserva di legge statale, possono unicamente dettagliare il contenuto della prescrizione di legge, ma non conformarlo³⁵.

Anche il codice di deontologia medica considera, come dato ormai acquisito, la centralità del consenso informato, e riconosce il principio della rilevanza della volontà del paziente come limite ultimo all'esercizio dell'attività medica. Il passaggio dalla concezione paternalistica del rapporto medico-paziente al concetto di alleanza terapeutica è chiaro nel confronto tra la codificazione del 1995 e quella del 1998: nella prima il medico viene ancora individuato come detentore di «potestà» e viene affermata la prevalenza della libertà professionale sulla volontà del paziente³⁶; nella seconda, in linea con i parametri dettati nel frattempo dalla convenzione di Oviedo, il medico è vincolato al rispetto della volontà del paziente e non può intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato. La versione più recente del codice di deontologia medica (2014) si pone in linea di continuità con questa concezione³⁷, affermando all'art. 35 che «l'acquisizione del consenso o del dissenso è di specifica competenza del medico, non delegabile» e che costui «non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o del dissenso informato del paziente». All'art. 36 si prevede inoltre che «il medico assicura l'assistenza indispensabile, in condizioni d'urgenza e di emergenza, nel

³⁵ Corte Cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *Foro it.*, 2004, I, 342

³⁶ Art. 29: «La volontà del paziente, liberamente e attualmente espresso, deve informare il comportamento del medico, entro i limiti della potestà, della dignità e della libertà professionale».

³⁷ La concezione del rapporto medico-paziente in chiave di alleanza terapeutica è esplicitamente accolta all' art. 20 del codice di deontologia medica del 2014: «La relazione tra medico e paziente è costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità».

rispetto delle volontà se espresse o tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento se manifestate»³⁸. Le altre disposizioni disciplinano le modalità dell'informazione e dell'acquisizione del consenso, il consenso del rappresentante legale, e la rilevanza delle eventuali dichiarazioni anticipate di trattamento. Quanto alla rilevanza delle norme deontologiche, secondo un consolidato ordinamento giurisprudenziale il rapporto tra norma di diritto e regola etica è da configurare in termini di *integrazione*, piuttosto che di separazione³⁹: la funzione della regola deontologica non si limita più alle mere esigenze organizzative sottese ad ogni singola categoria professionale, ma si allarga alla tutela dei destinatari dell'attività professionale⁴⁰. Il fondamento che dà valore giuridico alla norma deontologica va ravvisato nel principio di diligenza espresso all'art. 1176, comma 2, c.c., secondo cui «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata»⁴¹, e nell'art. 2236 c.c., in tema di professioni intellettuali, secondo cui «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave». Attraverso quindi tali clausole generali, le regole deontologiche finiscono per essere veicolate nei giudizi di responsabilità professionale medica, diventando parametri di valutazione della correttezza professionale⁴².

3. Rilevanza penale del consenso informato: il trattamento medico arbitrario

3.1 Cenni sui possibili inquadramenti giuridici

Pur mancando nel nostro ordinamento una norma specifica che preveda la fattispecie del trattamento sanitario arbitrario, può ritenersi pacifico il principio secondo il quale il medico che agisce in assenza del consenso del paziente all'atto medico, pone in

³⁸ Codice di deontologia medica del 2014, pubblicato sul sito dell'Ordine dei Medici, www.fnomceo.it.

³⁹ M. TAVANI – M. PICOZZI – G. SALVATI, *Manuale di deontologia medica*, Milano, 2007, p. 50; A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e della dignità umana*, Torino, Utet giuridica, 2008, p. 51.

⁴⁰ Cass., Sez. un., 24 maggio 1975, n. 2104, in *Foro it.*, 1976, p. 115 ss.

⁴¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1990, p. 90 ss.

⁴² A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e della dignità umana*, cit., p. 52.

essere un comportamento suscettibile di costituire fonte di responsabilità penale, soprattutto nel caso in cui si verificano conseguenze pregiudizievoli per la salute del paziente.

Al riguardo il problema principale che si pone è quello della «giustificazione» dell'atto medico e, conseguentemente, della qualificazione giuridica della condotta del medico che esegua il trattamento sanitario in difetto del consenso del paziente.

In dottrina, il problema è stato per lungo tempo impostato in una prospettiva puramente endopenalistica, dandosi per scontata la tipicità del fatto e la riconducibilità al paradigma tipico del delitto di lesioni personali, integrato dall'intervento incidente sull'integrità fisica, e in particolar modo in caso di “esito infausto”. Di qui l'esigenza di individuare una causa di giustificazione idonea a far venir meno l'illiceità penale del fatto, che scriminino le condotte terapeutiche compiute conformemente alle *leges artis*, ma produttive di eventi avversi in sé prevedibili, e anzi messi in conto dal sanitario come possibili conseguenze della terapia.

In primo luogo, come base di legittimazione dell'atto medico, si è invocata la scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p., salve le ipotesi di grave e urgente pericolo per la vita e la salute del paziente, in cui il medico sarebbe legittimato a intervenire in assenza del consenso sulla base dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.⁴³. L'obiezione principale a questa impostazione è rappresentata dalla soggezione all'art. 5 c.c., che prevede il divieto di atti di disposizione del proprio corpo qualora cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, sancendo l'irrelevanza del consenso dell'interessato quando prestato in materia di diritti indisponibili. Posto che l'intervento medico spesso comporta lesioni permanenti per il paziente, il principio dell'indisponibilità dell'integrità fisica renderebbe quindi inoperante la scriminante del consenso dell'avente diritto oltre le strette maglie del 5 c.c.. Per evitare questa conseguenza, si è da più parti cercato di ridimensionare la portata di principio generale tradizionalmente riconosciuta a tale disposizione, o comunque di negarne l'applicabilità in ambito sanitario. In tale prospettiva, si è sostenuto, ad esempio, che l'art. 5 c.c. si riferirebbe soltanto agli atti

⁴³ F. VIGANÒ, in *Codice penale commentato*, MARINUCCI – DOLCINI, Milano, Ipsoa, 2006, p. 522; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, Cedam, 2000, p. 125 ss.

“sfavorevoli” al paziente e non mai a quelli “favorevoli”, quali sono per definizione quelli terapeutici, ovvero che tale disposizione non varrebbe affatto nell’ambito dell’attività medica, considerata, in ogni caso, la prevalenza su ogni norma del diritto all’autodeterminazione terapeutica sancito dall’art. 32, comma 2, Cost.⁴⁴.

Un’altra tesi riconduce invece la liceità del trattamento medico all’ambito di operatività dell’art. 51 c.p., ora sotto il profilo dell’adempimento di un dovere da parte del sanitario, per cui la liceità dell’attività medica discenderebbe dalla sua doverosità, ora sotto il profilo dell’esercizio del diritto, in particolare di esercizio di attività disciplinata e incoraggiata dallo Stato nell’adempimento dei suoi compiti di tutela della salute collettiva, sanciti dall’art. 32 della Costituzione⁴⁵.

Un’impostazione ancora diversa vuole invece la riconducibilità della legittimazione medica ad una causa di giustificazione non codificata, ricostruibile in forza di un procedimento di *analogia iuris* non incluso nel divieto posto dall’art. 14 preleggi, che si applica esclusivamente alle norme interpretatrici e non anche alle scriminanti espressive di principi generali dell’ordinamento⁴⁶.

Una diversa tesi assume invece un’altra prospettiva, negando in radice l’esistenza di un problema di giustificazione di un fatto penalmente rilevante, negando la stessa tipicità del trattamento medico⁴⁷. Dall’intrinseca utilità sociale⁴⁸ della condotta del sanitario e dalla sua funzionalità a promuovere la salute del paziente deriva l’*autolegittimazione dell’attività medico-chirurgica*, senza alcuna necessità di ragione giustificativa oltre a quella dell’art. 32 Cost. Contro questa impostazione si sottolinea che il bisogno di legittimazione del trattamento medico si deduce dal riconoscimento pacifico del diritto fondamentale del soggetto di rifiutare le cure (in forza dell’art. 32/2) , che comporta l’illiceità di un trattamento praticato contro la volontà dell’interessato, anche qualora funzionale al benessere del paziente e

⁴⁴ M. BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, Cedam, 2006, pp. 265 ss., 317 ss., 483 ss.; F. DASSANO, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 27 ss.

⁴⁵ F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 645.

⁴⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 316 ss;

⁴⁷ A. MANNA, *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Indice pen.*, 2004, p. 469; G. IADECOLA, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato fuori dall’urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. pen.* 2002, p. 529.; *Id.*, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (del dissenso) nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2262.

⁴⁸ Impostazione influenzata dalla «teoria dell’azione socialmente adeguata». Si veda C. FIORE, *L’azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, Morano, 1966, p.126.

conforme alle *leges artis*. L'attività medica non può dunque autolegittimarsi, sottolineandosi l'esigenza di una specifica legittimazione, rinvenibile già e prima di tutto sul piano costituzionale all'art. 32/2 Cost nella sua dimensione della tutela dell'integrità fisica della persona come diritto inviolabile, e affidata all'esclusiva autodeterminazione individuale⁴⁹.

3.2 *L'iter giurisprudenziale in materia di trattamento medico arbitrario*

La questione della responsabilità del medico che esegua un intervento medico-chirurgico in assenza del consenso informato del paziente (o di ulteriori condizioni di legittimazione dell'atto medico) è da affrontare in rapporto alle diverse soluzioni cui è approdata nel tempo la giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di trattamento medico arbitrario.

3.2.1 *Caso Massimo*

Una prima soluzione nel senso della riconducibilità al paradigma del reato di lesioni personali viene affermata dalla Cassazione nel 1992 nella sent. *Massimo*⁵⁰. La sez. V della Corte di cassazione confermò la condanna del chirurgo Massimo, pronunciata dai giudici di merito della Corte d'Assise di Firenze, per il reato di omicidio preterintenzionale, per aver il medico proceduto all'asportazione totale addominoperineale del retto di una paziente, in seguito deceduta per complicanze legate al trattamento eseguito, sebbene la paziente avesse prestato il proprio consenso all'esecuzione di un meno invasivo intervento di asportazione transanale di un adenoma villosa.

Secondo tale impostazione qualsiasi intervento chirurgico cagiona una lesione sull'integrità fisica del paziente, la quale integra a sua volta una «malattia», evento

⁴⁹ P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 406 ss.

⁵⁰ Cass., Sez. V pen., 21 aprile 1992, in *Cass. pen.*, 1993, p.63 ss.

tipico del delitto di lesioni personali di cui all'art. 582 c.p.⁵¹, intesa dalla Corte in una accezione ampia come «qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo».

Tale evento inoltre viene volontariamente e consapevolmente cagionato dal chirurgo, che pertanto agisce con dolo, dato che l'elemento soggettivo richiesto nel reato *de quo* è il dolo generico⁵², non richiedendosi dunque alcun particolare *animus nocendi*, ma soltanto la consapevolezza di cagionare l'evento, indipendentemente dalla finalità curativa che animi in concreto il medico. Secondo i giudici della Suprema Corte, infatti, nella decisione della Corte d'Assise di Firenze «correttamente viene configurata nella fattispecie l'antigiuridicità della condotta del chirurgo, che proprio contraddistingue la lesività dolosa. Al riguardo, viene rettammente ricordato il carattere generico che connota l'elemento psichico del reato di lesioni volontarie e segnala la sua compatibilità con l'atto medico, al pari di un qualsiasi atto lesivo della integrità fisica, posto che la legge non esige che il soggetto agisca per uno scopo o un motivo illeciti. Il fine che l'agente si propone è irrilevante per il dolo generico [...]. Il chirurgo ebbe, sotto il profilo intellettuale, la rappresentazione dell'evento lesioni e, sotto quello volitivo, l'intenzione diretta a realizzarlo, ebbe cioè consapevole volontà di ledere l'altrui integrità personale senza averne diritto e senza che ve ne fosse la necessità. Ed aveva cagionato una lesione da cui era derivata la malattia, un processo patologico che aveva determinato una menomazione funzionale (grave). Ciò è sufficiente per realizzare l'elemento psichico e quello materiale del reato in discorso». Pertanto, in mancanza di un'idonea causa di giustificazione, rappresentata alternativamente dal consenso del paziente o dallo stato di necessità (che nel caso concreto era stato escluso dalla Corte d'Assise), il trattamento medico-chirurgico si deve qualificare come antigiuridico e integra il delitto di lesioni personali dolose ai sensi dell'art. 582 o dell'art. 583, a seconda della gravità delle conseguenze sull'integrità fisica del paziente.

⁵¹ Art. 582 c.p.: «Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni».

⁵² Il dolo generico qui consiste «nella consapevolezza che la propria azione provochi o possa provocare danni fisici alla vittima; non occorre, al contrario, che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione di determinate conseguenze lesive» (Cass. n. 17985/2009). È sufficiente a integrare il delitto di lesioni volontarie anche il *dolo eventuale*, «ossia la mera accettazione del rischio che la manomissione fisica della persona altrui possa determinare effetti lesivi» (Cass. n. 35075/2010).

Qualora l'intervento cagioni addirittura la morte del paziente, come nel caso di specie, è configurabile per il chirurgo una responsabilità per il delitto di *omicidio preterintenzionale* ex art. 584 c.p.

Si è osservato che la *ratio decidendi* della Corte sia nel senso di ritenere che «ogni intervento chirurgico – o quanto meno ogni intervento chirurgico che produca immediatamente una apprezzabile, anche se transitoria, menomazione funzionale nell'organismo del paziente – cagiona una “malattia” ai sensi delle norme in tema di lesioni personali, indipendentemente dall'esito finale – fausto o infausto – del trattamento stesso: e dunque anche laddove il trattamento, come purtroppo non avvenne nel caso di specie, si risolve in un complessivo miglioramento della salute del paziente»⁵³. Solo muovendo da tale presupposto, infatti, i giudici possono essere pervenuti a ravvisare il dolo diretto delle lesioni personali (necessario per il configurarsi del delitto di omicidio preterintenzionale) in capo al medico che chiaramente non poteva che essersi rappresentato e aver voluto un trattamento dall'esito fausto, ma che al tempo stesso non poteva non essersi rappresentato come certa la verifica di una malattia quale inevitabile conseguenza del trattamento chirurgico stesso.

3.2.2. *Caso Barese*

L'orientamento espresso dalla Cassazione nella sentenza *Massimo* viene rimesso in discussione nella sentenza *Barese*⁵⁴ del 2001 dalla sezione IV della Suprema Corte, che è pervenuta a una rielaborazione della problematica in esame giungendo a conclusioni diametralmente opposte. Il caso di specie riguardava una fattispecie analoga a quella decisa con la sentenza del 1992, concernendo un'ipotesi di esecuzione di un intervento più esteso e invalidante di quello per cui era stato prestato consenso, sulla base di una decisione presa in autonomia dal medico durante la fase di esecuzione di quest'ultimo: l'imputato, il dottor Barese, ottenuto dalla paziente il consenso all'asportazione chirurgica di una cisti ovarica, nel corso

⁵³ A. VALSECCHI, *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 dicembre 2010.

⁵⁴ Cass., Sez. IV pen., 9 marzo 2001, n. 28132 in *Cass. pen.*, 2002, 517 ss.

dell'intervento, avvedutosi della presenza di una massa tumorale, decide di procedere all'asportazione di tale massa e dell'intero utero. Anche in questo caso, la paziente muore in conseguenza di complicanze legate all'intervento.

La Cassazione conferma la condanna del chirurgo per *omicidio colposo*, sulla base del carattere imprudente della decisione operatoria e della sua concreta esecuzione; esclude invece ogni responsabilità per omicidio preterintenzionale (come invece richiedeva la pubblica accusa), rilevando che l'erronea convinzione del medico di dovere eseguire l'intervento a tutela della salute della paziente fosse idonea a escludere il dolo generico richiesto per il delitto di lesioni personali e, di conseguenza, il dolo intenzionale richiesto per l'omicidio preterintenzionale. Il rilievo decisivo è assegnato alla mancanza del requisito della "direzione" degli atti richiesto dall'art. 584 c.p. per il "delitto base" di percosse o lesioni, dato che la finalità curativa esclude l'intenzione di cagionare una lesione alla paziente, sicché la conseguente morte non voluta della paziente può essergli imputata a titolo di omicidio colposo e non preterintenzionale: «se è vero che la connotazione finalistica della condotta (la finalità terapeutica) è irrilevante - non essendo richiesto il dolo specifico per i reati di lesioni volontarie e percosse - è altrettanto vero che la formulazione dell'art. 584 cod. pen. ("atti diretti a") fa propendere per la tesi, [...] che l'elemento soggettivo richiesto per l'omicidio preterintenzionale, quanto all'evento voluto, sia costituito dal dolo diretto o intenzionale con esclusione quindi del dolo eventuale»⁵⁵.

L'esclusione dell'omicidio preterintenzionale rivela che la nozione di malattia qui adottata (ma non esplicitata) dalla Corte fa leva sul solo *esito infausto* dell'intervento medico chirurgico, il che costituisce differenza fondamentale rispetto alla sentenza del 1992: nella nozione sottintesa nel caso *Massimo*, la malattia, evento tipico del delitto di lesioni personali, viene configurata dall'intervento chirurgico a prescindere dall'esito, con la conseguenza della necessaria sussistenza del dolo intenzionale, posto che il medico agisce necessariamente rappresentandosi e volendo produrre gli effetti tipici dell'intervento chirurgico stesso; nella sentenza *Barese* invece, l'esclusione del dolo intenzionale, invece, presuppone che si abbia "malattia" solo al verificarsi di conseguenze infauste per il paziente – ossia condizioni di salute

⁵⁵ Cass., Sez IV pen., 9 marzo 2001, n. 28132, cit.

complessivamente peggiori rispetto a prima dell'intervento – e, dunque, conseguenze non pienamente volute dal medico⁵⁶. La conferma si ha negli esempi di sussistenza di dolo intenzionale in capo al medico riportati dai giudici: «casi in cui la menomazione del corpo o della mente venga provocata, intenzionalmente, per scopi scientifici, di ricerca o per scopi esclusivamente estetici [...], casi di interventi demolitivi coscientemente inutili, casi in cui il medico proceda ad un'amputazione per curare una patologia che sa poter essere affrontata agevolmente con diversi mezzi terapeutici o quelli in cui si produca un'inutile e consapevole mutilazione dell'integrità fisica del paziente, e tutti i casi in cui il chirurgo o il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica del paziente». Dunque l'omicidio preterintenzionale può dirsi sussistente sul piano soggettivo solo quando il medico «agisca essendo conscio che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente».

3.2.3. Caso Firenzani

L'orientamento espresso nella sentenza *Massimo* viene recuperato in sostanza nella pronuncia della sezione IV della Cassazione sul caso *Firenzani*⁵⁷. La Corte, confermando la sentenza di secondo grado, condanna il chirurgo Firenzani per lesioni colpose, per aver effettuato un intervento di artroscopia diagnostica su una paziente affetta da gonalgia al ginocchio sinistro, erroneamente operando il ginocchio destro, dal quale aveva asportato il menisco, e ciò sebbene *ex post* l'operazione si fosse comunque rivelata utile e correttamente eseguita, in quanto anche il ginocchio operato evidenziava una patologia che rendeva indicata l'asportazione del menisco.

La Corte stabilisce qui senza mezzi termini che in caso di trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente «il delitto di lesioni personali ricorre nel suo profilo oggettivo, poiché qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di

⁵⁶ A. VALSECCHI, *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

⁵⁷ Cass., Sez IV pen., 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cass. pen.* 2002, p. 2041 ss.

cura e con esito “fausto”, implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l’elemento oggettivo di detto reato, ledendo l’integrità corporea del soggetto. Su quest’ultimo punto, si sottolinea che il reato di lesioni sussiste anche quando il trattamento eseguito a scopo terapeutico abbia esito favorevole, e la condotta del chirurgo nell’intervento sia di per sé immune da ogni addebito di colpa, ‘non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato di salute’ (v. così, in termini, la citata sez. V, 21 aprile 1992, *Massimo*)». La condanna per lesioni personali *colpose* avviene sulla base di un *iter* argomentativo che parte dalla normale configurazione del delitto di lesioni personali *dolose* nel caso di intervento medico-chirurgico eseguito in assenza di consenso del paziente o di un’altra situazione legittimante (in modo analogo a quanto affermato nella sentenza *Massimo*), per arrivare al riconoscimento di una mera responsabilità colposa solo nel caso di errore del medico sull’esistenza di un consenso del paziente all’operazione eseguita in concreto, con applicazione nel caso di specie della disciplina della cd. causa di giustificazione putativa, ex art. 59 ult. co. c.p.. In tale sentenza si ha pertanto una valorizzazione del consenso del paziente come presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico, la cui mancanza determina l’arbitrarietà del trattamento medico stesso e la sua rilevanza penale.

3.2.4. Caso Volterrani

Nella sentenza *Volterrani*⁵⁸ del 2002 si verifica l’ennesimo cambio di rotta giurisprudenziale sul trattamento medico eseguito in assenza del consenso del paziente. Nel caso di specie, il dottor Volterrani, ottenuto il consenso dal paziente alla rimozione chirurgica di un’ernia ombelicale, durante l’intervento riscontra una massa tumorale e procede alla sua rimozione, intervento ben più invasivo e dalle conseguenze letali.

Nonostante il caso di specie fosse analogo a quello deciso nella vicenda *Massimo* (esecuzione di un intervento più esteso di quello per cui era stato prestato consenso, sulla base di una decisione presa in autonomia dal medico durante la fase di

⁵⁸ Cass., Sez. I pen., 29 maggio 2002, n. 3122, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2659 ss.

esecuzione di quest'ultimo), la Corte perviene a conclusioni diametralmente opposte, confermando l'*assoluzione* del sanitario dall'accusa di omicidio preterintenzionale. I giudici della Corte, confermando la decisione della Corte d'Assise d'Appello di Torino, 3 ottobre 2001, formulano il *principio dell'intrinseca liceità del trattamento medico-chirurgico*, a prescindere dall'esito fausto o infausto dello stesso, così escludendo in radice che il trattamento medico praticato in assenza del consenso del paziente leda il bene dell'integrità fisica e, dunque, integri il reato di lesioni personali dolose (e di omicidio preterintenzionale in caso di decesso del paziente). Secondo la Corte «quando il giudice di merito riconosce, in concreto, il concorso di tutti i requisiti occorrenti per ritenere l'intervento chirurgico eseguito con la completa e puntuale osservanza delle regole proprie della scienza e della tecnica medica deve, solo per questa ragione, anche senza fare ricorso a specifiche cause di legittimità codificate, escludere comunque ogni responsabilità penale dell'imputato, cui sia stato addebitato il fallimento della sua opera». Il medico dunque sarebbe «legittimato a sottoporre il paziente affidato alle sue cure al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso, anche in assenza di un esplicito consenso».

Il chirurgo che esegue un intervento funzionale a salvaguardare la salute del paziente pone in essere un'attività che corrisponde all'interesse dello Stato di tutelare il diritto fondamentale alla salute, riconosciuto dall'art. 32 Cost., non cagionando alcuna "malattia" ai sensi delle norme incriminatrici delle lesioni personali, e agendo, al contrario, per eliminare una malattia preesistente. La sua attività è dunque irrilevante penalmente a prescindere dall'esistenza o meno del consenso del paziente all'intervento.

Secondo quanto statuito dalla Suprema Corte in *Volterrani*, pertanto, la volontà del paziente non ha alcuna rilevanza giuridico-penale, se non nell'ipotesi in cui il paziente abbia espresso un vero e proprio *dissenso* all'intervento: «la volontà del soggetto in ambito giuridico e penalistico in particolare svolge un ruolo decisivo soltanto quando sia espressa in forma negativa». Se il sanitario non si arresta di

fronte all'espesso rifiuto del paziente alla terapia, si ritiene qui integrato non il delitto di lesioni personali, ma piuttosto quello di violenza privata ex art. 610 c.p.⁵⁹. Tuttavia tale orientamento è rimasto isolato, non avendo trovato seguito presso la giurisprudenza delle sezioni penali della Corte di Cassazione.

3.2.5. Le pronunce del 2008: *Casi Huscher, M.D., e G.F.*

La giurisprudenza di legittimità prende le distanze dalla soluzione adottata in *Volterrani* in alcune pronunce del 2008.

Nel caso *Huscher*⁶⁰, i medici della divisione di chirurgia di un ospedale romano erano chiamati a rispondere dei delitti di lesioni volontarie e di omicidio preterintenzionale, avendo eseguito, secondo l'accusa, trattamenti non indicati o particolarmente invasivi a fine sperimentale, in situazioni in cui vi erano alternative terapeutiche più "lievi", senza informare i pazienti dell'esistenza di simili alternative terapeutiche e provocando loro lesioni personali e, in alcuni casi, la morte.

La Cassazione, accogliendo in parte il ricorso della Procura della Repubblica, cassa con rinvio la sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal g.u.p., e prendendo le distanze dall'orientamento adottato nel caso *Volterrani*, accoglie espressamente l'impostazione formulata in *Barese*, che conduce ad escludere la responsabilità del medico per il reato di lesioni personali dolose e, in caso di morte del paziente, per omicidio preterintenzionale, nel caso in cui il medico decida unilateralmente di praticare un trattamento non consentito dal paziente e dall'esito infausto. In questi casi, se l'esito infausto è da attribuirsi a scelte terapeutiche colposamente errate, il medico dovrà essere chiamato a rispondere di lesioni colpose e di omicidio colposo, mentre solo nel caso in cui l'esito infausto sia stato previsto e voluto il medico sarà chiamato a rispondere a titolo di dolo.

Analogamente alla sentenza *Barese*, la nozione di malattia implicitamente adottata in *Huscher* include il solo esito infausto, ossia quando le condizioni di salute del paziente siano complessivamente peggiori rispetto a prima dell'intervento, pertanto

⁵⁹ A favore di questa impostazione A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 53.

⁶⁰ Cass., Sez. IV pen., 16 gennaio 2008, n. 11335, in *Guida al dir.*, 2008, p. 93 ss.

normalmente non voluti dal medico, nel senso proprio che il concetto di “volontà” assume nel dolo diretto richiesto dalla fattispecie ex art. 584 c.p. Sotto questo profilo la Corte prende quindi le distanze anche dall’orientamento espresso nel caso *Massimo*. Il consenso del paziente non gioca dunque alcun ruolo nella qualificazione giuridica del fatto del medico, non potendo certo escludersi la responsabilità per colpa nel caso di esito infausto dovuto a negligenza del medico in presenza del consenso del paziente.

Sulla stessa linea argomentativa si colloca la sentenza 24 giugno 2008, n. 37077, M.D.⁶¹, in cui la Suprema Corte affronta il caso di un medico accusato di aver somministrato alla propria paziente dosi massicce di un farmaco specifico per la cura dell’epilessia, utilizzandolo in via sperimentale come cura per l’obesità in ragione dei suoi effetti collaterali anoressizzanti (cd. uso “*off label*” del farmaco). La paziente aveva accusato una serie di effetti collaterali della somministrazione in dosi massicce del farmaco, ma di cui non era stata informata. Per tali fatti il medico veniva condannato in primo grado per il reato di lesioni personali aggravate dolose, mentre il giudice d’appello, escluso che fosse stata fornita la prova del dolo, derubricava il fatto a lesioni personali colpose, imputando al medico imprudenza nella scelta del farmaco e negligenza nella determinazione del dosaggio.

Prima di tutto la Corte prende le distanze da *Volterrani*, statuendo che il consenso del paziente costituisce un «presupposto di liceità del trattamento», per poi escludere che «dall’intervento effettuato in assenza di consenso o con un consenso prestato in modo invalido possa di norma farsi discendere la responsabilità del medico a titolo di lesioni volontarie ovvero, in caso di esito letale, a titolo di omicidio preterintenzionale. Ciò in quanto il sanitario [...] si trova ad agire, magari erroneamente, ma pur sempre con una finalità curativa, che è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni».

Analogamente a *Barese e Huscher*, non si ravvisa dunque la volontà «diretta a ledere» richiesta dall’art. 584, e dunque il dolo intenzionale. Tuttavia qui la Corte si spinge oltre, affermando il principio dell’irrelevanza dell’acquisizione del consenso al diritto penale: «la valutazione del comportamento del medico, sotto il profilo penale, quando si sia in ipotesi sostanziato in una condotta vuoi omissiva, vuoi

⁶¹ Cass., Sez. IV pen., 24 giugno 2008, n. 37077, in *Riv. pen.*, 2008, p. 1308 ss.

commissiva dannosa per il paziente, non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza di consenso». Contro tale conclusione, si obietta⁶² che la finalità terapeutica che guida il medico può ben escludere il dolo diretto e intenzionale di lesioni – come già argomentato in *Barese* – ma non è affatto incompatibile col dolo eventuale, ossia la mera accettazione del rischio che la manomissione fisica della persona altrui possa determinare effetti lesivi, che rappresenta condizione sufficiente per l'integrazione del delitto di lesioni personali dolose (fattispecie a dolo generico). Tanto più che la previsione dell'evento e l'accettazione del rischio del suo verificarsi sembrano ravvisabili in capo al medico, il quale senz'altro conosce gli effetti collaterali di un farmaco – che, anzi, nel caso di specie si vogliono consapevolmente accentuare attraverso un alto dosaggio – e accetta scientemente il rischio del loro verificarsi pur di perseguire, per il bene del paziente, la finalità terapeutica.

Ancora nel 2008, La sez. IV della Cassazione si pronuncia nuovamente sul fatto di un chirurgo che, nel rimuovere un'ernia discale, aveva cagionato una lesione permanente al paziente per il verificarsi di complicanze operatorie, legate a una particolare sindrome da cui era affetto l'uomo (cd. della "cauda equina"), da lui previste prima dell'intervento ma non illustrate al paziente al momento dell'acquisizione del consenso. La Corte conferma la condanna per il reato di lesioni colpose pronunciata dai giudici di merito⁶³.

Il Supremo Collegio, infatti, riconosciuta la natura di *presupposto di liceità* del trattamento medico del consenso del paziente, fa derivare, dalla mancanza o dalla invalidità dello stesso, la rilevanza penale del trattamento, «in quanto compiuto in violazione della sfera del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo». Riallacciandosi alla teoria dottrinale del rischio consentito, la Corte afferma inoltre che il consenso del paziente produce l'effetto di escludere il rimprovero per colpa al medico che, nonostante il rispetto delle *leges artis*, abbia cagionato al paziente lesioni personali, mentre la mancata acquisizione del consenso fa sì che sul medico gravi la responsabilità per qualsiasi esito infausto

⁶² A. VALSECCHI, *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

⁶³ Cass., Sez. IV pen., 6 novembre 2008, n. 45126, in *www.anaao.it*.

derivi al paziente dall'intervento, anche se tale esito non sia immediatamente imputabile a negligenza, imperizia o imprudenza del sanitario.

3.2.6. *Caso Giulini: la soluzione delle Sezioni Unite*

La situazione di contrasto giurisprudenziale è stata parzialmente risolta alle Sezioni Unite penali della Cassazione nel 2008 nel caso *Giulini*⁶⁴, che ha affermato l'irriducibilità al paradigma oggettivo del delitto di lesioni personali del trattamento chirurgico eseguito *leges artis* ma in assenza di consenso informato del paziente, qualora il trattamento abbia avuto in concreto *esito fausto* (risolvendosi quindi in un complessivo miglioramento dello stato di salute del paziente).

Nel caso di specie, la paziente venne sottoposta a un «intervento di laparoscopia operativa e, senza soluzione di continuità, a salpingectomia che determinò l'asportazione della tuba sinistra. Alla stregua della ricostruzione operata dai giudici del merito, l'intervento demolitorio risultò essere stato una scelta corretta ed obbligata, eseguita nel rispetto della *lex artis* e con competenza superiore alla media; tuttavia, secondo l'assunto accusatorio, senza il consenso validamente prestato dalla paziente, informata soltanto della laparoscopia. Secondo i primi giudici, infatti, già in fase di programmazione della laparoscopia erano prevedibili l'evoluzione di tale intervento in operativo e l'elevata probabilità di asportazione della salpinge, la non opportunità dell'interruzione dell'intervento e la mancanza del pericolo di vita e, quindi, del presupposto dello stato di necessità, ai fini dell'acquisizione del consenso».

Il giudice di primo grado qualificava il fatto come violenza privata, qualificazione confermata dalla Corte d'Appello che contestualmente rilevava la prescrizione del reato; la sentenza è impugnata dallo stesso imputato.

La Sez. V della Corte rimette la decisione sui ricorsi alle Sezioni Unite, ritenendo pregiudiziale la soluzione di due quesiti: «se abbia o meno rilevanza penale» e, nel

⁶⁴ Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1739 ss. Per un'analisi della sentenza delle Sezioni Unite, cfr. F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1851

caso di risposta affermativa al primo quesito, «quale ipotesi delittuosa configuri la condotta del sanitario che, in assenza di consenso informato del paziente, sottoponga il medesimo ad un determinato trattamento chirurgico nel rispetto delle “regole dell’arte” e con esito fausto».

Nella sentenza le Sezioni Unite della Cassazione affermano importanti principi di diritto sulla responsabilità del medico in caso di trattamento medico arbitrario.

In primo luogo si aderisce all’orientamento che fonda nel consenso del paziente il presupposto di liceità del trattamento, senza peraltro identificare tale consenso con l’istituto di cui all’art. 50 c.p. L’attività medica trova la sua base di legittimazione nelle norme costituzionali che qualificano il bene salute come diritto fondamentale dell’individuo; tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. 438/08), dalle fonti internazionali (Convenzione sui diritti del fanciullo, Convenzione di Oviedo, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea) e da leggi dell’ordinamento (legge sulla donazione di emoderivati, legge sulla procreazione medicalmente assistita e legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale) ricaviamo che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute; ne consegue che il «presupposto indefettibile che giustifica il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole, - salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere - della persona che a quel trattamento si sottopone».

Su queste basi il trattamento medico-chirurgico effettuato in assenza del presupposto del consenso è da ritenere *illecito*, fermo restando che da tale illiceità non deriva automaticamente la rilevanza penale della condotta del medico: infatti, mentre è pacifica la responsabilità penale del medico che esegua un trattamento in presenza dell’esplicito dissenso del paziente, lo stesso non si può dire in caso di trattamento praticato di assenza del consenso.

In secondo luogo la Corte passa a una valutazione sulla sussumibilità della condotta nel sanitario nelle varie fattispecie di rilevanza penale.

La Corte prende innanzitutto in esame il reato di *violenza privata*, ipotesi che esclude per mancanza, nel fatto del medico che pratici il trattamento arbitrario, sia dell’elemento della violenza, sia dell’elemento della costrizione: l’unica forma di “violenza” praticata dal medico sul paziente, infatti, consiste nell’esecuzione del

trattamento, che nella fattispecie ricopre già il ruolo dell'evento della violenza privata e dunque non può rappresentare al tempo stesso anche la condotta; non può poi esservi costrizione su un soggetto anestetizzato (qual è il paziente che si sottopone al trattamento), difettando quel requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e soggetto passivo che costituisce presupposto indefettibile della costrizione.

Quanto alla configurabilità della fattispecie di *lesioni personali dolose*, si enuncia una definizione del concetto di «malattia nel corpo e nella mente», focalizzando dunque l'attenzione sul requisito oggettivo chiave che nello schema normativo di cui all'art. 582 e 583 c.p. deve rappresentare la conseguenza della condotta. Le Sezioni Unite respingono la nozione di malattia come mera «alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata, di lieve entità e non necessariamente influente sulle condizioni fisiche generali» – già adottata nella sentenza *Massimo* – e fa propria una *nozione funzionalistica* di malattia, da tempo pacificamente accolta dalla scienza medica, in base alla quale malattia è un «processo patologico evolutivo, necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo». La prima conseguenza è che la lesione anatomica determinata dall'incisione operatoria dei tessuti è di per sé insufficiente a integrare gli estremi della «malattia». La seconda conseguenza, in termini di accertamento dell'elemento psicologico del reato di cui all'art. 582 c.p., è che il dolo dell'agente dovrà coprire necessariamente anche la conseguenza «funzionale» che dalla condotta illecita è derivata.

Le Sezioni Unite, inoltre, in base a una lettura delle norme relative orientata al principio di *offensività*, affermano in sostanza che il trattamento che abbia esito fausto non integrerà mai il fatto tipico del delitto, perché all'esito del decorso postoperatorio non si avrà alcuna alterazione funzionale significativa nell'organismo. È infatti a quest'ultimo momento che il giudice deve guardare e non al momento dell'incisione chirurgica per valutare se via sia o meno una «malattia» nel senso proprio dell'art. 582. Ciò deriva dal fatto che la condotta è funzionale alla salvaguardia dell'oggetto giuridico del delitto di lesioni, la salute, che non può dirsi leso qualora il trattamento abbia in concreto prodotto un complessivo miglioramento delle condizioni di salute del paziente, a prescindere dalle conseguenze immediate

dell'intervento⁶⁵: «l'atto operatorio in sé rappresenta solo una "porzione" della condotta terapeutica, giacché essa, anche se ha preso avvio con quell'atto, potrà misurarsi, nelle sue conseguenze, soltanto in ragione degli esiti "conclusivi" che dall'intervento chirurgico sono scaturiti sul piano della salute complessiva del paziente [...]. Pertanto, ove l'intervento chirurgico sia stato eseguito *leges artis*, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se "anatomicamente" lesivo, non soltanto ha provocato – nel quadro generale della salute del paziente – una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto. Dunque [...] non potrà ritenersi integrato il delitto di cui all'art. 582, proprio per difetto del relativo "evento". In tale ipotesi l'eventuale mancato consenso del paziente al diverso tipo di intervento praticato dal chirurgo rispetto a quello originariamente assentito, potrà rilevare su altri piani, ma non su quello penale». Questa lettura – secondo i giudici – appare conforme, oltre che al principio di offensività, anche ai principi di *tassatività* (che impone di evitare, secondo un'espressione utilizzata in motivazione dalle Sezioni Unite stesse, "torsioni ermeneutiche" dei requisiti di fattispecie per colmare le lacune legislative) e al principio di *extrema ratio* (che impone che l'intervento del diritto penale avvenga solo qualora gli strumenti apprestati dagli altri rami dell'ordinamento non offrano sanzione utile ed efficace a contrastare determinati fatti illeciti; nel caso specifico il riferimento della Corte abbraccia meccanismi sanzionatori approntati sia a livello risarcitorio, e quindi civilistico, sia a livello disciplinare, e quindi amministrativo).

Sebbene, da un lato, nella motivazione delle Sezioni Unite vengano risolti alcuni dei nodi problematici legati al tema, dall'altro lato altri problemi di notevole rilevanza pratica vengono sostanzialmente lasciati aperti.

Il primo riguarda la stessa definizione di "esito fausto", che, secondo un orientamento dottrinale di cui i giudici rilevano l'esistenza, si identificherebbe non con un miglioramento della salute del paziente da un punto di vista puramente clinico,

⁶⁵ Nella stessa prospettiva F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 317; A. MANNA, *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, cit., p. 457; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2001, p. 401.

ma piuttosto con la *percezione che l'individuo ha di sé e del proprio stato*, tanto che in certi casi il giudizio medico e quello individuale possono anche divergere, con la conseguenza che anche un esito fausto sul piano strettamente clinico possa ben integrare l'evento "malattia" del delitto di lesioni personali. Le Sezioni Unite optano a tal riguardo per un approccio «ibrido»⁶⁶, che per un verso sposa una lettura *obiettiva* del concetto di malattia secondo la prospettiva della scienza medica⁶⁷, e per altro verso apre questa lettura a valutazioni soggettive del paziente sul proprio benessere e alle sue scelte circa le singole opzioni terapeutiche⁶⁸. Si osserva a proposito che la Corte «prende il comodo partito di non scegliere se accordare prevalenza a parametri di valutazione di tipo obiettivo o a parametri di tipo soggettivo»⁶⁹, lasciando il problema impregiudicato e affidandolo alle valutazioni di volta in volta effettuate dai singoli giudici di merito.

Il secondo problema irrisolto riguarda l'ipotesi del trattamento arbitrario con *esito infausto*. Ovviamente il trattamento, anche in caso di esito infausto, è pienamente lecito al sussistere delle ordinarie condizioni di legittimazione, tra cui, *in primis*, il consenso informato del paziente; mentre difettando tali condizioni, al prodursi di conseguenze infauste, riconducibili al concetto di malattia delineato, acquisterebbe rilevanza penale ai sensi delle norme incriminatrici per lesioni personali. Quanto al profilo soggettivo di responsabilità, le Sezioni Unite escludono la rimproverabilità del medico per lesioni personali dolose, ravvisando un'incompatibilità di fondo fra dolo delle lesioni e finalità terapeutica del trattamento medico, ipotizzando una possibile responsabilità per *lesioni personali colpose ex art. 55* (eccesso colposo) o *ex art. 59*, ultimo comma, c.p. (circostanze erroneamente supposte) a carico del medico, che abbia, rispettivamente, colposamente travalicato i limiti segnati dal

⁶⁶ Come definito in F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÁ – P. ZATTI, *La responsabilità in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 907.

⁶⁷ Cass., Sez. un. pen., 18 dicembre 2008, n. 2437, cit., p. 1739 ss: «che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa».

⁶⁸ *Ibid.* «è evidente, comunque, che per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare quindi che possa essere soltanto la "monologante" scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto dire a riguardo».

⁶⁹ G. FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009, p. 311.

consenso del paziente, ovvero abbia agito nell'erroneo e colposo convincimento dell'avvenuta prestazione del consenso informato da parte del paziente: «ove l'esito dell'intervento non sia fausto [...] la condotta del sanitario, avendo cagionato una "malattia", realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad esso potrà dunque operarsi lo scrutinio penale nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale". Ciò non toglie, peraltro, che nell'ambito della imputazione del fatto a titolo soggettivo – trattandosi pur sempre di condotta volta a fini terapeutici – accanto a quella logica incoerenza di siffatto atteggiamento psicologico con il dolo delle lesioni di cui all'art. 582 cod. pen., già posta in luce dalla prevalente dottrina e dai più recenti approdi giurisprudenziali di questa Corte, potranno assumere un particolare risalto le figure di *colpa impropria*, nelle ipotesi in cui – a seconda dei casi e delle varianti che può assumere il "vizio" del consenso informato – si possa configurare un errore sulla esistenza di una scriminante, addebitabile ad un atteggiamento colposo, ovvero allorché i limiti della scriminante vengano superati, sempre a causa di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (artt. 55 e 59, quarto comma, cod. pen.)».

Questa soluzione presenta numerosi profili critici. Le Sezioni Unite non prendono in considerazione il caso del medico che, resosi conto del difetto di consenso informato, proceda comunque nel compiere l'intervento, per differenziarlo dall'ipotesi del medico che *volontariamente* non abbia acquisito il consenso del paziente al trattamento poi eseguito con esito infausto. Qui, non potendo rinvenirsi errore sulla prestazione o estensione del consenso, e risiedendo la responsabilità nella violazione delle regole fondanti la legittimità dell'intervento, una responsabilità per colpa sembrerebbe riconnettersi alla tesi dottrinale⁷⁰ per cui il consenso del paziente avrebbe il ruolo di contribuire a segnare l'area di rischio consentito, assumendo il ruolo di *lex artis*, la cui violazione darebbe luogo a una responsabilità a titolo di colpa⁷¹. Con le conseguenti obiezioni fondate, da un lato, sul riconoscimento sostanziale di natura cautelare al consenso, nonostante la sua eterogeneità rispetto al

⁷⁰ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale*, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, III, Padova, Cedam, 2003, p. 467.

⁷¹ F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, cit., p. 911.

complesso delle *leges artis* sul piano della volontarietà⁷²; dall'altro, sulla paradossalità dell'attribuzione di responsabilità colposa, qualora il peggioramento delle condizioni di salute fosse stato previsto e messo in conto dal medico, almeno sul piano del rischio, così da configurare un dolo eventuale⁷³.

3.2.7 Profili critici sulla soluzione delle Sezioni Unite

Oltre all'aver lasciato aperti i problemi di cui sopra, la soluzione formulata in *Giulini* si espone a un'obiezione di fondo attinente alla dimensione costituzionale in cui occorre inquadrare la nozione di salute, assunta quale bene giuridico tutelato agli artt. 582 e 583 c.p.⁷⁴. La tesi, già sottolineata in precedenza, per cui un trattamento produttivo di un risultato giudicato positivo in una prospettiva esclusivamente clinica non sarebbe mai rilevante penalmente, riflette una concezione meramente *oggettiva* della salute umana, la cui valutazione dovrebbe essere di esclusiva competenza del medico. Tale concezione si pone inevitabilmente in contrasto con la concezione *personalistica* che permea la nostra Costituzione, che le contrappone diametralmente una concezione individuale e soggettiva, come stato di benessere psicofisico, e come «percezione di sé come soggetto integro»⁷⁵. Secondo la prospettiva costituzionale, quindi, la generalità dei trattamenti medici si inquadrano in una dimensione lesiva del diritto alla salute così delineato, da cui sorge un problema di legittimazione del trattamento, che di regola trova fondamento nel principio del consenso informato. Inoltre è da mettere in evidenza la dimensione intrusiva del diritto fondamentale all'integrità corporea del trattamento medico, che, come si evince da una corretta lettura delle norme costituzionali, andrebbe a costituire un tutt'uno con il diritto alla salute e con l'autodeterminazione del paziente⁷⁶.

⁷² *Ibid.*; Così anche Cass., Sez. IV pen., 24 giugno 2008, n. 37077, cit.

⁷³ A favore della configurazione di una responsabilità titolo di dolo eventuale A. VALSECCHI, *Una nuova pronuncia della S.C. in tema di responsabilità del medico per trattamento chirurgico in assenza di valido consenso del paziente*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2012.

⁷⁴ F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, cit., p. 914 ss.

⁷⁵ ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, cit., p. 3 ss.

⁷⁶ Pone l'accento sulla prospettiva implicitamente dualistica, spesso rinvenibile in dottrina, che apre la strada a possibili bilanciamenti tra tali diritti P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 407.

Ulteriore obiezione attiene alla presunta inoffensività della condotta del medico rispetto alla salute del paziente, in caso di intervento in concreto giudicato “fausto”, e alla incoerenza tra la definizione di malattia espressa in motivazione e esclusione di decorso postoperatorio e alterazioni anatomiche e funzionali, che tutte determinano un’alterazione del benessere psicofisico del paziente⁷⁷.

3.2.8. Inversioni di tendenza successive

La Corte di cassazione è tornata sul tema nel 2010 con due pronunce, che limitatamente ad alcuni aspetti, si pongono in contrasto con l’orientamento espresso dalle Sezioni Unite in *Giulini*.

La prima riguardava un caso di espresso dissenso al trattamento medico praticato poi con esito infausto⁷⁸. La Corte qui statuisce che deve essere respinta ogni interpretazione che sostanzialmente ridimensioni l’affermazione del diritto al consenso/rifiuto del paziente facendo leva sulla incompatibilità tra dolo e “finalità curativa” perseguita dal sanitario quale insuperabile ostacolo alla sussumibilità del fatto del medico nella fattispecie di lesioni personali dolose (come era stato affermato in *Giulini*)⁷⁹. Di conseguenza, viene formulato il principio di diritto per cui «la condotta del medico che intervenga con esito infausto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo d’intervento chirurgico rappresentatogli deve essere qualificata come dolosa e non come colposa». Pertanto, nonostante la Corte si dichiari espressamente in linea con la sopracitata sentenza delle Sezioni Unite, in realtà vi si discosta, non escludendo in radice la compatibilità del fine

⁷⁷ F. VIGANÒ, *Giustificazione dell’atto medico-sanitario e sistema penale*, cit., p. 917.

⁷⁸ Cass., Sez. IV pen., 20 aprile 2010, n. 21799. La Corte affronta il caso di un medico che aveva praticato un intervento agli occhi del proprio paziente con la tecnica PRK, intervento dal quale derivava un indebolimento permanente della vista dell’uomo. Nel corso del giudizio di merito, era stato accertato che il paziente aveva prestato il consenso all’effettuazione dell’intervento con la tecnica *Lasik* e aveva invece opposto un netto rifiuto alla proposta del medico di procedere con la tecnica PRK.

⁷⁹ *Ibid.*: «si deve ritenere insuperabile l’espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal paziente, ancorché l’omissione dell’intervento possa cagionare un pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell’infermo e perfino la sua morte. In tal caso, qualora l’esito dell’intervento, effettuato con il dissenso del paziente anche limitatamente alle modalità esecutive, sia risultato “infausto”, quanto alle conseguenze penali scaturenti da detto intervento terapeutico (escluso anche che la fattispecie possa rifluire nella previsione dell’art. 610 c.p.), viene in rilievo il disposto dell’art. 582 c.p.».

terapeutico col dolo delle lesioni (come in *Giulini*), ma piuttosto mettendo in luce profili propri del dolo eventuale per evidenziare il dolo del medico nel caso di specie. La seconda sentenza si riferisce a un intervento chirurgico operato non solo in assenza di consenso, ma anche di finalità terapeutica⁸⁰, in cui la sez. IV della Cassazione affronta il tema dell'elemento psicologico dell'omicidio preterintenzionale, per cui è sufficiente che il soggetto si rappresenti come conseguenza certa o altamente probabile della propria condotta la lesione dell'integrità fisica del paziente. Per arrivare a tale conclusione, i giudici argomentano in primo luogo che «non risponde del delitto preterintenzionale il medico che sottoponga ad un trattamento non consentito – anche se abbia esito infausto e anche se l'intervento venga effettuato in violazione delle regole dell'arte medica – se comunque sia rinvenibile nella sua condotta una finalità terapeutica o comunque la terapia sia inquadrabile nella categoria degli atti medici», mentre «risponderà di omicidio preterintenzionale [...] il medico che sottoponga il paziente ad un intervento (dal quale poi consegua la morte), in mancanza di alcuna finalità terapeutica, per fini estranei alla tutela della salute del paziente come quando provochi coscientemente un'inutile mutilazione o agisca per scopi estranei alla salute del paziente (scopi scientifici o di ricerca scientifica, sperimentazione, scopi dimostrativi, didattici o addirittura esibizionistici, scopi di natura estetica ovviamente non accettati dal paziente». Ai fini di tale accertamento però «non è necessario (proprio perché non è richiesto il dolo specifico) che sia individuata la finalità non terapeutica perseguita dal medico (che può anche non voler perseguire uno specifico fine) essendo invece sufficiente l'estraneità dell'intervento ad ogni ipotizzabile scelta terapeutica indipendentemente dalla circostanza che l'agente ne persegua una specifica o che non ne esistano proprio». Peraltro la Corte, anche qui in contrasto con la sentenza *Giulini*, afferma *obiter dictum* la compatibilità tra finalità terapeutica e lesioni personali dolose: «nel caso [...] di dolo indiretto o eventuale verrà meno,

⁸⁰ Cass.. Sez. IV pen., 23 settembre 2010, n. 34521. L'imputato (già processato nel 2008 per fatti simili) è accusato di aver praticato su una paziente di ventisette anni un trattamento inutilmente demolitivo (asportazione di intestino, utero e parte della vescica) per l'asportazione di un tumore, sebbene per tale specifica patologia sia pacifico (circostanza nota allo stesso imputato) che l'unica possibile terapia è di ordine farmacologico e non chirurgico; ciò al solo scopo, secondo l'accusa, di ottenere un rimborso maggiore da parte del Servizio sanitario nazionale e di non scalfire la propria immagine di "medico competente che non sbaglia mai". In seguito a complicità legate all'intervento, la paziente decede.

come è stato sottolineato in dottrina, l'omicidio preterintenzionale ma non il reato doloso di lesioni o percosse».

Tra l'altro la configurabilità del dolo eventuale nell'attività medica svolta senza il consenso del paziente è affermata espressamente anche in una sentenza successiva⁸¹, dove l'attività medica era stata svolta in assenza di consenso informato, in violazione delle *leges artis* e con esito infausto⁸². La Corte formula il principio per cui «sussiste oggettivamente il reato di lesioni personali, qualora l'esito infausto sia conseguenza di un'attività svolta senza il consenso del paziente, con violazione delle norme tecniche e da soggetto non abilitato; quanto all'elemento soggettivo si devono seguire le regole generali valutando se nel caso concreto sussista esclusivamente la colpa, vi sia stata una volontà effettiva di procurare le lesioni conseguenti all'intervento ovvero ci si trovi in quella fascia soggettiva intermedia che la giurisprudenza qualifica come dolo eventuale».

3.2.9 Conclusioni

Nonostante le oscillazioni giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in caso di trattamento sanitario arbitrario, nelle pronunce più recenti è possibile rinvenire alcuni punti fermi:

1. Il trattamento medico non si autolegittima (come invece era stato affermato in *Volterrani*), e il consenso informato è da inquadrare come presupposto di liceità dell'attività medica.

⁸¹ Cass., Sez. V pen., 27 ottobre 2011, n. 3222, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2314 ss.

⁸² In uno studio dentistico un collaboratore non professionalmente abilitato sottopone una paziente a complessi interventi. Non dice alla paziente che non è professionalmente abilitato. Gli interventi sono inadeguati rispetto alla patologia e ne deriva l'indebolimento permanente dell'organo della masticazione. Viene imputata di lesioni personali anche il medico, cioè la titolare dello studio, che ha consentito l'uso dello struttura al suo collaboratore, contro il quale si è proceduto separatamente. L'imputata viene assolta all'esito del giudizio di merito: si ritiene che abbia agito nella convinzione di risolvere la patologia della paziente e quindi senza volontà di cagionarle lesioni. La Cassazione rileva che l'assenza di abilitazione professionale del collaboratore rende del tutto apodittica l'affermazione della convinzione dell'imputata di evitare conseguenze lesive da interventi così complessi. E annulla con rinvio: sostiene che era molto più elevato il rischio che dagli interventi derivassero complicanze, attesa appunto l'esecuzione da parte di persona professionalmente non abilitata. Impone quindi al giudice del rinvio di considerare tutti i dati potenzialmente indizianti il dolo eventuale dell'imputata, in particolare la mancanza di abilitazione del collaboratore che effettuò gli interventi.

2. Il requisito oggettivo della «malattia» richiesto dall'art. 582 è da valutare con riferimento all'esito finale del trattamento e dal punto di vista obiettivo dei canoni della scienza medica. Di conseguenza non è mai integrato il delitto di lesioni personali qualora l'esito possa dirsi clinicamente fausto.
3. La finalità terapeutica del medico è incompatibile col dolo diretto delle lesioni. Pertanto risponde di omicidio preterintenzionale solo il medico che abbia agito con finalità non terapeutiche.

Restano tuttavia aperti i problemi già evidenziati nel corso della trattazione, relativi alla sussumibilità del trattamento arbitrario con esito clinicamente infausto nella fattispecie di lesioni personali dolose, ove il medico abbia agito solo con dolo eventuale, e ai dubbi sulla compatibilità costituzionale dell'adozione di una concezione oggettiva della salute.

Mi sembra corretta la soluzione alternativa, più conforme al dettato costituzionale, proposta da autorevole dottrina⁸³, che attribuisce rilievo *scriminante* alle condizioni di legittimità del trattamento, *in primis* al consenso. Tale soluzione consiste, in sintesi:

- 1) Nell'ammettere come integrabili gli estremi oggettivi del delitto di lesioni personali, nella misura in cui venga cagionata anche solo un'alterazione, soggettivamente percepita, del benessere dell'individuo (e quindi a prescindere dalla definizione di trattamento fausto/infausto secondo parametri puramente medici).
- 2) Il profilo soggettivo, essendo il medico di regola consapevole di provocare tali effetti sul benessere psicofisico del paziente e accettandone il rischio, è quello del dolo, almeno eventuale (essendo il delitto in discorso, come già sottolineato, fattispecie a dolo generico).
- 3) L'antigiuridicità del fatto è tuttavia esclusa dal consenso informato del paziente (o del suo rappresentante legale in caso di incapacità di questi), nonché nelle ipotesi in cui l'intervento sia obbligatorio in forza di specifica legge o della situazione di emergenza in cui versi il paziente.
- 4) Laddove non ricorra alcuna di queste ipotesi, ne consegue l'applicabilità degli artt. 582 e 583 c.p. salvo responsabilità a titolo di colpa ex art. 59, comma 4, c.p. in caso di erronea supposizione di una situazione legittimante.

⁸³ F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, cit., p. 917.

5) Qualora dal trattamento medico consegua, quale evento avverso collaterale, la morte del paziente, una responsabilità del medico a titolo di omicidio preterintenzionale sarà configurabile solo nel caso in cui questi risulti rimproverabile a titolo di colpa, in base a una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 584 c.p. alla luce del principio di colpevolezza⁸⁴. Pertanto la fattispecie sarà applicabile solo qualora il medico abbia omesso di comunicare al paziente l'esistenza di un rischio di morte *rilevante* ai fini della decisione sul trattamento – con esclusione dei rischi ordinariamente associati a qualsiasi intervento chirurgico, normalmente irrilevanti ai fini della decisione – connesso al trattamento di fatto eseguito. E ciò anche qualora l'intervento sia stato eseguito in modo tecnicamente corretto dal punto di vista delle *leges artis*; spettava infatti solo al paziente la valutazione in merito alla sottoposizione a tale rischio, nell'esercizio del proprio diritto all'autodeterminazione terapeutica.

⁸⁴ Tale soluzione è stata adottata in tema di responsabilità per morte quale conseguenza di altro delitto ex art. 586 c.p. in Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 55 ss.

CAP. II

PRATICHE DI FINE VITA

1. La concezione della vita nell'ordinamento italiano

«Il problema dell'ambito e dei limiti di tutela dell'essere umano e delle conseguenti scelte legislative, incriminatrici o scriminanti, dipende, irrimediabilmente, dal prioritario problema del modo di intendere l'essere umano, della concezione che l'uomo ha di sé stesso e della propria identità»⁸⁵. In questa prospettiva si contrappongono principalmente, in astratto, due concezioni dell'individuo:

1) la *concezione utilitaristica*, in cui l'individuo è concepito come mezzo, e il cui corollario è il *principio della disponibilità dell'essere umano*. Gli interventi sull'individuo possono essere quindi legittimati in virtù di *fini extrapersonali*, variabili a seconda del tipo di concezione utilitaristica, con la conseguenza di una strumentalizzazione dell'essere umano in favore di interessi considerati superiori dall'ordinamento. In questo contesto, il limite logico dell'essere umano è segnato: secondo l'utilitarismo statale-collettivistico, dall'utilità pubblica, che comporta la massima disponibilità pubblica e la minima disponibilità privata dell'individuo, e quindi la c.d. "nazionalizzazione" dell'essere umano e il dovere di curarsi per poter adempiere ai propri doveri verso stato e collettività; secondo l'utilitarismo maggioritario, dalla maggior felicità per il maggior numero di individui, legittimandosi rilevanti compressioni di diritti a danno dei "pochi" (es. sperimentazione sui "soggetti esposti"); secondo l'utilitarismo individualistico-egocentrico, dalla libera volontà del soggetto, «in forza della quale si legittima la più ampia disponibilità del proprio corpo nell'incontenibile politica delle liberalizzazioni»⁸⁶.

2) la *concezione personalistica*, in cui l'individuo, concepito come fine, è soggetto di connaturali diritti, e come tale non è in alcun modo strumentalizzabile per fini extrapersonali. Corollario di tale concezione è il *principio dell'indisponibilità dell'essere umano*, che subordina la liceità degli interventi effettuati sullo stesso a un

⁸⁵ F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, in *Diritto penale, parte speciale. I diritti contro la persona*, Cedam, 2013, p. 2 ss.

⁸⁶ *Ivi*, p. 48

duplice ordine di limiti coessenziali: da un lato i *limiti oggettivi* dei principi della salvaguardia della vita, integrità fisica, salute, della dignità umana, della eguaglianza e pari dignità dei soggetti umani; dall'altro il *limite soggettivo* della libertà di autodeterminazione del soggetto, che implica il principio del consenso informato e il c.d. diritto di non curarsi⁸⁷. Tale è la concezione adottata dalla Costituzione italiana, che si incentra sul primato della persona umana e funzionalizza la tutela dei beni-mezzo sovraindividuali alla salvaguardia dei beni-fine della conservazione, dignità e sviluppo della persona umana. Di conseguenza ogni scelta legislativa è da valutare e interpretare nella cornice della concezione personalistica costituzionale, dovendosi al contrario ritenere costituzionalmente illegittima ogni previsione che si discosti da essa, strumentalizzando l'essere umano secondo logiche utilitaristiche.

Occorre però, a questo punto, entrare nello specifico della questione della portata e dei limiti di tale indisponibilità e del suo rapporto con il principio di autodeterminazione. Rispetto a tale principio va operata la distinzione, desumibile anche dagli artt. 579 e 580 c.p., tra *disponibilità manu propria* e *disponibilità manu aliena*: la prima è in linea di principio ritenuta giuridicamente lecita, essendo, da un lato, giuridicamente tollerato il suicidio, e dall'altro, giuridicamente apprezzato l'autosacrificio, inteso come sacrificio della propria vita per un fine eteronomo⁸⁸. La *disponibilità manu aliena*, cioè da parte di altri soggetti, privati o pubblici, è invece di principio giuridicamente illecita, sia che avvenga in assenza del consenso, sia, oltre certi limiti, con il consenso del soggetto. Di conseguenza, da un lato, si afferma la perseguibilità del c.d. eterosacrificio, cioè il sacrificio per mano altrui (es. sperimentazione scientifica su terzi; prelievo da vivente di organi a fine di trapianto),

⁸⁷ *Ivi*, p. 49

⁸⁸ *Ivi*, p. 49: «Fine che è generalmente l'affermazione di un valore che trascende la vita individuale (es. per tentare di salvare altri dal fuoco, dall'annegamento; per l'autosperimentazione di un farmaco su sé stessi; per portare a termine una gravidanza rischiosa per la madre). E può attuarsi anche mediante un atto di auto soppressione (es. l'uccidersi per non tradire, sotto tortura, i compagni) o l'abbandono della propria vita a forze distruttive umane o naturali (es.: l'offrirsi per la fucilazione al posto di altri ostaggi; il gettarsi in acqua o dalla parete rocciosa per impedire la morte di altri naufraghi o che i compagni di cordata precipitino). L'autosacrificio deve essere libero (in assenza dei vizi della volontà), spontaneo (dovuto a motivazioni interne e non ad istigazioni o sollecitazioni esterne) e consumato di mano propria (cioè né per mano né con l'aiuto altrui), ricorrendo altrimenti i reati degli artt. 579 e 580 c.p. Vietati sono, invece, gli atti dispositivi *manu propria*, ma pregiudizievoli di altrui interessi (es. procurate lesioni al fine di frodare l'assicurazione o per sottrarsi al servizio militare, punite rispettivamente agli artt. 642 c.p. e 157, 158 c.p. m.p.)»

dall'altro si riconosce la sussistenza del diritto di non curarsi, essendo illegittimo un eventuale obbligo coattivo di curarsi⁸⁹.

2. *La disciplina del codice penale*

L'esclusione del bene della vita dalla disponibilità individuale costituisce il nucleo concettuale delle fattispecie di cui agli artt. 579 e 580 c.p., che prevedono rispettivamente l'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. Infatti, il primo dimostra l'esclusione della validità scriminante del consenso prestato dalla vittima, in deroga alla regola generale dell'art. 50 c.p.; il secondo esclude che nel suicidio possa essere ravvisato l'esercizio di un diritto individuale. La vigenza di queste norme «conduce ad identificare come oggetto della tutela e cioè come bene giuridico, un bene del quale il singolo che ne è portatore esclusivo non può disporre, perché nella proiezione sociale il valore del bene trascende la singola persona del portatore. Dunque, da un lato la proiezione sociale del bene vita impedisce che il diritto alla vita sia disponibile, dall'altro il naturale sostrato individuale dello stesso bene vita porta ad escludere che la vita stessa possa essere considerata come un dovere giuridico»⁹⁰. In tale ottica, si sottolinea che la scelta del legislatore del 1930, di fronte a un diritto personalissimo che tuttavia «non lascia tradizionalmente indifferente il legislatore, per i suoi indubbi rilievi di carattere meta-individuale», appare «chiaramente orientata a far prevalere, in entrambe le fattispecie, i profili pubblicistico-sacrali del bene vita, rispetto alle richieste di rinuncia alla tutela da parte del singolo»⁹¹. Ciò risulta coerente con la sistematica del codice, che in ottica autoritaria, assegna precedenza ai beni dello stato rispetto a quelli dell'individuo, e di conseguenza «è chiaro che anche nella tutela di questi ultimi prevalgano gli interessi meta-individuali, rispetto alla dimensione privata del bene»⁹².

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 206 ss.

⁹¹ A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 40 ss.

⁹² *Ibid.*

2.1 Omicidio del consenziente

L'art. 579 c.p. prevede che «chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate all'art. 61. Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni 18; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche e stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno». Di fronte alle opposte soluzioni della punibilità dell'omicidio consentito dalla vittima come omicidio doloso comune (come il codice Zanardelli del 1889) e della non punibilità per mancanza di pericolosità dell'agente (come nelle prospettive dottrinali più aperturiste)⁹³, il codice del 1930 prevede che il consenso costituisca non già, come di regola, causa di esclusione del fatto tipico o come scriminante, bensì lo disegna come *elemento degradante il reato*, da omicidio doloso comune a quello del consenziente, previsto come fattispecie autonoma e punito meno gravemente. La *ratio benevolentiae* va individuata nella minor gravità del fatto, non solo soggettiva – di attenuazione della colpevolezza e della capacità a delinquere – ma anche oggettiva, e dunque sotto il profilo dell'offensività: mentre all'omicidio comune corrisponde un'offesa al duplice bene giuridico dell'indisponibilità della vita e della libera volontà del soggetto, l'omicidio del consenziente offende solo il primo, che anzi si pone in rapporto di conflitto di interessi con il secondo⁹⁴. Infatti risalendo la volontà del fatto materiale alla stessa vittima ed essendo richiesto il consenso come elemento determinante della condotta dell'agente, si tratterebbe in buona sostanza di un suicidio per mano altrui.

⁹³ E. FERRI, *L'omicidio-suicidio*, Torino, Bocca, 1895; A. VISCO, *L'omicidio e le lesioni personali del consenziente*, Milano, 1929.

⁹⁴ F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, cit., p. 119 ss.

2.1.1 Problemi applicativi in relazione all'omicidio pietatis causa

Da più parti in dottrina si mette tuttavia in evidenza che tale trattamento più favorevole rispetto all'omicidio comune sarebbe reso inefficace dal comma 3 proprio nelle ipotesi dei malati terminali, caso in cui più di frequente avviene la richiesta di omicidio *pietatis causa*: la disposizione indica infatti come cause di invalidità del consenso la minore età e lo stato di infermità mentale o deficienza psichica per un'altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti, ipotesi in cui si applica la disciplina comune dell'omicidio. Indicando l'espressione "deficienza psichica" «genericamente tutte le forme di abbassamento intellettuale e di riduzione della funzione volitiva, è presente il rischio che venga messa in discussione la validità del consenso all'eutanasia nella situazione del malato terminale, situazione clinica ritenuta influente sull'equilibrio psicologico, anche a seguito dell'effetto di analgesici a forte contenuto narcotico»⁹⁵. Diretta conseguenza è che in caso di pratiche eutanasiche possa legittimarsi uno svuotamento dell'art. 579, non potendosi invocare la figura attenuata dell'omicidio del consenziente e applicandosi invece la disciplina dell'omicidio volontario ex art. 575 c.p.⁹⁶. Tra l'altro, in dottrina è stato evidenziato che nell'applicazione di quest'ultima, il venir meno dell'esenzione dalle aggravanti prevista dall'art. 579, comma 2, può condurre a una condanna al massimo della pena, essendo facilmente individuabile la presenza di circostanze valutabili come aggravanti specifiche (artt. 576 e 577 c.p.: rapporti di ascendenza o di discendenza tra agente e vittima, uso di sostanze venefiche, premeditazione). Gli unici strumenti disponibili per mitigare la sanzione penale sono rappresentati dall'applicazione di attenuanti comuni (in particolare quella dei motivi di particolare valore morale o sociale, sebbene ciò non abbia incontrato il favore giurisprudenziale⁹⁷) o dell'art. 62 bis c.p. (attenuanti generiche) e dall'utilizzazione *in mitius* dei criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. Ovviamente tale

⁹⁵L. D'AVACK, *Verso un antidestituto: biotecnologie e scelte di vita*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 218 ss.

⁹⁶ In questo senso: S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in *I reati contro la persona*, A. CADOPPI, S. CANESTRARI – M. PAPA, *I. Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Utet, 2006, p. 121 ss.; A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 42; L. D'AVACK, *Verso un antidestituto: biotecnologie e scelte di vita*, cit., p. 219.

⁹⁷ Da ultimo: Cass., Sez. I pen., 12 novembre 2015, n. 12928. In senso critico: S. SANTINI, *La cassazione in tema di omicidio pietatis causa: inquadramento giuridico e attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 2 maggio 2016.

disciplina sconta il prezzo del contesto storico e tecnologico in cui entrò in vigore il codice del 1930, in cui «i progressi della medicina non erano certo tali da porre un problema di accanimento terapeutico, e quindi di tutela del singolo nei confronti dello strapotere della tecnica, e [in cui] il rapporto medico-paziente era ancora dominato da una visione “paternalistica”, certamente oggi non più attuale»⁹⁸.

2.1.2 Il consenso della vittima: requisiti

L'elemento oggettivo del reato coincide con quello dell'omicidio comune, a cui si aggiunge il presupposto caratterizzante e differenziale del consenso della vittima. Per svolgere la funzione attentatrice, il consenso deve essere *personale*, non essendo ammessa rappresentanza volontaria o legale; *reale*, cioè effettivamente prestato (non sono ammessi consensi presunti), serio e inequivoco; *specifico*, cioè avente per oggetto la propria uccisione e non altro evento (es. lesioni); *attuale*, cioè persistente al momento della condotta omicida, e dunque non revocato. Può essere espresso in qualsiasi forma e modalità, e sottoposto a condizione o termine. Inoltre l'art. 579, comma 3, richiede che il consenso sia particolarmente qualificato sia sotto il profilo della capacità di intendere e di volere (il soggetto deve essere maggiorenne e non in condizioni di infermità di mente o deficienza psichica), sia sotto il profilo della libertà e spontaneità del consenso (dovendo essere libero dai vizi della violenza, minaccia e inganno e non dovuto a suggestione)⁹⁹.

⁹⁸ A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 42

⁹⁹ F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, cit., p. 121: «[...] la minaccia e l'inganno comprendono, qui, anche le semplici minacce vaghe e la rappresentazione di pericoli o danni lontani, mentre la suggestione non è quella ipnotica (che, togliendo coscienza e volontà alla vittima, rende inesistente il consenso), ma l'insistente e lenta opera di persuasione, che fiacca la volontà della vittima e la fa succube del reo. La trasposizione, cioè, di idee, convinzioni, impulsi della coscienza e volontà dell'agente a quella della vittima per via non razionale, ma emotiva, la cui condizione di efficacia è la predisposizione emozionale e la gracilità della critica della vittima, sia per debolezza mentale, sia per cedimento della potente influenza delle emozioni».

2.1.3 L'elemento soggettivo e l'errore sul consenso

Quanto all'elemento soggettivo, il delitto è a *dolo generico*, richiedendo l'art. 579 la coscienza e volontà di cagionare la morte di un uomo e la consapevolezza del consenso della vittima. Il problema principale che qui si pone è quello relativo all'*errore sul consenso*, dovendosi stabilire quale norma sia applicabile se il soggetto attivo ritenga per errore sussistente il consenso della vittima. In dottrina si distinguono diverse ipotesi: in primo luogo si sostiene l'applicabilità dell'art. 579 c.p. sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 59 c.p., comma 4, (circostanze erroneamente supposte)¹⁰⁰, interpretazione però criticata per la mancanza del presupposto stesso della lacuna legislativa, integrando il consenso un elemento costitutivo di ordine fattuale per cui è applicabile l'art. 47, comma 2, c.p., per cui l'errore sul fatto non esclude la punibilità per un reato diverso, che è rappresentato appunto dall'omicidio del consenziente. Di qui il percorso seguito si dirama in due diverse opzioni interpretative: secondo la prima per "reato diverso" deve intendersi la fattispecie più grave di cui all'art. 575 c.p.¹⁰¹, come sostiene anche una recente sentenza della Cassazione¹⁰². A tale tesi si obietta, in primo luogo, che non si tiene conto del principio generale di diritto penale per cui il putativo equivale al reale; in secondo luogo, che l'art. 47, comma 2, corrisponde all'esigenza di lasciare in vita ipotesi meno gravi e non il contrario; in terzo luogo, che l'errore sarebbe irrilevante, accomunando irragionevolmente le ipotesi in esame a quelle in cui il dolo non è inficiato da alcun tipo di errore. Per l'impostazione alternativa, invece, l'errore, sia esso positivo, nel caso di erronea supposizione dell'esistenza del consenso, che negativo, nel caso di erronea convinzione dell'inesistenza del consenso (invece esistente), comporta l'applicazione della fattispecie di reato meno grave¹⁰³.

A giudizio del sottoscritto, nelle ipotesi in esame è difficile *de iure condito* ritenere integrata la fattispecie dell'art. 579, in quanto la norma speciale può trovare

¹⁰⁰ Art. 59/4 c.p.: «Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.». A favore di questa tesi: S. SANTINI, *La cassazione in tema di omicidio pietatis causa*, cit.

¹⁰¹ F. STELLA, *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, pp. 81 e ss.; V. PATALANO, *Omicidio*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 966 ss.

¹⁰² Cass., Sez I pen., 12 novembre 2015, n. 12928, cit.

¹⁰³ A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 42; A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, San Paolo, 1979, p. 71.

applicazione, in luogo di quella generale, solo rispetto ai fatti che presentano *tutti* i requisiti della fattispecie speciale, che invece difettano nelle ipotesi in esame: nel caso di erronea supposizione dell'esistenza del consenso, invece inesistente o mancante dei requisiti di rilevanza, l'omicidio del consenziente non può sussistere per mancanza di fatto materiale tipico (mancando il consenso); nel caso di erronea convinzione dell'inesistenza del consenso, invece esistente, la fattispecie non è applicabile perché manca il requisito soggettivo della consapevolezza dell'esistenza del consenso.¹⁰⁴ Inoltre, tenendo conto gli stringenti requisiti oggettivi richiesti per via giurisprudenziale ai fini della validità del consenso, il margine di errore del soggetto attivo risulta molto limitato. La Cassazione ha affermato nella sent. 12.11.2015 che «è configurabile il delitto di omicidio volontario, e non l'omicidio del consenziente, in caso di mancanza di una prova univoca, chiara e convincente della volontà di morire manifestata dalla vittima, dovendo in tal caso riconoscersi assoluta prevalenza al diritto alla vita, quale diritto personalissimo, che non attribuisce a terzi (nella specie ad un familiare) il potere di disporre, anche in base alla propria percezione, della qualità della vita, dell'integrità fisica altrui». Tale impossibilità di applicare l'art. 579 c.p. in caso di erronea rappresentazione della sussistenza del consenso apre all'applicazione di un trattamento sanzionatorio che non tiene conto delle differenze sotto il profilo di colpevolezza e capacità a delinquere del soggetto attivo; peraltro tale trattamento, come già evidenziato, appare davvero sproporzionato rispetto a vicende riconducibili all'omicidio *pietatis causa* e connotate da evidenti tensioni drammatiche. In definitiva, pertanto «la soluzione non può che passare da una modifica normativa che anche nei casi di consenso non valido riconosca il minor disvalore delle ipotesi di omicidio pietoso, prevedendo per esse uno specifico spazio edittale o almeno una circostanza attenuante speciale»¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Così: F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, cit., p. 121

¹⁰⁵ L. MASERA, *Delitti contro la vita*, in *Reati contro la persona*, in *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, F. VIGANÒ e C. PIERGALLINI, 2015, Torino, Giappichelli, p. 55.

2.2 Istigazione o aiuto al suicidio

L'art. 580 c.p. prevede che «chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito al suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1° e 2° dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità di intendere e di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio».

2.2.1 Profili penali del suicidio

La fattispecie dell'art. 580 c.p. pone in primo luogo il problema del significato da attribuire al suicidio, per la cui trattazione è opportuno un sommario inquadramento storico. Dalla concezione del suicidio nella Grecia classica come affermazione suprema di libertà e dal riconoscimento della sua eticità, nella concezione aristotelica e successivamente nella cultura romana cominciò ad affacciarsi una concezione negativa, secondo cui il suicidio era inteso come un'offesa verso lo Stato. La valenza negativa del suicidio viene fortemente ampliata con l'avvento della dottrina cristiana: la condanna teologico-religiosa esercitò una profonda influenza sulla sfera dello *ius criminale*, provocando una convergenza di teologia e diritto nella qualificazione del suicidio come peccato e delitto gravissimo, paragonabile all'omicidio – emblematica l'interpretazione agostiniana del comandamento *non occides* quale interdizione non solo dell'omicidio ma anche del suicidio – in quanto negazione dell'appartenenza a Dio, e di conseguenza punibile con sanzioni giuridiche, oltre che religiose, nei confronti del suicida, dei suoi eredi e delle persone a lui vicine. Già a partire dal VI secolo il divieto di togliersi la vita fu munito di sanzione, attraverso la negazione della sepoltura religiosa. La definitiva incorporazione nel diritto canonico è attestata dal *Decretum Gratiani* alla metà del XII secolo, e trovò piena legittimazione nella

dottrina di Tommaso d'Aquino. Nel medioevo europeo il livello di repressione criminale raggiunge la massima intensità, essendo criminalizzato il suicidio non solo nella sua forma tentata – in cui la sopravvivenza del soggetto rende materialmente possibile l'applicazione della pena al reo – ma anche se consumato, attraverso una sorta di vilipendio legale delle spoglie del condannato e la confisca dei beni.¹⁰⁶ Solo nel corso del Settecento si iniziano a diffondere le prime formulazioni della tesi della liceità del suicidio: nelle *Lettres persanes*, Montesquieu definisce la repressione del suicidio – per bocca del protagonista Usbek – una “seconda morte”, e «delegittima radicalmente la proibizione stessa di un atto che egli non reputa lesivo dell'ordine etico-politico: un atto che, in opposizione al diritto positivo, è laicamente rivendicato allo spazio della libertà soggettiva»¹⁰⁷; nell'opera *Dei delitti e delle pene*, Beccaria si schiera pure a favore della penalizzazione, sebbene lo faccia sulla base della violazione dei principi di personalità della pena e della scarsa efficacia deterrente. La diffusione del pensiero illuminista dà impulso a un ampio processo di depenalizzazione del suicidio che attraversa l'intera Europa a partire dalla fine del XVIII, avviato da Federico II di Prussia (tra 1747 e 1751), seguito nel 1786 dal Granduca di Toscana Francesco Leopoldo. A fine Ottocento il suicidio, non più appiattito sulla sola dimensione religiosa, viene colto come fenomeno complesso e indagato nelle sue implicazioni sociologiche e criminologiche, e ciò condusse ad una progressiva stigmatizzazione delle condotte che accedono a un suicidio altrui piuttosto che al suicidio in sé: nel codice Zanardelli (1889), pure in mancanza di una fattispecie criminosa corrispondente all'omicidio del consenziente, si incriminava l'istigazione o l'aiuto al suicidio, richiedendosi però come requisito indefettibile fosse avvenuto, in un'ottica quindi più ristretta del codice vigente, dove è sufficiente che dal tentato suicidio sia derivata una lesione grave o gravissima.

Come rilevato in dottrina, «la mancanza della fattispecie incriminatrice del (suicidio o del) tentato suicidio impedisce di costruire l'ipotesi dell'aiuto al suicidio come una condotta di concorso con persona non punibile. L'aiuto al suicidio (o l'istigazione) costituisce pertanto un'ipotesi di reato che, per restare indipendente dall'assenza di

¹⁰⁶ Sugli sviluppi storici della criminalizzazione al suicidio e sull'impulso del pensiero illuminista alla sua depenalizzazione D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli, 2016, p. 57 ss.

¹⁰⁷ *Ibid.*

previsioni riguardo all'incriminabilità dell'autore del (suicidio e del) tentato suicidio, deve essere costruita su una *condotta autonoma e non accessoria* a quella del (suicida o del) tentato suicida»¹⁰⁸. Dunque, non essendo l'azione del suicida tipica, non può costituire neppure l'azione principale rispetto alla quale quella di aiuto si ponga in rapporto di accessoriarietà. A tale affermazione non può che conseguire una qualificazione in termini di irrilevanza penale, che però è da chiarire nei suoi contorni dogmatici. Autorevole dottrina riconduce il suicidio alla categoria del *giuridicamente tollerato*, in quanto costituirebbe un disvalore che tuttavia non viene punito, «né, ovviamente, nel caso di suicidio riuscito, per l'elementare principio *mors omnia solvit*. Ma neppure in caso di suicidio mancato, sia per ragioni di opportunità¹⁰⁹ [...], sia perché la vita, come la salute, non può essere imposta coattivamente, sia perché esso non implica una *relatio ad alteros*, esaurendosi gli effetti, diretti, dell'atto suicidario nella sfera personale del suicida»¹¹⁰. Indici legislativi della collocazione del suicidio tra i valori negativi sarebbero la previsione stessa degli art. 579 (sostanzialmente un suicidio per mano altrui) e 580 c.p., e l'art. 5 c.c. (che vieta gli atti di disposizione del corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica,¹¹¹ a cui si aggiungono altre incriminazioni *extra codicem*, relative alla pubblicazione di ritratti di suicidi su giornali e periodici (artt. 114-17 T.U. n. 773/1993) e alla pubblicazione e diffusione radiotelevisiva di contenuti che possano incitare o diffondere il suicidio fra i minori (artt. 14 l. n. 47/1948 e 30/2 l. n. 223/1990)¹¹². In quanto fatto giuridicamente tollerato non sarebbe perseguibile, per ragioni di mera opportunità, se commessi di mano propria; tuttavia, dato il disvalore in essi insito, sono punibili le condotte che accedono al fatto stesso, e perciò l'esecuzione per mano altrui, la partecipazione e qualsiasi attività di favoreggiamento. Sotto questo punto di vista l'art. 580 sarebbe equiparabile allo sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione (che accedono al fatto della prostituzione, considerato disvalore poiché lesivo della dignità della

¹⁰⁸ F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., p. 211 ss.

¹⁰⁹ L'inopportunità pratica della punizione del suicidio deriva non solo dalla sua inefficacia a frenare il proposito suicida, ma può anche «agire come spinta alla programmazione del piano suicida in modo da assicurarne il successo, a non desistere o a ritentare il suicidio».

¹¹⁰ F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, cit., p. 121

¹¹¹ P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica del suicidio*, in *Suicidio e tentato suicidio in Italia*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 391.

¹¹² F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, p. 1801 ss.

prostituta), così come alle condotte di spaccio di sostanze stupefacenti. A tale ricostruzione dogmatica si solleva l'obiezione¹¹³ per cui il rischio di sovrapposizione dei due differenti piani di argomentazione etico e giuridico, e quindi di non tener conto che da un punto di vista strettamente penalistico «tutto quello che non è vietato, deve considerarsi perfettamente lecito e costituisce manifestazione ed esercizio di una libertà»¹¹⁴.

Sul versante opposto a quello della tesi del suicidio come disvalore, si sostiene la tesi del suicidio come *comportamento non antiggiuridico*, costituendo esso una facoltà, o, più radicalmente un diritto. L'idea del suicidio come *libertà negativa* si ricollega al modello liberale classico, per cui l'ordinamento rimane neutrale rispetto alle condotte lesive che esplicano i propri effetti nella sfera privata dell'individuo. La mancata incriminazione corrisponde dunque a un atteggiamento di astensione dello Stato da giudizi etico-morali svalorativi del gesto suicidario¹¹⁵. Tale orientamento si riscontra anche in giurisprudenza, ed è stato bene espresso dal Consiglio di Stato, che ha affermato che «all'amministrazione è precluso disporre una sanzione o formulare un giudizio di esecrazione, di biasimo o di rimprovero nei confronti di chi abbia tentato il suicidio, in quanto tale comportamento non costituisce né reato, né illecito militare, neppure nell'ambito dell'ordinamento militare»¹¹⁶. Nella sua versione più radicale, la tesi della liceità del suicidio vede la declinazione di esso come *diritto costituzionalmente garantito ex art. 2 Cost.* ed azionabile nei confronti dello stato, con la conseguenza dell'affermazione di un vero e proprio diritto a morire, inteso come espressione del diritto alla vita nella sua dimensione negativa. Tale tesi è tuttavia respinta dalla giurisprudenza: emblematico il (già citato) caso *Pretty* deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in cui la corte respinge la tesi per cui l'art. 2 CEDU, nel tutelare il diritto alla vita, garantirebbe anche il suo versante negativo¹¹⁷. I sostenitori di questa tesi obiettano all'indirizzo interpretativo opposto – che ricollega l'illiceità del suicidio al combinato disposto degli artt. 5 cod. civ. e 579 e 580 c.p. – di operare un'inammissibile inversione della gerarchia delle fonti, limitando la portata di norme costituzionali sulla base di norme di rango ordinario.

¹¹³ A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 48

¹¹⁴ M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 195

¹¹⁵ F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, cit., p. 1811.

¹¹⁶ Cons. Stato, 9 giugno 2008, n. 2806, in *Giur. it.*, 2008, p. 2614

¹¹⁷ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, cit.

L'idea del suicidio come diritto porterebbe dunque ad una "rivoluzione normativa", che comprenderebbe la liceità delle condotte agevolatrici del suicidio in quanto cooperazione all'esercizio di un diritto, con conseguente incostituzionalità dell'art. 580 per quanto riguarda la punizione dell'aiuto al suicidio (più cauto invece il giudizio sull'istigazione); la possibile rilevanza penale a titolo di violenza privata delle condotte impeditive l'altrui suicidio, e viceversa la configurabilità della legittima difesa nel caso di reazione dell'aspirante suicida contro il soccorritore¹¹⁸; l'attenuazione del disvalore delle condotte punite ex 579 c.p. sulla base dell'assenza di lesione alla sfera giuridica del soggetto passivo, se e quando configurabile come suicidio per mano altrui; l'obbligo dello Stato di soddisfare la volontà suicida dei soggetti fisicamente impossibilitati a provvedere da sé, per garantire l'esercizio del diritto senza discriminazioni dovute a condizioni fisiche svantaggiate¹¹⁹.

Sulla compatibilità della impostazione della liceità del suicidio con il dettato dell'art. 580 c.p. è opportuno citare la tesi¹²⁰ che vuole che la giustificazione politico-criminale della fattispecie non stia nel riferimento al suicidio in sé, da considerare dal punto di vista penalistico un *atto lecito*, ma nella lesione della libertà di autodeterminazione del soggetto passivo, che non dovrebbe essere condizionato da alcun tipo di intervento *ab externo*. La prospettiva di tutela della norma non sarebbe quella della protezione della vita e della prevenzione del suicidio, ma l'esigenza di protezione del suicida da interferenze provenienti da terzi nel corso del procedimento di formazione della sua volontà. L'ostacolo principale a tale ricostruzione è rappresentato dal fatto che l'ipotesi-base dell'art. 580 presuppone la piena capacità del soggetto che al suicidio è determinato, istigato o agevolato, dato l'aumento della pena se questi è minore di anni 18 e l'applicazione delle disposizioni sull'omicidio se minore di anni 14 o privo di capacità di intendere e di volere (art. 580, comma 2, c.p.); pertanto le condotte di condizionamento psichico concernono un soggetto pienamente responsabile e non alterato psichicamente, per cui «il rischio della comunicazione può dunque essere neutralizzato dal ricevente, in quanto soggetto responsabile capace di un confronto paritario».

¹¹⁸ F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 1, 2006, p. 72.

¹¹⁹ F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, cit., p. 1809 ss.

¹²⁰ M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 200 ss.

2.2.2 Elemento oggettivo

Circa l'elemento oggettivo, la condotta rientra nella categoria delle *condotte c.d. partecipative*, cioè di adesione all'altrui comportamento, consistendo nella partecipazione all'altrui suicidio, che può essere *psichica* (o morale) o *fisica* (o materiale). La partecipazione psichica si sostanzia alternativamente nella *determinazione* del soggetto passivo al suicidio oppure nel *rafforzamento* dell'altrui proposito di suicidio, e cioè sia nel far sorgere il proposito suicida prima inesistente, sia nel rendere più fermo quello già esistente. La partecipazione fisica consiste invece nell'*agevolare in qualsiasi modo* l'esecuzione dell'altrui proposito suicida (ad es. fornendone i mezzi o offrendo istruzioni sull'uso di essi; ponendo la persona in condizioni materiali più favorevoli, impedendo l'attività di soccorso del suicida ecc.), e può consistere anche in un'omissione se sussiste a carico del soggetto un obbligo di garanzia

In una sentenza del 1998 la Corte di Cassazione definisce il *discrimen* tra le diverse figure degli artt. 579 e 580 c.p.: «si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il *dominio della propria azione*, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria»¹²¹. La linea di confine tra le due fattispecie è rappresentata dal compimento dell'ultimo atto causativo della morte, se questo cioè sia compiuto direttamente dal terzo ovvero dal suicida, il che determina una rilevanza decisiva sul piano della responsabilità penale con un abbassamento della pena.

L'evento consiste alternativamente nel suicidio del soggetto istigato o agevolato, cioè nell'autosoppressione volontaria e cosciente della vita mediante azione (suicidio attivo) o inerzia (suicidio passivo), oppure nel tentativo di suicidio con conseguente

¹²¹ Cass., Sez. I pen., 6 febbraio 1998, n. 3147, in *Foro it.*, 1998, p. 456 ss.

lesione personale grave o gravissima. Viene messo in evidenza¹²² che è essenziale e connaturata alla stessa nozione di suicidio *la consapevole volontà dell'autosoppressione*, la quale richiede da un lato la consapevolezza dell'atto autosoppressivo, dall'altro la volontà libera da vizi determinati dall'agente. Ciò significa che la determinazione e il rafforzamento, pur dovendo incidere sulla volontà della vittima, non devono consistere né in una costrizione (mediante minaccia o violenza fisica), né in un inganno, nei quali casi il reo risponderà di omicidio comune. Inoltre deve sussistere la capacità di autodeterminazione (almeno relativa) del suicida, come si evince dalla previsione di cui al comma 2 che sancisce l'applicabilità delle norme sull'omicidio se la persona è minore di anni 14 o priva della capacità di intendere e di volere.

2.2.3 Elemento soggettivo

Circa l'elemento soggettivo, si tratta di delitto a *dolo generico*, richiedendosi la coscienza e volontà di determinare altri al suicidio, di rafforzare l'altrui proposito suicida¹²³ o di agevolare in qualche modo l'esecuzione. L'opinione (che pure ha trovato riscontri nella giurisprudenza più risalente¹²⁴) secondo cui si tratti di delitto a dolo specifico (dato dalla finalità che il soggetto passivo si uccida) è da respingere, in quanto il suicidio è evento del reato e non mera finalità ulteriore rispetto al fatto materiale tipico.

2.3 Dubbi di legittimità costituzionale

Sugli artt. 579 e 580 c.p. sono stati da più parti sollevati dubbi di costituzionalità in rapporto all'art. 3, comma 1, Cost., che prescrive l'obbligo per il legislatore ordinario di trattare allo stesso modo situazioni equivalenti e di diversificare il trattamento di

¹²² F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, cit., p. 130 s.

¹²³ Nel caso del rafforzamento è richiesta la consapevolezza della serietà del proposito suicida. Cfr. Cass., Sez. V pen., 26 ottobre 2006, n. 3924 in *Cass. pen.*, 2007, p. 4566 ss.

¹²⁴ Cass., 25 febbraio 1948, in *Giust. pen.*, 1948, II, p. 293; Trib. Milano, 19 gennaio 1951, in *Giur. it.*, 1951, II, p. 19.

situazioni ontologicamente differenti, e consente di prescindere da tale obbligo solo se ciò è sorretto da una precisa *ratio legis*. Nella disciplina codicistica invece, da un lato, vengono accomunate situazioni diverse sotto la stessa fattispecie, dall'altro vengono riportate sotto fattispecie diverse fatti sostanzialmente equivalenti, senza un'apprezzabile ragione¹²⁵. *In primis* appare incongrua l'equiparazione tra istigazione e aiuto al suicidio, in quanto «le due ipotesi dovrebbero essere differenziate perché nella prima non è possibile rinvenire la particolare sudditanza psicologica che si stabilisce nelle fattispecie di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio, nel senso preciso della subordinazione della propria all'altrui volontà, alla quale si soggiace fino all'estrema conseguenza»¹²⁶. Sotto questo profilo non viene messo nel dovuto risalto il fatto che in tali ultime ipotesi «il soggetto attivo opera con la consapevolezza di esaudire l'altrui volontà, alla cui realizzazione si offre come strumento, spersonalizzandosi a favore dell'altrui vincente pressione psicologica»¹²⁷. Inoltre il legislatore accumuna sotto un'unica fattispecie condotte profondamente diverse tra loro, come la determinazione, che presuppone il far sorgere il proposito a chi ne è privo, e il rafforzamento, che invece comporta il consolidamento di un proposito già esistente, che in entrambi i casi non può certo qualificarsi come criminoso, essendo il suicidio considerato penalmente irrilevante e dunque, per le ragioni dianzi esposte, da qualificare come lecito.

3. Cenni definitivi in materia di eutanasia

Al di là del profilo etimologico di eutanasia – dolce morte, dal greco *eu thanatos* – l'espressione è stata utilizzata per definire in modo estensivo un ventaglio di esperienze tra loro eterogenee. In primo luogo viene indicata come *summa divisio* quella tra *eutanasia collettivistica* ed *eutanasia individualistica* (o *pietosa*). La prima è quella che viene posta in essere per un fine utilità pubblico-collettiva, non consensualmente e su larga scala. Essa comprende l'eutanasia *eugenetica*, che consiste nell'eliminazione indolore dei soggetti psicologicamente o fisicamente

¹²⁵ A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 49.

¹²⁶ F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., p. 213.

¹²⁷ *Ibid.*

deboli, allo scopo del miglioramento genetico della razza¹²⁸; l'eutanasia *economica*, per alleggerire la società dal peso dei soggetti economicamente inutili; l'eutanasia *criminale*, consistente nell'eliminazione indolore dei soggetti pericolosi; l'eutanasia *sperimentale*, che riguarda il sacrificio di vite per effettuare sperimentazioni per il progresso medico e scientifico; l'eutanasia *profilattica*, allo scopo di contrastare malattie epidemiche, attraverso la soppressione di chi ne sia affetto; l'eutanasia *solidaristica*, consistente nel sacrificio di soggetti a favore della vita o salute di altri (es. prelievo di organi da viventi a scopo di trapianto)¹²⁹. L'eutanasia individualistica è invece quella posta in essere per un sentimento di pietà nei confronti del particolare stato in cui versa il soggetto su cui viene praticata, e avente carattere strettamente individuale. Può essere consensuale o non consensuale, e include sia l'eutanasia pietosa passiva, consistente nella mera omissione o interruzione del trattamento terapeutico, sia quella attiva, che invece cagiona la morte mediante una condotta attiva.

A prescindere da tali classificazioni, nel contesto di riferimento attuale l'eutanasia corrisponde alla soppressione della vita altrui *pietatis causa* in modo consensuale, ed è quindi caratterizzata dal fine di far cessare lo stato di sofferenza in cui versa un altro soggetto, assecondando la volontà dello stesso. Nell'ambito di essa è opportuno distinguere tre diverse tipologie¹³⁰:

- 1) La c.d. *eutanasia attiva* (nella terminologia anglosassone «*mercy killing*»), che ricomprende le ipotesi di soppressione della vita del soggetto mediante una *condotta commissiva*, e che è punibile nei termini di cui si è già detto (*ex art. 579 o 575 c.p.*)¹³¹.
- 2) la c.d. *eutanasia passiva* («*letting die*»), che consiste nella sospensione del trattamento sanitario che mantiene in vita il paziente. Il tratto distintivo di essa rispetto all'eutanasia attiva è rappresentato dalla natura *omissiva* della condotta, per cui la causa diretta della morte coincide con il decorso naturale della malattia, e non con la condotta umana. L'espressione *eutanasia passiva consensuale* in realtà è da ritenere impropria, in quanto in realtà ci troviamo di fronte all'esercizio del diritto al *rifiuto delle cure*, correlato del principio del consenso e della libertà di

¹²⁸ Sui programmi di eutanasia di massa realizzati durante il nazismo: E. KLEE, *Euthanasia im Dritten Reich. Die Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Fischer, Frankfurt, 2010.

¹²⁹ F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, cit., p. 73.

¹³⁰ S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 117 ss.

¹³¹ Sul trattamento penale dell'omicidio *pietatis causa*: *supra* cap. II, 2.1.1.

autodeterminazione in ordine agli interventi altrui sul proprio corpo.¹³² Per l'analisi delle diverse ipotesi riconducibili nell'ambito del diritto al rifiuto o alla rinuncia ai trattamenti sanitari salvavita e ai problemi giuridici ad esse connessi, si rinvia ai paragrafi successivi.

3) la c.d. *eutanasia indiretta*, che consiste nella somministrazione di farmaci analgesici che comportano come effetto secondario l'accorciamento della vita del paziente. Linea di confine con l'eutanasia diretta è che, nonostante l'anticipazione della morte del paziente venga prodotta tramite una condotta positiva, questa è conseguenza di cure palliative che sono *dirette al lenimento del dolore* e non alla soppressione della vita.

Dato che la condotta del medico che somministra farmaci che possano anticipare il momento della morte è, dal punto di vista naturalistico, commissiva e causale nei confronti dell'esito letale, la letteratura penalistica ha prospettato diverse soluzioni per evitare l'applicazione indiscriminata delle fattispecie penali all'eutanasia indiretta fermo restando che da nessuno ne viene messa in dubbio la liceità¹³³. Secondo l'opinione più condivisibile, ai fini dell'inquadramento giuridico delle cure palliative occorre partire dal presupposto che l'esito mortale è conseguenza di una condotta conforme ai doveri professionali del medico. Pertanto la liceità delle cure palliative è da ricondurre direttamente all'obbligo di curare connesso alla posizione di garanzia del medico: infatti esso «non si limita alla dimensione dell'impedimento dell'esito letale, (ove possibile), ma comporta anche la doverosità del dispiegamento di tutte quelle attività che possono servire ad alleviare la sofferenza»¹³⁴.

¹³² Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.: «il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale».

¹³³ Si veda: S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 125 ss.

¹³⁴ *Ivi*, p. 127. Secondo una diversa impostazione l'ipotesi sarebbe invece riconducibile alla scriminante dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p. Cfr. F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, cit., p. 215 s.

4. Il rifiuto di trattamenti sanitari

Il presupposto di partenza del rifiuto di cure è rappresentato dal principio del consenso informato, inteso come elemento essenziale nella garanzia di disponibilità individuale sulle scelte esistenziali che attengono al proprio corpo, che è stato consacrato prima di tutto a livello giurisprudenziale attraverso il collegamento con i principi fondamentali espressi in costituzione agli artt. 2, 13, e 32¹³⁵. Tale principio costituisce di regola legittimazione e fondamento del trattamento sanitario. Il diritto al rifiuto o alla rinuncia ai trattamenti sanitari, compresi quelli necessari per il mantenimento in vita, non è altro che il «correlato» del principio del consenso, di cui rappresenta l'estrinsecazione in chiave negativa¹³⁶, e pertanto si colloca all'interno delle medesime coordinate normative¹³⁷. Il riconoscimento del diritto alla salute nella sua dimensione di diritto individuale, come diritto all'autodeterminazione nelle scelte che attengono alla salute e integrità fisica dell'individuo, emerge dunque anche sotto il profilo del diritto a non curarsi. Pertanto «la salute degli individui non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva, come risulta, ad es., dall'art. 32 della Costituzione italiana, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che – come si precisa in dottrina – vi sia coincidenza tra la salvaguardia della salute collettiva e della salute individuale (es.: vaccinazioni obbligatorie per malattie contagiose o diffuse) e l'obbligo terapeutico sia assicurato non con l'esecuzione coattiva, ma con sanzioni indirette (penali, amministrative, esclusione da attività professionali a contatto col pubblico)»¹³⁸. Il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari, in quanto estrinsecazione negativa del consenso, fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e rappresenta l'applicazione in ambito sanitario del generale diritto alla libertà personale di cui all'art. 13 Cost., inteso quale diritto all'invulnerabilità della sfera psico-fisica¹³⁹.

¹³⁵ *Supra* cap. I, 2.3.

¹³⁶ F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 61.

¹³⁷ Per i fondamenti normativi del consenso v. *supra* cap. I, 2.

¹³⁸ F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, cit., p. 61.

¹³⁹ S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, Giuffrè, 2011, p. 1901 ss.

Anche il rifiuto di cure deve essere informato, presentandosi come possibile esito di un percorso informativo e comunicativo che si colloca nella dinamica del rapporto medico-paziente: pertanto il rifiuto informato e la rinuncia consapevole di cure si pongono «non all'esterno della relazione medico-paziente, né in contrapposizione con essa, ma anzi rappresentano e devono rappresentare il frutto di una scelta maturata all'interno del rapporto di alleanza terapeutica»¹⁴⁰. Ciò è confermato dal fatto che, da un lato, il settore della medicina palliativa proietta i doveri deontologici del medico verso un'accezione della tutela della salute più ampia, comprensiva anche dell'alleviamento delle sofferenze, e perciò il rifiuto di un trattamento non coincide necessariamente con il rifiuto di ogni tipo di trattamento. Dall'altro lato, si deve scongiurare il rischio che il riconoscimento del diritto al rifiuto delle cure sfoci in una situazione di “abbandono terapeutico”, proprio attraverso la valorizzazione del rapporto medico-paziente come strumento privilegiato del medico ai fini di una “decifrazione” della psicologia del paziente: come segnalato dal Comitato per la bioetica, il medico non si deve infatti limitare a una passiva acquiescenza del rifiuto, ma deve cercare di «comprendere la personalità del paziente e la sua situazione ambientale», per evitare che scelte irreversibili derivino da stati depressivi, dalla prostrazione psicofisica del paziente o dal timore di gravare i congiunti del peso dell'assistenza nella malattia¹⁴¹.

Il diritto di rifiutare o rinunciare ai trattamenti sanitari anche salvavita rappresenta un tratto caratterizzante l'ispirazione personalistica posta a base della nostra Costituzione nell'ambito di un sistema laico e pluralistico, pertanto i fondamenti giuridico-ideologici, di matrice autoritaria e illiberale, invocabili a supporto dell'imposizione forzata di un trattamento liberamente e coscientemente rifiutato, pur se necessario a mantenere in vita la persona, sono stati pienamente dismessi dal nostro ordinamento. La posizione di garanzia del medico nei confronti della vita e della salute del paziente non si pone in contrasto con tale impostazione, sulla base dei principi in materia di *responsabilità per omissione*: così come il consenso informato costituisce il fondamento di legittimità dell'attività medico-chirurgica, così gli obblighi giuridici di cura e di intervento del sanitario (da cui deriva la responsabilità

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 1904.

¹⁴¹ Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, 20 Giugno 1992, *Informazione e consenso all'atto medico*.

omissiva del medico ex art. 40, comma 2, c.p.) trovano un limite nella rinuncia o nel rifiuto competente ed informato opposto dal malato. All'opposto sorge in capo al medico il dovere giuridico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure, e di conseguenza «per escludere la responsabilità omissiva del medico per l'evento infausto (morte o lesioni), derivato dalla non attivazione o interruzione delle terapie, non c'è bisogno di alcuna specifica previsione legislativa, poiché il medico, essendo tenuto non più a curare, ma a non curare, non pone in essere alcuna omissione giuridicamente rilevante e tale evento non è più imputabile ad una sua omissione»¹⁴². Un problema di responsabilità penale è configurabile invece nel caso in cui il medico esegua la terapia rifiutata dal paziente, violando il suo diritto all'autodeterminazione e ponendo in essere un trattamento sanitario arbitrario¹⁴³.

Nell'esame giuridico di ciò che sia legittimo fare nell'ambito del rifiuto o rinuncia a cure salvavita o dell'interruzione del trattamento medico, è necessario diversificare due situazioni tra loro non del tutto assimilabili: da un lato, quella in cui il rifiuto o la rinuncia avvenga su richiesta di un paziente cosciente e capace di intendere e di volere, adeguatamente informato sulle terapie e in grado di manifestare la propria volontà; dall'altro, la sospensione o mancata attivazione delle cure di sostentamento vitale nei confronti di pazienti incapaci di esprimere una scelta consapevole. Inoltre è opportuna una sottodistinzione relativa al rifiuto del paziente «competente», se egli si trovi in condizioni di *autonomia*, intesa come capacità di sottrarsi da solo a qualsiasi trattamento medico che si renda necessario per la sua vita, o di *dipendenza*, quando egli sia privo dell'autonomia fisica necessaria a dare attuazione alla propria volontà di interrompere un trattamento salvavita già in corso¹⁴⁴.

¹⁴² F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine vita*, cit., p. 61 s.; nello stesso senso: D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1195 ss.

¹⁴³ Per la responsabilità penale del medico che esegua un trattamento sanitario arbitrario v. *supra* cap. I, 3.

¹⁴⁴ S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, cit., p. 1906 ss.; L. D'AVACK, *Verso un antidestino: biotecnologie e scelte di vita*, cit., p. 201 ss.

4.1 Rifiuto del paziente competente in condizioni di autonomia

In base ai riferimenti normativi e giurisprudenziali sopra menzionati, nessuno mette in discussione la legittimità del rifiuto di un paziente competente che sia in grado da solo, senza il coinvolgimento di altri, di porlo in essere, senza che il diritto all'autodeterminazione terapeutica incontri un limite se da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Di fronte al dissenso manifestato dal paziente capace di intendere e di volere – sulla base di personalissime valutazioni sulla dignità della vita in relazione all'invasività ed efficacia del trattamento medico – sussiste il divieto del sanitario di attuare la condotta impeditiva dell'esito letale. Pertanto, in caso di morte del paziente, non è configurabile alcuna condotta omissiva penalmente significativa del medico che non ha iniziato il trattamento salvavita, venendo meno l'obbligo di garanzia del medico e di conseguenza la responsabilità ex art. 40, comma 2, c.p. Per converso è invece configurabile una responsabilità a vario titolo nel caso di ingerenza del medico sulla dimensione fisica del paziente, in base all'art. 610 c.p. (violenza privata), a cui si aggiungono le ulteriori fattispecie delittuose di cui agli artt. 582, 583 (lesioni personali), 606 (sequestro di persona) e 613 (stato di incapacità procurato mediante violenza) c.p., qualora ne ricorrano i presupposti¹⁴⁵.

Nella trattazione del tema, è opportuno far riferimento a particolari ipotesi di rifiuto di trattamento sanitario, da risolvere in base ai principi generali sopra esposti. La prima questione è quella del *rifiuto di emotrasfusioni per motivazioni religiose da parte dei testimoni di Geova*. Nel caso in cui il soggetto sia maggiorenne, competente e cosciente, essendo il diritto azionato *iure proprio*, trova applicazione il principio dell'autodeterminazione, con conseguente divieto assoluto di qualsiasi intervento coattivo, anche quando il rifiuto di emotrasfusioni determini un grave pericolo di vita per il paziente.¹⁴⁶ A conclusioni opposte si perviene nel caso il paziente sia minorenne, nel qual caso è indubbio e unanime in dottrina e giurisprudenza che sulla libertà di coscienza dei genitori debba prevalere, in un'ottica di bilanciamento, la salute e la vita dei figli minori «ed il correlato dovere giuridico di curare e far curare

¹⁴⁵ S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, cit., p. 1907 ss.

¹⁴⁶ A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, cit., p. 52 s.; F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, cit., p. 68 ss.

la salute degli stessi, sancendo nei confronti dei genitori già l'art. 30 Cost. e, altresì, l'art. 147 c.c. il dovere di mantenere, prima ancora che istruire ed educare, i propri figli e quindi, di evitare nei loro confronti eventi pregiudizievoli»¹⁴⁷. Di conseguenza, in caso si debba ricorrere a trasfusioni, è anche legittimo l'intervento del giudice, affinché si provveda in sostituzione di chi non adempie¹⁴⁸. La situazione più problematica è quella del testimone di Geova che si trovi in stato di incoscienza al momento in cui il medico dovrebbe compiere la trasfusione di sangue. Occorre qui distinguere: se il caso riguarda un soggetto maggiorenne e competente, che perde conoscenza dopo aver espresso un rifiuto informato direttamente al medico, quest'ultimo deve rispettare la sua volontà, contro le opinioni di chi invece vorrebbe l'applicazione dello stato di necessità ex art. 54 c.p. o della finzione del consenso presunto per giustificare la condotta del sanitario che pratica l'emotrasfusione contro la volontà del soggetto¹⁴⁹, che di fatto vanificano il contenuto del diritto all'autodeterminazione terapeutica di cui all'art. 32, comma 2, Cost. In caso invece il paziente non sia in grado di esprimere un rifiuto attuale e informato, e sussista una situazione di urgenza di ricorrere all'emotrasfusione, si sostiene sia possibile fare leva sul principio del *consenso presunto*. Qualora il medico si trovi in una situazione di dubbio in merito ai requisiti dell'attualità e della concretezza del consenso, si ritiene si possa giustificare la condotta del sanitario che effettua la trasfusione attraverso il principio dell' *in dubio pro vita*, sulla base della scriminante reale o putativa dell'adempimento del dovere¹⁵⁰.

Negli stessi termini si pone la questione del *rifiuto dell'alimentazione da parte dei detenuti in sciopero della fame*, da certa giurisprudenza risolto invece nel senso dell'alimentazione forzata. In mancanza di una norma specifica che l'autorizzi, la liceità dell'alimentazione non è sostenibile, in quanto fondata su ragioni di ordine pubblico non in grado di legittimare la violazione di specifici diritti di libertà dell'individuo, anche se ristretto in carcere. E anche nel caso una siffatta legge venisse introdotta, si porrebbe in aperto contrasto sia con il limite del rispetto della

¹⁴⁷ *Ivi*, p. 69

¹⁴⁸ Cort. cost., 22 luglio 2004, n. 262, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2692 s.

¹⁴⁹ Cfr. G. IADECOLA – A. FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire, criteri per l'accertamento del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 313.

¹⁵⁰ F. MANTOVANI, *I delitti contro l'essere umano in generale*, cit., p. 69.

persona umana di cui all'art. 32 Cost. (dato che lo *status* di detenuto legittima solo limitazioni ai suoi diritti fondamentali connessi con lo scopo della sua detenzione), sia con normative internazionali, quale la Dichiarazione dell'Assemblea Generale dell'Associazione medica mondiale del 1975, che inibisce l'alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame all'art. 5.

Un'ipotesi controversa è quella del *rifiuto della madre di trattamenti sanitari a vantaggio del concepito*, in relazione ai quali, avvenendo gli interventi necessariamente attraverso il corpo materno, sia che si agisca direttamente sul feto (es. infusioni infrafetali o endoamniotiche) o sull'organismo materno (es. trattamenti farmacologici di cui beneficerà indirettamente il feto; parto chirurgico), vengono in conflitto da un lato il diritto del concepito di nascere sano e il dovere della gestante di curarlo, dall'altro il diritto della gestante all'autodeterminazione e alla tutela della propria salute. Si ritiene che sia opportuna una distinzione a seconda che l'intervento medico sia *pregiudizievole o meno per la salute della madre*¹⁵¹: nel primo caso prevale il diritto del concepito alla salute e l'obbligo della madre alla cura, anche se l'obbligo può essere assicurata, nel rispetto della persona umana, non tramite l'esecuzione coattiva, ma solo mediante sanzioni indirette per l'inosservanza (es. per omicidio o lesioni, anche se l'evento si verifica dopo la nascita). Quando invece l'intervento comporti il pericolo di una menomazione permanente dell'integrità fisica, e sia quindi pregiudizievole per la salute della madre, prevale il diritto alla salute di quest'ultima. E al medico non è consentito effettuare l'intervento nemmeno col consenso della madre, non essendo giuridicamente lecito il sacrificio di una persona per mano altrui.

4.2 Rifiuto del paziente competente in condizioni di dipendenza

La questione appare più complessa quando il paziente si trovi in una situazione di dipendenza per la quale ai fini dell'attuazione del rifiuto o della rinuncia al trattamento gli sia necessario l'intervento di altri, in particolare quello del medico. Il problema si concretizza in due diversi interrogativi, riguardanti da un lato la

¹⁵¹ *Ivi*, p. 71 ss.

qualificazione della condotta del sanitario che procede all'interruzione del trattamento di sostegno vitale, dall'altro la vincolatività della richiesta del paziente.

4.2.1 La condotta di interruzione del trattamento di sostegno vitale

Quanto al primo profilo, la linea di confine tra rifiuto del trattamento medico ed eutanasia attiva è caratterizzata da notevoli profili di problematicità: infatti, non è agevole la distinzione tra forme commissive ed omissive nelle situazioni in cui sia necessario un intervento attivo: esempio classico – e controverso dal punto di vista giurisprudenziale – è il distacco del respiratore artificiale, la cui valenza commissiva da un punto di vista ontologico va a scontrarsi con il significato omissivo (nel senso di omissione della terapia) della condotta. Se infatti, come è stato rilevato, da un punto di vista assiologico «non può negarsi l'equivalenza tra il distacco della macchina e il comportamento del medico che interrompe il massaggio cardiaco la somministrazione di farmaci, tuttavia da un punto di vista giuridico la differenza tra fare ed omettere presenta implicazioni innegabili»¹⁵². Sull'identità sostanziale delle condotte non vi sono dubbi: è innegabile, già sul piano logico – prima ancora che giuridico - che una volta subordinata al consenso del paziente la legittimità circa la praticabilità iniziale di cure (anche vitali), ammettendo quindi un rifiuto inteso come richiesta di non inizio, sarebbe del tutto incongruente non concordare sulla necessità anche del suo consenso a proseguirle. Inoltre, qualora si negasse tale equiparazione, legittimando solo un rifiuto iniziale del trattamento da parte del malato, «si andrebbe incontro a una serie di effetti irragionevoli, oltre che paradossali. A titolo esemplificativo: a seconda della possibilità di interrompere la terapia da soli o no, la sospensione di cure sarebbe consentita solo a taluni pazienti e non ad altri, con una selezione basata sulla tipologia di malattia, sullo stato di avanzamento della patologia sofferta (che incide sul momento in cui si può rinunciare o meno) e sul tipo di terapia attuata (un malato di tumore potrà sempre sospendere un ciclo di chemioterapia, non presentandosi alla seduta successiva se le precedenti sono state ritenute troppo invasive e comunque intollerabili in un

¹⁵²F. GIUNTA, *Eutanasia*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, VI, 2007, p. 265.

rapporto personale di costi/benefici delle stesse cure). Come ulteriore effetto paradossale, poi, qualora il paziente ritenesse di non potere più sospendere la terapia, potrebbe essere portato a non intraprenderla affatto, proprio per il timore che una volta iniziata non la si possa più interrompere e se ne debba quindi rimanere necessariamente prigionieri. Un ulteriore e sicuro effetto discriminatorio si avrebbe nel caso in cui si venisse a essere sottoposti a terapie quando non si è coscienti, perché ad esempio un medico ha agito in stato di necessità, e pertanto non vi è stata alcuna possibilità di esprimere un dissenso iniziale, rimanendo irrevocabilmente vincolati alla loro prosecuzione»¹⁵³.

La stessa problematica si è posta in Germania, dove in un primo tempo ha portato all'elaborazione della teoria roxiniana dell' *Unterlassung durch Tun* (omissione mediante azione), per cui il fondamento della non punibilità dell'interruzione del trattamento medico è rinvenibile già sul piano della *tipicità*, attraverso l'equiparazione tra il rifiuto originario del trattamento e la sua mancata prosecuzione¹⁵⁴. Tale impostazione distingue tra significato fenomenologico e significato normativo del fatto, e valorizzandone il profilo normativo, incentrato sul senso sociale dell'interruzione o sospensione, inquadra dal punto di vista giuridico la condotta fenomenologicamente attiva del distacco del respiratore come *omissione dell'ulteriore trattamento*¹⁵⁵. Un'altra tesi sostiene che la condotta attiva del sanitario integra la fattispecie dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), ponendosi dal punto di vista naturalistico in diretto rapporto causale con l'evento della morte del paziente, e che perciò la questione deve trovare la sua soluzione sul piano non della tipicità, ma dell'*antigiuridicità*, dove viene riconosciuta l'esistenza di un conflitto valoriale, di un'antinomia tra doveri imposti dall'ordinamento: la liceità della condotta attiva del medico sarebbe fondata sulla scriminate *dell'adempimento di un dovere terapeutico* (art. 51 c.p.) scaturente dall'art. 32, comma 2, Cost., quello di

¹⁵³ C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2017.

¹⁵⁴ In seguito la questione è stata affrontata per via giurisprudenziale dal *Bundesgerichtshof*, che ha respinto la distinzione tra condotta omissiva e commissiva ed elaborato la categoria unitaria del *Behandlungsabbruch* (interruzione di trattamento). *Infra* cap. IV, 2.5.

¹⁵⁵ A favore di questa impostazione: F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"?* Considerazioni a margine del caso *Welby*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2007, p. 5 ss.; C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1824 ss.

interrompere il trattamento sanitario rifiutato dal paziente informato e competente¹⁵⁶. Tale conclusione presuppone un bilanciamento tra i beni di rango costituzionale, che ritiene prevalente il principio di trattamenti sanitari coatti ex art. 32 Cost., sorretto dai principi di autonomia e dignità della persona che si desumono dal nostro complessivo sistema costituzionale, rispetto a quello dell'incondizionata tutela della vita umana. Pertanto «il fondamento della liceità dell'ottemperanza mortale alla rinuncia del paziente non va ravvisato in un diritto di morire, bensì in un diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà»¹⁵⁷.

4.2.2 L'interruzione del trattamento da parte di terzo non sanitario

Quanto all'individuazione dell'area applicativa della scriminante dell'adempimento del dovere, per una prima tesi il problema è di facile soluzione, essendo i destinatari del dovere di soddisfare le richieste del paziente di interrompere il trattamento esclusivamente gli *esercanti una professione sanitaria*. Esclusivamente il medico può procedere all'interruzione del trattamento sanitario, in quanto nella sua posizione di garante – nel contesto dell'alleanza terapeutica con il paziente – può verificare con rigore i requisiti di validità e attualità della rinuncia del malato. Di conseguenza nei confronti di qualsiasi altro soggetto che abbia causato la morte del paziente mediante l'interruzione di un trattamento di sostegno vitale si prospetta l'applicazione del delitto di cui all'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)¹⁵⁸. Di contro, una tesi dottrinale sostiene invece che, sulla base della dominante nozione oggettiva di attività medica, facente leva sulle sue finalità e sul rispetto delle *leges artis*, e indipendente dalla qualifica di chi la compie, anche l'interruzione effettuata da persona diversa dal medico sarebbe inclusa nell'art. 51 c.p., restando salva la configurabilità in capo all'agente di una responsabilità ex art. 348 c.p. (esercizio

¹⁵⁶ G.u.p. Trib. Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 294 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 912 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561 ss.

¹⁵⁷ S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, cit., p. 1912.

¹⁵⁸ S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit.

abusivo di una professione), stante l'orientamento secondo cui per l'integrazione del delitto in questione è sufficiente il compimento di un'isolata prestazione professionale¹⁵⁹. Altra opinione sostiene che «quando l'interruzione terapeutica mediante condotta attiva non richieda competenze sanitarie [...], essa potrà anche essere attuata egualmente da un medico, ma sarà evidente che non si tratta tanto di un "rapporto terapeutico", quanto della attuazione della volontà diretta del paziente che, se in grado di agire, potrebbe legittimamente interrompere da solo la terapia o il meccanismo salvifico. Questa azione equivarrebbe, per lui, a procurarsi la morte, ma resterebbe scriminata per il fatto che, pur essendo un suicidio, la morte è dovuta a un legittimo rifiuto di terapie: è questo un caso di *suicidio obiettivamente scriminato*, dove l'evento stesso, oltre che la condotta, non sono impedibili»¹⁶⁰. Questa tesi sottolinea comunque la necessità, derivante dal bilanciamento del diritto all'autodeterminazione con la tutela della vita, di un *controllo sanitario* sulle condizioni di validità ed attualità del consenso o dissenso che produce effetti immediatamente mortali. Se il privato effettua il distacco senza attendere una verifica imparziale e competente sul consenso, non si applicherà l'art 579 c.p. solo nel caso in cui *ex post* si ritenga che l'accertamento avrebbe avuto un esito conforme per la sussistenza oggettiva dei requisiti necessari per l'interruzione, in virtù dell'*identità sostanziale* dell'evento, salva l'eventuale applicazione del 348 c.p. per esercizio abusivo delle singole attività tipiche della professione sanitaria. Inoltre sarebbe necessario che il terzo che attua doverosamente la volontà del paziente sia comunque un garante. Questa soluzione, in presenza dei presupposti suddetti, necessari a garantire la libertà individuale contro possibili abusi, sembra quella più rispondente alla tutela del diritto di autodeterminazione del paziente, il cui rifiuto al trattamento terapeutico deve essere garantito anche di fronte al rifiuto del personale medico.

¹⁵⁹ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 101 ss.

¹⁶⁰ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, cit. p. 915. L'autore sottolinea che «è ancora oscuro il profilo scriminante del terzo non terapeuta intervenuto su richiesta libera e responsabile del paziente a interrompere – con condotta positiva – il meccanismo salvifico come quello di un respiratore automatico».

4.2.3 Ammissibilità dell'obiezione di coscienza

Quanto alla questione relativa alla *vincolatività* del rifiuto del paziente nei confronti del medico, ci si chiede se sia rilevante un'eventuale *obiezione di coscienza* da parte dell'esercente la professione sanitaria. In tal caso appare corretta l'opinione positiva, essendo doveroso il riconoscimento in capo al medico del diritto da astenersi da una condotta attiva immediatamente causale rispetto all'evento morte, qualora essa sia avvertita come contraria alle sue concezioni etiche, deontologiche e professionali¹⁶¹. Si osserva che «è [...] legittimo ipotizzare e prevedere in ipotesi come queste, tanto più se lontane da una prossimità alla morte e assolutamente mortali appena eseguite, un diritto all'obiezione di coscienza in capo al singolo medico, trattandosi di pretese ad un *agere* positivo (non a una mera astensione) il quale realizza un'interruzione obiettivamente "omicida". Si potrà giocare con le parole fin che si vuole, ma questo dato non pare superabile»¹⁶². Viceversa, in caso si accolga la tesi dell'omissione mediante azione, considerando l'interruzione come mancata prosecuzione del trattamento, dalla natura omissiva della condotta consegue la «non ammissibilità ontologica dell'obiezione di coscienza»¹⁶³. Il paziente, in caso di soluzione positiva all'obiezione, deve essere però messo nelle condizioni di ottenere altrimenti la realizzazione delle proprie richieste di interruzione del trattamento sanitario, altrimenti conseguendone una vanificazione del suo diritto all'autodeterminazione. Pertanto si segnala in dottrina l'opportunità di un intervento legislativo «ai fini della regolamentazione delle modalità del trasferimento della posizione di garanzia dal medico obiettore ad uno disposto ad attuare la volontà del malato, in modo che ciò avvenga senza pregiudizio per i diritti di quest'ultimo»¹⁶⁴. Un'opinione negativa alla possibilità di obiezione di coscienza ipotizza invece l'applicabilità del reato di *violenza privata ex art. 610 c.p.* alla condotta del medico che non interrompe il trattamento, costringendo il paziente a vivere suo malgrado¹⁶⁵. Tale impostazione fa

¹⁶¹ S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 692; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, cit. p. 914

¹⁶² *Ibid.* L'ultima proposizione della citazione si riferisce alla criticata impostazione dell'omissione mediante azione.

¹⁶³ E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norme penali, e conflitto di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, p. 141.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, cit., p. 101 ss.

leva sul fatto che la nozione di violenza e la sua rilevanza penale, secondo l'opinione largamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, non sono limitate alla c.d. «violenza propria», nella sua accezione di dispiego di energia fisica, ma comprende anche la c.d. «violenza impropria», cioè l'utilizzo di qualunque mezzo sul soggetto per limitarne o annullarne la capacità di autodeterminazione, che non sia la minaccia, e che può consistere anche in una semplice omissione. Secondo questa accezione più lata, la violenza non esprime più una condotta vincolata, ma un'azione che rileva penalmente in quanto causalmente orientata alla costrizione della vittima. Pertanto si prospetta la configurabilità di una responsabilità in capo al medico che non adempia alla richiesta di interruzione del paziente *ex art. 40, comma 2*, causando il medico l'evento previsto dall'art. 610 (la costrizione del paziente a subire ingerenze corporali non volute), che aveva il dovere giuridico di evitare. Contro questa tesi si obietta¹⁶⁶ principalmente che non appare corretta l'attribuzione al medico del ruolo di garante *ex art. 40, comma 2*, del diritto del paziente a non subire ingerenze non volute nella sua dimensione corporale; in secondo luogo, che la violenza privata si configura come fattispecie a condotta vincolata non suscettibile di essere convertita in fattispecie omissiva impropria. Un'altra impostazione vorrebbe l'inquadramento della condotta nell'ambito delle fattispecie di *lesioni personali* (artt. 582-583 c.p.), difficilmente sostenibile stante il difetto dell'elemento della malattia come diretta conseguenza dell'intervento medico. Ulteriori proposte ricostruttive richiamano fattispecie del tutto estranee all'attività sanitaria, come il delitto di maltrattamenti¹⁶⁷, e sono perciò da respingere, essendo frutto di una forzatura del dato testuale e strutturale.

4.3 Rifiuto del paziente in stato di incoscienza

Con riguardo alla situazione in cui il paziente si trovi in condizioni di incoscienza e non sia quindi in grado di manifestare il proprio consenso o dissenso al trattamento terapeutico in modo informato ed attuale, oltre alle questioni già messe in evidenza

¹⁶⁶ E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norme penali, e conflitto di coscienza*, cit., p. 136.

¹⁶⁷ A. VALLINI, *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 78.

per la situazione del paziente consapevole ma in stato di dipendenza, si aggiungono ulteriori problemi giuridici. Punto di partenza è che al paziente incapace non può essere sottratto il diritto all'autodeterminazione terapeutica in ragione della menomazione che l'ha colpito, stante l'incompatibilità tra un eventuale obbligo giuridico di cura (anche se limitato all'incapace) e la concezione personalistica accolta in Costituzione, cosa che tra l'altro sarebbe contraria al divieto di discriminazioni di cui all'art. 3 Cost.

4.3.1 Il potere di rappresentanza del tutore relativo alle scelte di fine vita

Una prima questione riguarda l'ampiezza del *potere di rappresentanza del tutore*, cioè se questo si estenda fino alla possibilità di consentire un trattamento sanitario salvavita. Si registra a proposito un'evoluzione giurisprudenziale nella direzione di una soluzione positiva. Secondo la giurisprudenza precedente, gli *atti personalissimi*, coinvolgendo interessi strettamente legati all'individuo, a cui solo compete la scelta in ordine alla determinazione da adottare, non potrebbero essere posti in essere con il meccanismo della rappresentanza, se non nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge¹⁶⁸. Nel caso *Englaro* si è fatto inizialmente riferimento a questa tesi, ribadendosi che il tutore nelle sue competenze previste dall'art. 78 c.p.c. non avrebbe rappresentanza sostanziale dell'interdetto con riferimento a questo genere di domanda. Inoltre, nel caso dell'incapace, il conflitto tra diritto all'autodeterminazione e tutela della vita deve sempre risolversi a favore di quest'ultimo, in quanto manca un conflitto in concreto tra tali valori costituzionali: non potendo la persona esprimere alcuna volontà, non vi sarebbe alcuna libertà da tutelare. Ne deriva che il tutore non è legittimato a prendere decisioni che possano determinare la morte del rappresentato¹⁶⁹.

Successivamente le pronunce di Corte di Appello¹⁷⁰ e Cassazione¹⁷¹ modificano questo indirizzo, affermando la legittimazione del tutore a esprimere il consenso

¹⁶⁸ Cass., Sez. I civ., 21 luglio 2000, n. 9582, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2751.

¹⁶⁹ Trib. Roma, 17 ottobre 2007, in *Bioetica*, 2008, p. 141 ss.; Trib. Lecco, 2 febbraio 2006; Cass. civ., 20 aprile 2005, n. 8291, in *Fam. dir.*, 2005, p. 481 ss.; Trib. Lecco, 20 luglio 2002, in *Bioetica*, 2004, p. 85 ss.

¹⁷⁰ App. Milano, 15 Novembre 2006, in *Guida al diritto*, 2007, p. 39 ss.

informato ai trattamenti sanitari destinati al soggetto incapace. Nella pronuncia del 16.10.2007 la Cassazione afferma che «anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed 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. Centrale, in questa direzione, è la 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. Poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno (artt. 404 e ss. cod. civ., introdotti dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6), dovendo il decreto di nomina contenere l'indicazione degli atti che questa è legittimata a compiere a tutela degli interessi di natura anche personale del beneficiario (art. 405, quarto comma, cod. civ.)»¹⁷². Inoltre nella pronuncia vengono richiamati come riferimenti normativi a supporto dell'impostazione adottata l'art. 4 del d.lgs. 24.6.2003, n. 211, per cui la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione, tra l'altro, che «sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante»: un consenso – prosegue la norma – che «deve rappresentare la presunta volontà del soggetto»; l'art. 23 della l. 22.5.1978, n. 194, il quale, disciplinando il caso della donna interdetta per infermità di mente, dispone che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza, sia entro i primi novanta giorni che trascorso tale periodo, può essere presentata, oltre che dalla donna personalmente, anche dal tutore (il cui parere deve essere sentito anche in caso la richiesta provenga dall'interdetta); infine, l'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che prevede che

¹⁷¹ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, p. 3025 ss.

¹⁷² *Ibid.* A conferma di tale lettura delle norme del codice la Corte fa riferimento alla sentenza 18 dicembre 1989, n. 5652, della stessa sezione, con la quale si è statuito che, in tema di interdizione, l'incapacità di provvedere ai propri interessi, di cui all'art. 414 cod. civ., va riguardata anche sotto il profilo della protezione degli interessi non patrimoniali.

«quando un paziente non ha la capacità di dare un consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di una autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge»¹⁷³. L'obiettivo che si vuole realizzare è quello che ci sia sempre un soggetto che interagisca con il medico nei processi decisionali, in modo che il paziente non in grado di autodeterminarsi resti privo di voce.

Ciò stabilito, la Cassazione afferma che il potere di rappresentanza del tutore di esprimere il consenso informato ai trattamenti sanitari destinati all'incapace non si atteggia come ordinario potere di sostituzione del rappresentato nel compimento di atti giuridici, dato che «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». Pertanto il potere rappresentativo del tutore viene sottoposto a un duplice limite, orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato: in primo luogo viene posto, quanto all'ipotesi di interruzione di un trattamento salvavita, il requisito dell'*irreversibilità della malattia* del paziente, per cui «una interruzione è consentita soltanto in casi estremi: quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno». Si sottolinea come, in base a un'interpretazione rigorosa del requisito dell'irreversibilità, nella pratica esso non sarebbe mai rinvenibile, stante l'inesistenza di criteri e parametri scientifici precisi che possano diagnosticare con certezza la irreversibilità dello stato vegetativo permanente¹⁷⁴. L'unica possibilità di interpretazione per non rendere in effettiva la statuizione è quella di intendere l'irreversibilità *in senso debole*, cioè tenere conto della natura e delle ragioni della

¹⁷³ Si osserva tuttavia che i richiami alle fonti normative operati dalla Corte non sarebbero pertinenti quanto alla rappresentanza nei confronti delle scelte di fine vita, rinvenendosi nella normativa richiamata solo una funzione di protezione dell'incapace contro atti invasivi della sua sfera psicofisica. Cfr. F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. Fam.*, 2008, p. 107 ss.

¹⁷⁴ L. D'AVACK, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, 2011, p. 1917 ss.

condizione vegetativa del paziente e in considerazione di parametri statistici e scientifici verificare l'utilità o meno dell'attesa di altro tempo per ritenere irreversibile uno stato vegetativo¹⁷⁵.

Il criterio che deve guidare il potere di rappresentanza del tutore è quello del «*best interest*»: egli deve agire nell'esclusivo interesse dell'incapace, e nella ricerca del migliore interesse «deve decidere non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo 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»¹⁷⁶. La condizione del paziente, perché si arrivi a un'interruzione del trattamento salvavita, deve quindi essere «incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e [...] contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona»¹⁷⁷. Il tutore quindi non esprime una propria lettura di quello che secondo lui debba essere il *best interest* dell'interessato, ma piuttosto deve far emergere la *volontà presunta* del paziente, sulla base dei desideri espressi in precedenza e della gerarchia dei valori di riferimento dello stesso.

4.3.2 La qualificazione dell'alimentazione e idratazione artificiale

Si è già accennato¹⁷⁸ alla questione della nutrizione e idratazione artificiali, di cui si è sostenuto l'inquadramento giuridico come «atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere»¹⁷⁹: dunque non si tratterebbe di atti medici

¹⁷⁵ In questo senso: Cass. 11 novembre 2008, n. 27145, in *Guida al diritto*, 2008, p. 36 ss.

¹⁷⁶ Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

¹⁷⁷ *Ibid.* La Corte afferma inoltre che l'istanza di autorizzazione all'interruzione del trattamento salvavita deve essere «realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona».

¹⁷⁸ *Supra* cap. I, 2.3.

¹⁷⁹ Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005.

in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale (come ad esempio la ventilazione meccanica), ma di *pratiche di sostentamento ordinario*, come tali suscettibili di esclusione dall'ambito di copertura dell'art. 32 Cost. e non rientranti tra le terapie di cui si possa pretendere la sospensione. Contro questa tesi, da un lato, si obietta che è difficile negare la qualificazione di tali tecniche come trattamenti sanitari, atteso che, se chi non è medico le praticasse, incorrerebbe senza dubbio in una violazione dell'art. 348 c.p. (esercizio abusivo di professione)¹⁸⁰. Dall'altro si oppone la ricostruzione, ad opera della giurisprudenza costituzionale, del prelievo di sangue, intervento di gran lunga meno invasivo della nutrizione e idratazione artificiale, come misura di «restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo»¹⁸¹. Su queste basi, la Corte di Cassazione in sede civile ha respinto espressamente la tesi, qualificando le suddette tecniche come trattamenti sanitari: «non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicanti procedure tecnologiche»¹⁸². Allo stesso modo il legislatore nel nuovo disegno di legge trasmesso al Senato il 21 aprile 2017 per l'approvazione dove all'art. 1, comma 5, si afferma che «sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». ¹⁸³ In ogni caso, indipendentemente dal fatto che l'alimentazione e idratazione artificiali siano qualificabili come atti di sostentamento ordinario o atti medici in senso proprio, la loro natura è pur sempre quella di interventi invasivi sulla persona, e come tali, in virtù della ricostruzione del principio del consenso informato come diritto fondamentale fondato, oltre che sull'art. 32, anche sugli artt. 2 e 13 Cost.¹⁸⁴, sono da considerare lesivi del diritto all'integrità fisica, nel caso vengano praticati contro la volontà dell'interessato. Pertanto la pretestuosa differenziazione

¹⁸⁰ C. CASONATO – F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, cit., p. 64

¹⁸¹ C. Cost., 9 luglio 1996, n. 238, cit.

¹⁸² Cass., Sez I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

¹⁸³ D.d.l. 2801, consultabile in www.senato.it.

¹⁸⁴ C. Cost. 23 dicembre 2008, n. 438, cit.

della natura del trattamento di nutrizione e idratazione artificiale è da respingere a priori, in quanto viola la regola fondamentale dell'intangibilità della libertà personale, di cui la libertà di disporre del proprio corpo costituisce il postulato.

4.3.3 Le disposizioni anticipate del paziente

Nel tratteggiare la figura delle c.d. dichiarazioni anticipate di trattamento, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha descritto la figura nei termini di «documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso informato»¹⁸⁵. Secondo tale definizione, il fulcro della figura viene individuato in due elementi: l'atto con il quale il soggetto capace dispone per un momento futuro, in previsione della propria incapacità; e il contenuto di tale atto, cioè la volontà in merito ai trattamenti di carattere sanitario ai quali la persona accetta o meno di essere sottoposta.

Le direttive anticipate non sono attualmente disciplinate nel nostro ordinamento, e si osserva come la loro figura richieda un intervento normativo che contribuisca a ridurre i margini di dubbio in relazione ai profili formali e sostanziali che ne circondano i contorni. La necessità di una disciplina unitaria è stata di recente ribadita dalla Corte costituzionale nella sentenza 262/2016, la quale, intervenendo sulle leggi n. 4 e n. 16 del 2015 della Regione Friuli Venezia Giulia in materia proprio di dichiarazioni anticipate di trattamento e donazioni di organi e tessuti, ha affermato che «l'attribuzione di un rilievo pubblico a tali manifestazioni di volontà, espressive della libertà di cura, implica la necessità di un'articolata regolamentazione e data la sua incidenza su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona, una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari [...] – al pari di quella che regola la donazione di organi e tessuti – necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza, *ratio* ultima della riserva allo Stato della competenza

¹⁸⁵ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, 18 dicembre 2003.

legislativa esclusiva in materia di “ordinamento civile”, disposta dalla Costituzione».

In dottrina si è sottolineata la necessità di mantenere in sede legislativa alcuni punti fermi, al fine di non provocare uno snaturamento del significato della figura e persino un peggioramento dello *status quo*. Tali elementi essenziali devono essere costituiti «dalla vincolatività delle disposizioni, tale da garantire quell’effettività che il soggetto giustamente pretende nel tutelare il diritto alla propria autodeterminazione terapeutica, per il tempo in cui non sarà più in grado, evidentemente, di farlo valere in proprio; dalla libertà del soggetto nella fissazione dell’oggetto delle direttive, così da consentire il rifiuto e l’accettazione dei trattamenti più “personalizzati” possibile, in modo tale da concretare un rispetto dell’individualità e dell’identità del soggetto realmente autentico e non meramente formale o surrettizio; dalla revocabilità delle disposizioni con qualsiasi mezzo e in qualsiasi momento sino a quando il soggetto ne avrà la possibilità e la capacità, così da garantire la permanenza del volere consacrato nelle direttive stesse, dalla possibilità di una adeguata informazione e consulenza da parte di esperti al momento della redazione dell’atto; da una certa semplicità e “agilità” del procedimento formale o dei requisiti di forma richiesti, così da rendere lo strumento non eccessivamente complesso o costoso, garantendo in tal modo la possibilità di fruirne a quanti più interessati possibile»¹⁸⁶. Stante tali requisiti essenziali, non sembra che il mai definitivamente approvato d.d.l. Calabrò¹⁸⁷ offrisse una soluzione adeguata, in quanto non apprestava adeguate garanzie sulla vincolatività delle disposizioni e soprattutto perché escludeva che alimentazione e idratazione artificiali potessero formarne oggetto. Sembra invece rispondente ai requisiti essenziali il disegno di legge n. 2801 attualmente in discussione in Senato.¹⁸⁸

Profili problematici delle direttive anticipate sono rappresentati principalmente dalla questione dell’*attualità* della dichiarazione e dalla sua *vincolatività* per il medico. Quanto al primo aspetto, si è osservato che, riferendosi il rifiuto ad una situazione

¹⁸⁶ M. AZZARINI, *Le disposizioni anticipate*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, II governo del corpo, Giuffrè, 2011, p. 1960.

¹⁸⁷ Approvato dal Senato il 26 marzo 2009 e, con modifiche, il 12 luglio 2011 dalla Camera, prima di arenarsi, anche in virtù della conclusione della legislatura, al Senato, ove il testo era tornato per l’approvazione definitiva.

¹⁸⁸ V. *infra* cap. II, 6.

futura ed astratta, non sarebbe possibile affermare con certezza la sussistenza di una effettiva corrispondenza tra la volontà espressa nel testamento biologico e ciò che il paziente avrebbe deciso nella situazione concreta: mancherebbe dunque il requisito dell'attualità delle disposizioni del paziente¹⁸⁹. A ciò si obietta, a mio giudizio correttamente, che l'attualità esprimerebbe un requisito logico e non meramente cronologico-temporale della volontà, per cui «se, per il diritto, la volontà inattuale non coincide affatto con la volontà espressa “prima”, quest'ultima può ben essere attuale, alla condizione che vi sia una corrispondenza tra il fatto voluto e l'avverarsi delle condizioni cui è subordinata tale volontà»¹⁹⁰. Inoltre il riconoscimento della validità (anche se condizionata) delle direttive anticipate si imporrebbe per evitare il paradosso di far prevalere sempre e comunque una volontà ipotetica e inespressa su l'ultima volontà espressamente manifestata. Un altro aspetto problematico è il difetto di certezza che il rifiuto espresso nella dichiarazione sia realmente informato con riferimento a tutti gli aspetti della patologia futura, nonché della assenza di garanzia della sussistenza della piena coscienza e capacità del soggetto nel momento in cui ha reso la dichiarazione¹⁹¹.

Quanto alla vincolatività delle direttive anticipate per il medico, è possibile schematizzare tre diverse soluzioni¹⁹². La prima tesi è quella della *vincolatività assoluta*, che comporta l'obbligo per il sanitario di dare attuazione sempre e comunque alla previa volontà del paziente, in qualunque forma essa sia stata espressa. Ciò comporta un'inaccettabile compressione degli spazi di autonomia decisionale del medico, che invece «debbono essere salvaguardati proprio per il rispetto delle esigenze espresse dall'autore delle dichiarazioni, che sarebbero invece frustrate da automatismi esecutivi»¹⁹³. Il medico deve quindi poter sempre valutare l'eventuale sopravvenuta inattualità della dichiarazione e adattarla al caso concreto. Per contro, l'opposta tesi della *non vincolatività* delle direttive anticipate, per cui esse o sono irrilevanti o hanno solo valore orientativo, rischia di vanificare il principio di autodeterminazione del soggetto. Alcuni autori evitano un riconoscimento in via di

¹⁸⁹ G. IADECOLA, *Note critiche in tema di “testamento biologico”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, p.482.

¹⁹⁰ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, cit., p. 108

ss.

¹⁹¹ G. IADECOLA, *Note critiche in tema di “testamento biologico”*, cit., p. 483.

¹⁹² F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, cit., p. 64 ss.

¹⁹³ *Ivi*, p. 65.

principio della vincolatività direttive anticipate, affermando la sussistenza in capo al medico del solo dovere di “tenerne conto”, riallacciandosi all’art. 9 della Convenzione di Oviedo¹⁹⁴. Così anche il sopracitato parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, che ritiene opportuno «che la legge obblighi il medico a prendere in considerazione le dichiarazioni anticipate, escludendone espressamente il carattere vincolante, ma imponendogli, sia che le attui sia che non le attui, di esplicitare formalmente in cartella clinica le ragioni della sua decisione». La dichiarazione dunque non potrebbe vincolare i medici, potendo influire solo sulla loro scelta discrezionale. Una terza soluzione intermedia è rinvenuta da parte della dottrina nella *vincolatività relativa* delle direttive anticipate, la cui attendibilità andrebbe stabilita mediante l’accertamento di specifici requisiti di validità. Inoltre andrebbe verificata da parte del medico la loro attualità, stabilendo la corrispondenza tra la situazione terapeutica prevista per il futuro dalla direttiva e quella in cui l’interessato versa in concreto¹⁹⁵.

Quanto ai profili penali, se si attribuisse alla volontà dichiarata nelle direttive anticipate, anche se a determinate condizioni, la stessa rilevanza attribuita alla volontà espressa dal paziente capace, l’interruzione delle terapie praticata dal medico in ottemperanza alle stessa non potrebbe che considerarsi pienamente lecita, trattandosi di un’ipotesi di rinuncia consapevole alle cure salvavita. Analogamente, verrebbe quindi meno la posizione di garanzia del medico, che non incorrerebbe nella responsabilità omissiva; mentre sarebbe configurabile una responsabilità penale qualora il medico praticasse le cure rifiutate dal malato, nei termini già visti. L’assenza di regolamentazione lascia di fatto alla discrezionalità del medico curante la scelta sulla rilevanza da attribuire alle disposizioni, ed è facile presumere che la condotta del medico, di regola, sarà orientata nel senso di mantenerlo in vita – in virtù del principio di precauzione *in dubio pro vita* – con il conseguente rischio di agire contro la volontà del paziente.

¹⁹⁴ Cfr. S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 136 ss.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 66; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, cit., p. 108.

5. Casi giurisprudenziali rilevanti

5.1 Il caso Welby

Innanzitutto è opportuno delineare gli elementi fattuali utili ad un esatto inquadramento giuridico della vicenda. Piergiorgio Welby soffriva già dal 1963 di distrofia muscolare scapolo omerale in forma progressiva, un gravissimo stato morboso degenerativo, a causa del cui decorso gli diventa impossibile qualsiasi movimento del corpo, ad eccezione di quelli oculari e labiali. Nel 1997 perde i sensi ed entra in coma per il subentro dello stadio della malattia nel quale si consolida l'insufficienza respiratoria, e contro la sua volontà, espressa in precedenza a tale riguardo, viene tracheotomizzato, risvegliandosi dal coma. La permanenza in vita era assicurata esclusivamente mediante un ventilatore polmonare. E' qui opportuno sottolineare una serie di punti fondamentali per l'inquadramento giuridico della vicenda: in primo luogo, che la tipologia del morbo era tale che, sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche disponibili, i trattamenti sanitari praticabili non erano in alcun modo in grado di arrestare l'evoluzione della malattia, il cui esito infausto poteva solamente essere differito nel tempo; in secondo luogo, che Welby era pienamente in grado di esprimere una volontà pienamente informata e consapevole circa l'accettazione o il rifiuto dei trattamenti praticati, in quanto le facoltà mentali erano rimaste intatte ed era in grado di comunicare per il tramite di un computer e di un software. All'esito di una completa informazione sul suo stato di malattia irreversibilmente terminale, sui trattamenti praticabili e sulle relative conseguenze, Welby chiede ai medici che lo assistevano di interrompere trattamenti di sostegno vitale attraverso il distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione terminale. Il rifiuto del medico curante di assecondare la volontà espressa dal paziente – sulla base della paradossale valutazione per cui all'atto del distacco del ventilatore sorgesse l'obbligo di procedere al reimpianto, constatato il pericolo di vita per il paziente e la sua incapacità di prestare nuovamente un rifiuto attuale, essendo a quel punto in stato di sedazione – dà luogo a un ricorso davanti al Tribunale di Roma *ex art. 700 c.p.c.* (ricorso d'urgenza), per ottenere il riconoscimento formale non tanto del diritto di rifiutare il trattamento medico

(incontestabile), quanto il dovere del medico di attivarsi per dare *concreta attuazione* alla volontà del paziente. Il Tribunale di Roma, pur riconoscendo il fondamento della pretesa, in maniera «intrinsecamente contraddittoria»¹⁹⁶ lo qualifica come *ius imperfectum*,¹⁹⁷ non sussistendo il corrispondente dovere per il sanitario di ottemperare alla richiesta in presenza di una situazione non definibile chiaramente come accanimento terapeutico: si definisce quindi in sostanza il diritto al rifiuto delle cure come *diritto non azionabile* e il ricorso viene dichiarato *inammissibile* con ordinanza 16.12.2006, impugnata poi dalla Procura di Roma che aveva espresso parere favorevole all'accoglimento del ricorso¹⁹⁸. Il successivo 20 dicembre 2006 viene assunto come nuovo sanitario il dott. Mario Riccio, il quale dà esecuzione alla volontà di Welby (ancora una volta consapevolmente ribadita), provvedendo alla sua sedazione e quindi al distacco del ventilatore automatico, cui faceva seguito il decesso del paziente. L'esito della perizia accerta in seguito che il sedativo utilizzato non ha accelerato la morte, essendo questa avvenuta per arresto cardiaco dovuto a insufficienza respiratoria. La Procura di Roma il 5 marzo 2007 richiede l'archiviazione del caso rispetto alle ipotesi delittuose di omicidio del consenziente e di omicidio colposo. Tuttavia il Giudice per le indagini preliminari, disattendendo l'impostazione della Procura, con ordinanza 7.6.2007 dispone l'imputazione coatta nei confronti dell'anestesista in ordine alla fattispecie di omicidio del consenziente *ex art. 579*. Il procedimento penale a carico del dott. Riccio si conclude con una sentenza di non luogo a procedere per la sussistenza della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.¹⁹⁹.

La sentenza di non luogo a procedere del Giudice delle indagini preliminari di Roma, dopo una minuziosa analisi dei fatti, procede innanzitutto ad una critica delle argomentazioni poste alla base dei precedenti provvedimenti, ravvisandovi «discontinuità motivazionali» nei percorsi logici seguiti, tali da spingere a un radicale mutamento di prospettiva²⁰⁰. Il punto di partenza fondamentale è costituito

¹⁹⁶ D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 261 s.

¹⁹⁷ M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, cit. p. 902.

¹⁹⁸ Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, p. 32 ss. Per un'analisi critica della pronuncia si veda: G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del caso "Welby"*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1002 ss.

¹⁹⁹ G.u.p. Trib. Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 294 ss.

²⁰⁰ Il g.u.p., considerando l'ordinanza del 16.12.2006 che dichiarava inammissibile l'azione cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, afferma che non è possibile riconoscere l'esistenza di un diritto di rango

dal riconoscimento dell'esistenza di un *diritto della persona a rifiutare o interrompere il trattamento medico*, discendente dal principio enunciato dal secondo comma dell'art. 32 Cost.: il g.u.p. afferma infatti che «l'affermazione nella Carta costituzionale del principio che sancisce l'esclusione della coazione in tema di trattamenti sanitari (e quindi della necessità del consenso del malato) ha come necessaria consecuzione il riconoscimento della facoltà a rifiutare le cure o interromperle, che, a sua volta, non può voler significare l'implicito riconoscimento di un diritto al suicidio, bensì soltanto l'inesistenza di un obbligo di curarsi del soggetto». Tale diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari viene inquadrato tra i diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost., e collegato al principio di libertà personale di cui all'art. 13 Cost., con importanti conferme nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo, e nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione. Nella sentenza si sottolinea – in contrasto con l'ordinanza di inammissibilità del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* e quella di rigetto della richiesta di archiviazione – che «il diritto soggettivo riconosciuto dalla norma costituzionale *nasce già perfetto*, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in

costituzionale come quello all'autodeterminazione terapeutica, e lasciarlo poi senza tutela, rilevando la sua concreta inattuabilità sulla base di disposizioni normative di fonte gerarchica inferiore a contenuto contrario – quali gli artt. 5 c.c. e gli artt. 575, 576, 577 n. 3, 579 e 580 c.p., nonché gli artt. 35 e 37 del codice di deontologia medica, che l'ordinanza aveva presentato come indici dell'orientamento della legislazione positiva nella direzione del principio di indisponibilità della vita – altrimenti rilevandosi una palese violazione dei principi che presiedono alla disciplina della gerarchia delle fonti. Infatti – sottolinea il g.u.p. – «delle due è l'una: o si privilegia l'interpretazione che faccia salvo il dettato costituzionale con immediata applicazione di quest'ultimo [...], oppure, in caso di insuperabile conflitto, si deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, ma certamente non si può lasciare inattuato un principio costituzionale e senza tutela giuridica il diritto soggettivo che da esso discende». In secondo luogo il g.u.p. ritiene del tutto impropria l'identificazione del contenuto del diritto all'autodeterminazione con il diritto a far cessare una situazione di accanimento terapeutico: in primo luogo perché – come affermato dallo stesso Giudice civile – si tratta di un concetto giuridicamente inesistente, oltre che di difficile definizione, e pertanto porta a una impossibilità di definizione del contenuto del diritto, che resterebbe in pratica privo di tutela giuridica; in secondo luogo «la previsione costituzionale appare godere di una sua precisa autonomia concettuale, in quanto in essa non si rinviene alcun riferimento letterale o interpretativo che possa rimandare al cosiddetto "accanimento terapeutico [...], non avendo il legislatore costituzionale (direttamente o indirettamente) posto limiti all'esercizio del riconosciuto diritto soggettivo che possano passare attraverso un tale concetto».

ragione della loro professione»²⁰¹. Inoltre il giudice si esprime sul bilanciamento tra diritto di autodeterminazione terapeutica e diritto alla vita, riconoscendo al primo pari dignità formale e sostanziale rispetto al secondo, e chiarendo che non è il diritto alla vita a porsi come limite al diritto all'autodeterminazione, quanto piuttosto il contrario: «la difesa approntata dall'ordinamento all'inviolabilità della vita deve cedere di fronte alla condotta del medico che possa metterla a rischio o addirittura pregiudicarla, se tale condotta sia posta in essere in ossequio alla volontà liberamente e consapevolmente espressa, sulle terapie cui sottoporsi o non sottoporsi, dallo stesso titolare del bene protetto». L'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica ha come solo limite quello contemplato in una specifica previsione di legge che rientri nella riserva di legge prevista dall'art. 32 Cost.

Un punto fondamentale della sentenza è quello relativo alla definizione dell'*ambito di esercizio* del diritto di autodeterminazione terapeutica, che secondo il riferimento testuale dello stesso art. 32 Cost. è costituito proprio dal trattamento sanitario: dunque «il rifiuto può riguardare solo una condotta che ha come contenuto competenze di carattere medico e che può essere posta in essere unicamente da un soggetto professionalmente qualificato, come è, appunto, il medico, e sempre all'interno di un rapporto di natura contrattuale a contenuto sanitario instaurato tra quest'ultimo e il paziente». E' solo sul medico, secondo la motivazione del g.u.p., che incombe il dovere giuridico di osservare la volontà di segno negativo del paziente, in ragione del rapporto tra i due che ha ad oggetto l'espletamento di una prestazione sanitaria a contenuto concordato, con la conseguenza che, se egli dovesse porre in essere una condotta causativa della morte del paziente per espressa volontà di quest'ultimo, ciò corrisponderebbe ad un preciso dovere ex art. 32 Cost.: «il rifiuto

²⁰¹ Della stessa opinione: F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"?* Considerazioni a margine del caso *Welby*, cit., p. 7 e s., secondo cui «una volta infatti che si riconosca - come fa giustamente il Tribunale - l'esistenza, a livello costituzionale, di un diritto fondamentale a rifiutare un trattamento medico indesiderato, non si vede perché tale diritto dovrebbe risultare condizionato ad una legge ordinaria che ne assicuri la concreta attuazione. La tutela di un diritto fondamentale, in un ordinamento costituzionale, prescinde dalle determinazioni della maggioranza, e se necessario prevale su queste stesse determinazioni; e in ogni ordinamento costituzionale è compito della magistratura assicurare la tutela dei diritti fondamentali, anche in assenza di una legge che si faccia carico di una tale tutela. Nel caso di specie, il ricorrente aveva per l'appunto chiesto al giudice una pronuncia di accertamento della lesione in atto del proprio diritto fondamentale; pronuncia dalla quale non poteva che discendere l'ordine di cessare tale lesione, rivolto ai medici che stanno proseguendo il trattamento di sostegno respiratorio nonostante il dissenso del paziente».

di una terapia, anche se già iniziata [...], costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instaurato con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza di tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, dunque egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una *causa di esclusione del reato* e segnatamente quella prevista *all'art. 51 c.p.*». In quest'ottica, la fonte del dovere per il medico risiede «in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante [...] è giustificata dalla necessità di superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne il suo esercizio».

La soluzione del riconoscimento della scriminante dell'adempimento del dovere accolta dal g.u.p. del resto era pressoché obbligata, avendo il giudice rinvenuto gli elementi costitutivi della fattispecie dell'omicidio del consenziente: innanzitutto si ritiene integrato l'elemento materiale «in quanto, oltre all'effettiva sussistenza del dato estrinseco del consenso della vittima, il distacco di quest'ultima dal respiratore artificiale effettuato dal predetto determinava il suo decesso dopo poco». E' da specificare che il giudice qualifica espressamente la condotta come *attiva*, respingendo la tesi dell'omissione mediante azione, e ravvisando invece «nell'atto del distacco del respiratore una innegabile condotta interventista, che non può essere assimilata, e non solo dal punto di vista naturalistico, alla condotta, essa sì, omissiva del medico che si limiti a non iniziare una terapia non voluta dal paziente»²⁰². In

²⁰² Secondo il giudice «non vale a tal riguardo affermare, altresì, che l'imputato, dopo avere omesso di proseguire una terapia non voluta, semplicemente non impediva che il paziente morisse a causa della sua malattia, come se il decesso del malato non fosse poi la conseguenza immediata della condotta commissiva del medico. Infatti tale interpretazione appare corrispondere più ad un artificio logico che alla realtà dei fatti, con riferimento ai quali nessuno è in grado di smentire il dato obiettivo che, se l'imputato non fosse intervenuto attivamente, staccando il malato dalla macchina che gli assicurava la respirazione assistita, quest'ultimo non sarebbe deceduto quel giorno e a quell'ora. Pertanto, non vi è dubbio che all'azione dell'imputato, unitariamente consistita nell'atto di distacco del respiratore, corrispondeva come evento naturalisticamente e giuridicamente conseguente la morte del paziente, dato, questo, dal quale non è possibile prescindere nella presente valutazione, separando artificiosamente in due distinte fasi -omissione del trattamento e non intervento in soccorso del

secondo luogo viene ritenuto sussistere anche l'elemento psicologico, in quanto l'imputato «ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente ed il fatto che egli abbia adempiuto alla volontà del paziente non esclude di per sé la volontarietà della sua azione direttamente causativa del decesso di quest'ultimo, in quanto è proprio la volontà conforme della vittima a costituire l'elemento caratterizzante la fattispecie dell'omicidio del consenziente rispetto all'omicidio volontario». Decisiva nell'impostazione della corte è la *qualificazione della ventilazione meccanica come trattamento sanitario*²⁰³. Il rapporto che intercorre tra Welby e il medico anestesista, nella visione del giudice, è «qualificabile come quello tipico che si instaura tra un medico ed il suo paziente, preceduto da una precisa acquisizione di informazioni da parte del medico sulle condizioni del paziente ed esso aveva ad oggetto competenze di carattere squisitamente sanitario, quali quella di porre fine al trattamento di respirazione assistita con il distacco del predetto dalla macchina e quella di somministrare contestualmente una terapia sedativa al paziente». Si ritiene dunque che Welby, chiedendo il distacco dell'impianto di respirazione artificiale, ha effettivamente esercitato il suo diritto di interrompere un trattamento sanitario, come individuato dal dettato costituzionale. Si rinvergono dunque tutti i presupposti per la sussistenza della scriminante dell'adempimento del dovere, con conseguente liceità della condotta dell'imputato.

malato- la condotta del medico che è unica, sia da un punto di vista della materialità che da un punto di vista della volizione».

²⁰³ Nello stesso senso anche A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 72., secondo cui l'anestesista «non si è certo limitato a staccare brutalmente il respiratore, ma al contrario ha fornito al paziente una complessa assistenza tecnico-specialistica necessaria per accompagnarlo senza sofferenza verso la morte: ha fatto cioè quello che un medico deve fare e solo un medico sa fare, in casi del genere, nell'adempimento del proprio obbligo di cura, una volta che il rifiuto renda inattuabili gli altri interventi». In senso opposto: M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit. p. 910, secondo cui «il medico che è stato chiamato da ultimo a staccare il respiratore non ha assunto un compito terapeutico, finalizzato alla terapia, ma ha assunto esclusivamente l'incarico di attuare in modo tecnicamente competente la fine di una terapia indesiderata»

5.2 Il caso Englaro

Il 18 gennaio 1992 Eluana Englaro rimane vittima di un incidente stradale, a seguito del quale le viene diagnosticato un gravissimo trauma cranio-encefalico con lesione di alcuni tessuti cerebrali corticali e subcorticali, da cui deriva prima una condizione di coma profondo, e poi, in progresso di tempo, un persistente stato vegetativo con tetraparesi spastica e perdita di ogni facoltà psichica superiore, quindi di ogni funzione percettiva e cognitiva e della capacità di avere contatti con l'ambiente esterno. Dopo circa quattro anni dall'incidente, Eluana Englaro - essendo stata accertata la mancanza di qualunque modificazione del suo stato - viene dichiarata il 19 dicembre 1996 interdetta per assoluta incapacità con sentenza del Tribunale di Lecco. Viene nominato tutore il padre, Beppino Englaro. Dopo altri tre anni circa prende avvio una lunga vicenda giudiziaria, durante la quale il padre-tutore, deducendo l'impossibilità per Eluana di riprendere coscienza, nonché l'irreversibilità della sua patologia e l'inconciliabilità di tale stato e del trattamento di sostegno forzato che le consentiva artificialmente di sopravvivere (alimentazione/idratazione con sondino naso-gastrico) con le sue precedenti convinzioni sulla vita e sulla dignità individuale, e più in generale con la sua personalità, chiede, nell'interesse e in vece della rappresentata, l'emanazione di un provvedimento che disponga l'interruzione della terapia di sostegno vitale. Con un privo provvedimento il Tribunale di Lecco dichiara inammissibile il ricorso *ex art. 732 c.p.c.*, con il quale il padre-tutore richiedeva l'autorizzazione ad esprimere il consenso all'interruzione delle cure per conto della figlia, sulla base principi fondamentali dell'ordinamento vigente, in particolare dell'art. 2 della Costituzione, alla luce del principio di indisponibilità del diritto alla vita, desumibile dall'art. 579 c.p.²⁰⁴. Successivamente, la Corte d'Appello di Milano, pur riconoscendo in generale la legittimazione del tutore a esprimere il consenso informato rispetto ai trattamenti terapeutici ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c., rigetta il reclamo proposto, ritenendo che una decisione non sia possibile a causa del dibattito ancora aperto in ambito medico e giuridico in ordine alla qualificazione come trattamenti terapeutici delle operazioni di idratazione

²⁰⁴ Trib. Lecco, decr. 2 marzo 1999.

e nutrizione artificiale²⁰⁵. Nel 2002 il tutore presenta un nuovo ricorso *ex art. 732 c.p.c.*, che viene rigettato dal Tribunale di Lecco, sulla base del fatto che la nozione di “cura” del soggetto incapace implicherebbe «un *quid* di positivo volto alla conservazione della vita del soggetto stesso, e non certo alla sua soppressione. [...] Appare quindi una contraddizione in termini o, comunque, una conseguenza contraria alla logica, prima ancora che al diritto, assegnare al tutore, ovverosia a colui che è titolare di poteri-doveri di conservazione della persona interdetta, la potestà di compiere atti che implichino di necessità (come, nella specie, a seguito della cessazione della somministrazione dell'alimentazione artificiale) la morte del soggetto tutelando»²⁰⁶. La Corte d'Appello di Milano rigetta il susseguente reclamo sulla base dell'importanza e della delicatezza della questione, sollevando riserve sull'opportunità e legittimità di un'interpretazione integrativa *praeter legem* e ritenendo che il problema vada affrontato non per via giudiziaria – attraverso quella che viene definita un «attività sostanzialmente paranormativa» – bensì per via legislativa²⁰⁷. Il tutore adisce quindi la Corte di Cassazione *ex art. 111 Cost.*, sostenendo che l'alimentazione artificiale, realizzata per il tramite di una sonda introdotta nel corpo, è un trattamento sicuramente invasivo della libertà psico-fisica di Eluana Englaro, e stante l'impossibilità dell'interessata di consentire, è per ciò stesso un trattamento coercitivo, per il combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost. La Corte ravvisa un potenziale conflitto di interessi tra padre-tutore e interdetta, affermando che la decisione sull'interesse dell'interdetto al provvedimento autorizzatorio «presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive: con la conseguenza che giammai il tutore potrebbe esprimere una valutazione che, in difetto di specifiche risultanze, nella specie neppure analiticamente prospettate, possa affermarsi coincidente con la valutazione dell'interdetta. A questa stregua, premesso che deve ritenersi che l'interdetta nella specie non sia in condizione di esprimere la propria valutazione, e quindi la propria scelta, deve trovare applicazione l'art. 78 c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale al rappresentato "quando vi è conflitto di

²⁰⁵ C. App. Milano, decr. 31 dicembre 1999.

²⁰⁶ Trib. Lecco, 20 luglio 2002, in *Bioetica*, 2004, p. 85 ss.

²⁰⁷ C. App. Milano, 17 ottobre 2003, in *Guida al diritto*, 2004, p. 89 ss.

interessi con il rappresentante"»²⁰⁸. Di conseguenza la Corte dichiara inammissibile il ricorso, ritenendo necessaria la presenza di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. Il tutore propone quindi un nuovo ricorso ex art. 732 c.p.c. al Tribunale di Lecco, reiterando le medesime richieste formulate nelle precedenti occasioni, questa volta previa nomina del curatore speciale ex art. 78 c.p.c. Il ricorso viene dichiarato inammissibile con un provvedimento denso di motivazioni articolate in subordinate, tanto da essere qualificato in dottrina persino come «obiettivamente sovrabbondante»²⁰⁹. Tra i punti principali, il Tribunale sostiene che tutore e curatore difettano dei poteri di rappresentanza sostanziale, e quindi processuale, con riferimento alla domanda di interruzione dell'alimentazione artificiale, coinvolgendo tale domanda *diritti personalissimi*, per i quali la rappresentanza è configurabile solo nelle ipotesi tassative previste dalla legge (nel caso di specie non ricorrenti). Inoltre il Tribunale afferma che, anche se si ammettesse una rappresentanza per chiedere l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale, la domanda andrebbe rigettata perché contraria all'ordinamento costituzionale, essendo il trattamento non solo lecito, ma anche doveroso, in quanto espressione del dovere di solidarietà posto a carico dei consociati: se la persona non è capace di intendere e di volere il conflitto tra il diritto di libertà e di autodeterminazione e il diritto alla vita è solo *ipotetico* e deve risolversi a favore di quest'ultimo, in quanto «quando la persona non può esprimere alcuna volontà, non vi è alcun profilo di autodeterminazione e di libertà da tutelare»²¹⁰. Il Tribunale di Milano, nella pronuncia sul successivo ricorso del padre-tutore²¹¹, non condivide la decisione del Tribunale di Lecco in punto di inammissibilità, in quanto «ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 e 424 c.c., nel potere di cura conferito al rappresentante legale dell'incapace, non può non ritenersi compreso il diritto-dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche»; respinge però in ricorso nel merito, sostenendo di non avere alcuna possibilità di accedere a distinzioni tra «vite degne e non degne di essere vissute», dovendo fare riferimento unicamente al bene vita costituzionalmente garantito, indipendentemente dalla qualità della stessa e dalle percezioni soggettive

²⁰⁸ Cass. civ., ord. 20 aprile 2005, n. 9291, in *Fam. dir.* 2005, p.481 ss.

²⁰⁹ A. SANTUOSSO – G. C. TURRI, *La trincea dell'inammissibilità dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 479.

²¹⁰ Trib. Lecco, 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 473 ss.

²¹¹ C. App. Milano, 16 dicembre 2006, in *Guida al diritto*, 2007, p. 39 ss.

che di detta qualità si possano avere. Il bilanciamento tra il bene giuridico della vita, da un lato, e quelli della dignità e dell'autodeterminazione della persona, dall'altro lato, a giudizio della Corte, non può che risolversi a favore del primo.

Si arriva così alla fondamentale sentenza 21748 del 16.10.2007 della Corte di Cassazione²¹². Con il ricorso il padre-tutore (cui si unisce nella richiesta il curatore speciale, con ricorso incidentale) chiede alla Corte di affermare, come principio di diritto, «il divieto di accanimento terapeutico, e cioè che nessuno debba subire trattamenti invasivi della propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio». Qualora tale risultato ermeneutico sia precluso per effetto degli artt. 357 cod. civ. e 732 cod. proc. civ., ovvero di altre norme di legge ordinaria, il ricorrente chiede che sia sollevata questione di legittimità costituzionale di tutte tali norme legislative, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., da cui si assume discendere la piena operatività del divieto di accanimento terapeutico.

La Corte prende come punto di partenza il consenso informato, che costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, e in assenza del quale l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente. Dopo aver condotto una disamina dei fondamenti normativi e giurisprudenziali, si afferma come correlato del consenso informato «la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, *anche in quella terminale*». Tale impostazione è conforme alla concezione personalistica che ispira la nostra Costituzione, che «guarda al limite del “rispetto della persona umana” in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive», e coerente «con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come *stato di completo benessere fisico e psichico*». Da ciò consegue che «deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita». Soltanto nei limiti della riserva di legge di

²¹² Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, p. 3025 ss.

cui all'art. 32 Cost. è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, «il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire».

La Corte passa quindi al caso in cui il soggetto «non sia in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza». Su questo punto, si è affermato in dottrina che la Cassazione avrebbe implicitamente riconosciuto la piena e attuale validità giuridica delle direttive anticipate, operando così un'introduzione immediata del testamento biologico nel sistema di diritto positivo²¹³, nel quadro della più generale critica dell'«attivismo giudiziale»²¹⁴ da parte di chi ravvisa in esso l'apertura di pericolosi varchi all'eutanasia e dunque un illegittimo sconfinamento dei giudici nell'ambito istituzionalmente riservato al legislatore: proprio a questo proposito è stato sollevato da Camera e Senato il conflitto di attribuzioni relativo alla sentenza 21748 del 16.10.2007, poi dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale.²¹⁵ A tale critica si obietta che in realtà «la soluzione non è mai individuata dal singolo giudice in esito a un personale bilanciamento tra principi, valori e interessi, condotto secondo la propria individuale visione del mondo; ma è – e deve sempre essere – rigorosamente motivata alla stregua di principi immanenti al sistema, e generalmente condivisi dalla comunità degli interpreti»²¹⁶: la decisione dunque è presa in armonia col sistema e con la tradizione giuridica. Quanto alla presunta introduzione delle direttive anticipate per via legislativa, si rileva che in realtà la corte procede imboccando la strada del giudizio sostitutivo sulla volontà

²¹³ G. IADECOLA, *La cassazione civile si pronuncia sul caso “Englaro”: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 613

²¹⁴ Espressione di F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1594 ss.

²¹⁵ Corte Cost., ord. 8 ottobre 2008, n. 334.

²¹⁶ F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, cit., p. 1610.

presunta del paziente, e la precisazione che non erano state predisposte disposizioni anticipate avviene nell'ottica della ricostruzione di tale volontà²¹⁷.

In tali situazioni,²¹⁸ in cui non sia possibile acquisire il consenso al trattamento medico, al fine di ricreare il dualismo dei soggetti (medico-paziente) nel processo di elaborazione della decisione medica, è opportuno osservare – prosegue la Corte – la regola suppletiva dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, per cui la responsabilità della decisione è attribuita al rappresentante legale dell'incapace, in perfetta sintonia con il diritto di famiglia italiano, che attribuisce al rappresentante il potere-dovere della “cura della persona” dell'incapace, oltre che dei suoi interessi patrimoniali (artt. 357 e 424 c.c.). Un trattamento effettuato nei confronti del paziente incapace sarà dunque lecito solo a condizione che venga effettuato su consenso informato del rappresentante legale, salvi i casi in cui non sia possibile acquisirlo per ragioni di urgenza (art. 54 c.p. e art. 8 Conv. Oviedo) e i casi di trattamento coattivo legittimato da apposite disposizioni di legge (ad es. nei confronti dei pazienti psichiatrici *ex art* 33 ss. l. 833/1978 e art. 8 Conv. Oviedo): al di fuori di queste ipotesi, *il dissenso del rappresentante esclude la legittimità del trattamento*.

Ciò posto, la Corte si concentra sul problema dei *criteri decisionali*²¹⁹, ai quali il rappresentante è tenuto ad attenersi nell'esprimere la volontà in ordine al trattamento da praticare all'incapace, dovendo essere le sue decisioni funzionali agli interessi del rappresentato: il criterio adottato è quello della *volontà presunta* dell'incapace – coincidente, secondo la Corte, con il *best interest* del rappresentato²²⁰ – cioè della volontà che il paziente attualmente incapace avrebbe verosimilmente formato

²¹⁷ D. PROVOLO, *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011, p. 1980 s.

²¹⁸ Sulla soluzione della Cassazione sul problema del potere di rappresentanza nel caso di paziente incapace di prestare consenso v. *supra* cap. II, 4.3.1. Nel proseguo se ne riprendono tuttavia le linee fondamentali, a titolo di completezza. Per la qualificazione di idratazione e alimentazione artificiali come trattamento sanitario v. *supra* cap. II, 4.3.2.

²¹⁹ Per un approfondimento v. *supra* cap. II, 4.3.1.

²²⁰ Un raffronto con il caso di Tony Bland deciso dalla *House of Lords* inglese nel 1993 in M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit. Nel caso *Bland* viene adottata una situazione *oggettiva*, per cui la sopravvivenza in stato vegetativo non era nell'interesse dell'individuo, che comporta il rischio «di una possibile biopolitica della terminazione di altre vite che non meritano di essere vissute: e questo esattamente perché la motivazione prescinde dalla reale volontà del titolare del bene giuridico». Migliore da questa prospettiva la soluzione *sogettiva* adottata nel caso *Englaro*, sebbene l'autore critichi la sua giustificazione alla luce del principio del consenso, di cui verrebbe operata una «trasformazione occulta».

(quando ancora era capace) in previsione di una futura situazione di incapacità. Il tutore quindi «deve decidere non “al posto” dell’incapace né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo 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 Corte individua un referente normativo di tale criterio nell’art. 5 del d.lgs. n. 211 del 2003, ai cui sensi il consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica deve corrispondere alla presunta volontà dell’adulto incapace. La Corte pone poi il requisito, necessario ai fini di ottenere l’autorizzazione dell’interruzione del trattamento salvavita, dell’*irreversibilità della malattia* del paziente, che si verifica «quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno»; fermo restando che l’istanza di autorizzazione debba realmente esprimere «in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, *la voce del rappresentato*, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona». Qualora manchi una di queste condizioni, «il giudice deve negare l’autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici».

La Corte, in base alle motivazioni sopra esposta, accoglie i ricorsi, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa a diversa Sezione della Corte d’appello di Milano, che finalmente accoglie l’istanza di autorizzazione a disporre l’interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale²²¹.

²²¹ C. App. Milano, 9 luglio 2008.

Il g.i.p. di Udine dispone poi, in coerenza con il giudizio in sede civile, l'archiviazione del procedimento penale a carico di Beppino Englaro e del personale sanitario della struttura presso cui Eluana Englaro trovò la morte, avendo il tutore che ha espresso la volontà dell'incapace e il personale sanitario, che ha conseguentemente operato per sospendere il trattamento e rimuovere i mezzi attraverso cui veniva protrato, hanno agito alla presenza della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p., superandosi così l'altrimenti inevitabile contraddizione dell'ordinamento giuridico che non può, da una parte, attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne l'esercizio

5.3 il caso Piludu

Il decreto del giudice tutelare di Cagliari del 16 luglio 2016, relativo al caso di Walter Piludu,²²² che ha posto nuovamente al centro del dibattito giuridico il tema dell'interruzione delle terapie salvavita, ha beneficiato dell'evoluzione giurisprudenziale avutasi negli ultimi anni, definendo il problema del «fine vita» all'interno del quadro costituzionale senza le incertezze che caratterizzarono in particolare il caso *Welby*, ove si paventava un presunto vuoto normativo che non consentirebbe soluzioni adeguate a fattispecie siffatte.

Il 31 maggio 2016, l'amministratore di sostegno di Piludu, precedentemente nominato, ha presentato al Tribunale di Cagliari istanza per il distacco di tutti i presidi medici vitali conformemente alla volontà del beneficiario. Al momento della richiesta oggetto del decreto in commento lo stesso si trovava in condizioni di immobilità muscolo-scheletrica, tracheotomizzato con respirazione assistita, alimentato per via enterale mediante PEG, in grado di comunicare con riproduttore acustico attivato con sensore ottico. Nondimeno, dal punto di vista neurologico, Piludu era pienamente lucido e completamente capace di intendere e di volere, come attestato anche dalla struttura medica che lo aveva in cura. Già nel 2012 aveva redatto una scrittura privata, rappresentante il proprio c.d. testamento biologico, nella

²²² C. MAGNANI, *Il caso Walter Piludu: la libertà del malato d'interrompere le terapie salva-vita*, in *Forum Quaderni cost.*, in www.forumcostituzionale.it, 8 dicembre 2016, p. 1 ss.

quale specificava che, in caso di perdita della capacità di autodeterminarsi a seguito della evoluzione della patologia, non gli venissero praticate cure invasive atte a prolungare la sua vita e fossero interrotte le cure già in atto; tale volontà viene ribadita in due successive scritture private (redatte rispettivamente nel 2014 e 2015), in cui, dopo l'aggravarsi delle proprie condizioni di salute, per cui era stato attaccato al respiratore artificiale, Piludu delegava il proprio amministratore di sostegno a chiedere, in caso di tale incapacità, il distacco dal respiratore con sedazione terminale. Successivamente, il 4 maggio 2016, Walter Piludu chiede alla ASL di Cagliari il distacco del ventilatore mediante sedazione, e successivamente presenta relativa istanza al Tribunale di Cagliari. Il giudice tutelare, trovando conferma nelle lucide manifestazioni di volontà precedenti, accoglie la richiesta riconoscendogli il diritto di interrompere la ventilazione polmonare previa sedazione antidolorifica: Il 3 novembre 2016, pertanto, Walter Piludu muore secondo le proprie volontà. Il Giudice tutelare di Cagliari fonda la propria decisione in larga parte sulle argomentazioni poste alla base della sentenza di non luogo a procedere relativa al caso *Welby*. Innanzitutto parte dal combinato disposto degli artt. 32 e 13 Cost., su cui si fonda il diritto all'autodeterminazione terapeutica, incluso del diritto a rifiutare le cure; ricorda, per il tramite della sentenza *Englaro*, che tale diritto si estende ai trattamenti di sostegno vitale.

Appare evidente quindi che i giudici, anche per merito dell'evoluzione giurisprudenziale, dispongono degli strumenti giuridici necessari a risolvere casi simili, a differenza che nel caso *Welby*, dove l'ordinamento giuridico italiano si era rivelato incapace di fornire un'indicazione univoca circa la liceità del fatto *prima* che venisse commesso, e si era invece espresso *ex post* sulla responsabilità penale del professionista che si era preso la responsabilità di il rischio di un procedimento penale per omicidio. Risulta così «colmato il vuoto normativo»,²²³ e superato il discutibile orientamento del Tribunale di Roma sul caso *Welby* che, dietro la presunta difficoltà di ricavare una normativa applicabile al caso di specie, rinviava al legislatore il problema, ritenendo inammissibile il ricorso per il distacco del ventilatore meccanico, risolvendo la questione con un caso di *non liquet*.

²²³ N. VICECONTE, *Il "vuoto colmato". La decisione sul "caso Piludu" e il diritto di rifiutare le cure*, in *Diritto e salute*, in www.dirittoesalute.org, 31 marzo 2017, p. 10.

5.4 Il caso Antoniani

Partendo dai fatti, Fabiano Antoniani, meglio noto come DJ Fabo, subisce nel 2014 un gravissimo incidente stradale, in seguito al quale rimane tetraplegico e cieco, pur conservando il pieno possesso delle proprie facoltà mentali e la sensibilità al dolore. Dopo diversi ricoveri e quasi un anno di ricovero presso l'ospedale Niguarda, le sue condizioni cliniche vengono dichiarate irreversibili. Egli però non perde la speranza di recuperare, almeno in parte, le sue capacità perdute, sottoponendosi a qualsiasi trattamento sanitario gli venisse proposto, tra cui un trattamento sperimentale con trapianto di cellule staminali in India; fallito anche quest'ultimo tentativo, Antoniani comincia a maturare l'idea di porre fine a quella che non considera neanche più vita. Con l'aiuto della fidanzata e della madre, entra in contatto con l'associazione "Luca Coscioni" ed in particolare con il suo tesoriere, Marco Cappato, il quale prospetta ad Antoniani e alla sua famiglia diverse possibili strade per dare corso alla sua volontà di togliersi la vita, tra cui quella di recarsi in Svizzera per accedere al c.d. "suicidio assistito". La scelta di Antoniani, già in precedenza irrevocabile e determinata a percorrere la strada del suicidio – tanto da utilizzare il rifiuto di comunicare con i propri familiari come strumento di pressione per vincere le resistenze degli stessi ad esaudire la sua richiesta – si indirizza quindi nel senso di cercare l'aiuto dell'associazione "Dignitas", autorizzata dalla normativa svizzera "all'accompagnamento alla morte volontaria". Fabiano Antoniani il 27.02.2017 pone fine alla sua vita in Svizzera, nel centro gestito dall'associazione, secondo la propria volontà. Ai fini del ragionamento condotto dai pubblici ministeri di Milano, «particolare rilievo assumono le modalità con cui Antoniani sarebbe stato aiutato a darsi la morte. Nella ricostruzione operata dalla Procura, infatti, si evidenzia come all'interno del centro di Zurigo Fabiano abbia avuto due colloqui privati con un medico, secondo la procedura prevista dalla legge svizzera, finalizzati ad accertare l'effettività, l'attualità e la libertà della scelta del suicidio. Solo dopo l'esito positivo di tale valutazione, il medico ha prescritto la dose di farmaco letale; tale sostanza è quindi stata posta in una siringa il cui stantuffo è stato azionato da Fabiano premendo con la bocca un pulsante collegato ad un apposito meccanismo.

Questa procedura, resa più complessa dalle condizioni di quasi totale immobilità del malato, è predisposta al fine di garantire che il suicidio non si trasformi in una forma di eutanasia attiva volontaria, atto vietato anche per la legge svizzera»²²⁴. Marco Cappato di presenta ai carabinieri il 28.02.2017, e rappresenta le modalità con cui ha “partecipato” al suicidio di Fabiano Antoniani, dando così origine al procedimento penale su cui la Procura si è espressa con la richiesta in esame: aveva condotto Antoniani dalla sua abitazione di Milano al centro specializzato della “Dignitas” in Svizzera; lo aveva messo in contatto con la stessa associazione; aveva preso parte ai preparativi per il suicidio.

Ancora una volta, di fronte al silenzio legislativo, è la magistratura che deve farsi carico di individuare soluzioni per i singoli casi concreti relativi alle pratiche di fine vita. La procura di Milano il 26 aprile 2017 chiede l’archiviazione del procedimento²²⁵, individuando la fattispecie di riferimento nell’art. 580 c.p. (istigazione ed aiuto al suicidio), ed in particolare nella condotta di *partecipazione materiale* al suicidio altrui. L’applicazione della fattispecie dell’omicidio del consenziente *ex* 579 c.p. viene (ovviamente) esclusa, dato che il soggetto ha mantenuto il *dominio sull’azione esecutiva*, essendo «certo che nel momento decisivo l’atto finale con cui è stata iniettata nelle vene di Fabiano Antoniani la sostanza letale che ne ha determinato il decesso è stata compiuta da quest’ultimo in modo completamente autonomo»²²⁶. Così come è da escludere – a giudizio dei p.m. – l’ipotesi di partecipazione psichica, ossia l’istigazione o rafforzamento del proposito suicida, emergendo con chiarezza dagli atti di indagine l’autonoma e libera formazione della volontà suicida.

Provveduto all’inquadramento giuridico del fatto, i p.m. passano a una valutazione dell’applicabilità in concreto dell’art. 580 alla condotta di Marco Cappato. Nonostante la condotta tipica dell’agevolazione al suicidio sia a forma libera, e sia

²²⁴ P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l’archiviazione per Marco Cappato*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2017.

²²⁵ Procura della Repubblica di Milano, Richiesta di archiviazione 26 aprile 2017, proc. 9609/2017 R.G.N.R. Al riguardo si veda: P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l’archiviazione per Marco Cappato*, cit.

²²⁶ Richiesta di archiviazione 26 aprile 2017, cit., p. 5.

stata interpretata dalla (scarsissima) giurisprudenza in modo estensivo²²⁷, i p.m. propendono per un'interpretazione più restrittiva, in ossequio ai criteri del *favor rei*, che delimiti la rilevanza penale della condotta di agevolazione ai soli casi in cui questa si espliciti nella *fase esecutiva* del suicidio: «sembra più conforme a criteri interpretativi costituzionalmente orientati, anche al fine di evitare la criminalizzazione di condotte che solo marginalmente ledono il bene giuridico protetto dalla norma, che solo la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale»²²⁸. Secondo tale ricostruzione quindi, le condotte poste in essere da Marco Cappato non risulterebbero penalmente rilevanti in quanto condotte non tipizzate, estranee già sul piano oggettivo dalla fattispecie di cui all'art. 580 c.p., avendo avuto inizio la fase esecutiva solo con l'inserimento della sostanza letale nella siringa collegata al sondino applicato al paziente²²⁹.

²²⁷ Cass., 6 febbraio 1998, n. 3147, in *Riv. pen.*, 1998, pp. 466 ss., citata dal provvedimento in esame.

²²⁸ Richiesta di archiviazione 26 aprile 2017, cit., p. 7.

²²⁹ Si è rilevata l'esistenza di un precedente di interpretazione restrittiva dell'art. 580 c.p., mettendone in evidenza le differenze con l'interpretazione proposta dai p.m., nella pronuncia C. Ass. Messina, 10 giugno 1997, in *Giur. mer.*, 1998, fasc. 4-5, pp. 731 ss. in BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, cit.: «non si tratta di una strada nuova: nel 1997, la Corte d'Assise di Messina aveva ritenuto che fosse da adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina la "partecipazione materiale" al suicidio altrui. I giudici siciliani avevano quindi affermato che anche la condotta di aiuto dovesse essere letta in termini istigativi: l'aiuto materiale assumerebbe rilevanza penale solo nelle ipotesi in cui abbia influito sulla formazione della volontà suicida, e non anche quando si sia esplicito su un piano meramente pratico-attuativo di una volontà già compiutamente preformata. Tale interpretazione era stata tuttavia rigettata dalla Cassazione nel giudizio di impugnazione: in tale occasione, la Suprema Corte aveva enunciato quel principio di diritto cui fa riferimento anche la richiesta di archiviazione in commento. L'interpretazione proposta dai p.m. milanesi si differenzia tuttavia da quella adottata dalla Corte d'Assise di Messina e respinta dalla Cassazione. Mentre i giudici messinesi avevano adottato un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice della fattispecie di aiuto materiale al suicidio, finendo per trasformarla in una forma di "istigazione materiale", nella richiesta in esame si fa leva su un dato testuale dell'art. 580 c.p. ("chiunque [...] agevola in qualsiasi modo l'esecuzione [del suicidio]") per adottare un'interpretazione restrittiva di una norma altrimenti configurata come molto ampia. Tale interpretazione pare più aderente alla *voluntas legis*, rispetto a quella proposta dai giudici siciliani nel 1997, e potrebbe trovare accoglimento anche da parte del giudice che deciderà sulla richiesta di archiviazione proposta dalla Procura pochi giorni fa. Se vogliamo, non si dovrebbe neanche parlare di interpretazione restrittiva, nel caso in esame, ma semplicemente di interpretazione letterale del dato normativo testuale».

Da sottolineare peraltro che il provvedimento in esame parla anche di *interruzione del nesso causale*²³⁰: in sostanza i p.m. ritengono che l'*iter* che ha portato il soggetto al suicidio si sia realizzata in fase successive, ciascuna dotata di autonomia rispetto alle altre, e che ciascun passaggio di fase interrompa il nesso di causa tra la condotta posta in essere da chi ha offerto aiuto ad Antoniani e l'evento suicidio. Ne consegue un restringimento dei confini della responsabilità penale, in base ai quali sarebbe escluso che il suicidio come evento lesivo sia conseguenza diretta della condotta di accompagnamento del soggetto agente. In base a questa ricostruzione la condotta di Cappato sarebbe confinata tra gli *atti preparatori penalmente irrilevanti*, senza integrare il reato dell'art. 580. A questo punto p.m. si interrogano sulla possibilità di individuare comunque una responsabilità a titolo di concorso nell'aiuto al suicidio prestato dai soggetti intervenuti nelle fasi successive a quelle in cui ha agito Cappato: tuttavia anche tale conclusione sarebbe da scartare alla luce in del principio di offensività, che esige che siano oggetto di sanzione penale solo quelle condotte che hanno una significativa incidenza sulla lesione del bene giuridico: essendo l'aiuto al suicidio già strutturato come un'ipotesi di concorso nel fatto lesivo, e non costituendo pertanto lesione diretta del bene giuridico tutelato (la vita), sarebbe esclusa l'applicabilità dell'istituto concorsuale a tale specifica fattispecie, in quanto altrimenti verrebbero sanzionate penalmente condotte che si collocano in una fase molto distante da quella effettivamente lesiva del bene giuridico protetto.

La richiesta di archiviazione afferma poi la necessità di affrontare il tema del suicidio assistito inquadrandolo nel panorama costituzionale e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e di valutare la compatibilità dell'art. 580 c.p. con i diritti fondamentali riconosciuti. Gli inquirenti ribadiscono innanzitutto il rango di «diritto fundamentalissimo» da riconoscere alla vita umana, affermando tuttavia al tempo stesso che ciò non equivale ad affermarne l'assoluta indisponibilità del diritto da parte del suo titolare, che non è imposta né dalla Costituzione né dalla CEDU²³¹. Partendo da questo assunto, «è evidente che la compatibilità dell'art. 580 c.p. nella sua interpretazione tradizionale con tali fonti

²³⁰ Richiesta di archiviazione 26 aprile 2017, cit., p. 8.

²³¹ *Ivi*, p. 10.

superiori dipende dal fatto che, nel caso di specie, entrino in gioco altri e distinti diritti fondamentali cui è necessario accordare opportuna tutela»²³²; il diritto alla vita dunque è *bilanciabile* con altri diritti di rango primario e fondamentale, e può essere sacrificato laddove si individui una prevalenza di questi ultimi. In materia di diritto alla salute, il limite oltre il quale non può essere imposto un obbligo di cura è dato dal rispetto della persona umana, ossia «di quell'insieme di valori che costituiscono l'individualità di ciascun essere umano e che ben si compendiano nel concetto di “*dignità della figura umana*”», di cui il diritto di autodeterminarsi nelle scelte che riguardano la salute del proprio corpo costituisce uno degli aspetti principali²³³. Gli inquirenti ricordano che tale diritto – come affermato nella sentenza *Englaro* e nella pronuncia del g.u.p. di Roma relativa al caso *Welby* – non incontra un limite quando dall'esercizio dello stesso consegua un sacrificio del bene vita, e che il rifiuto di una terapia salvavita costituisce un diritto soggettivo dell'individuo. In questo quadro di riferimento, il diritto alla vita incontra un limite nel diritto di autodeterminazione terapeutica del soggetto sulla base del diritto al rispetto della dignità della figura umana, e da ciò si deduce che «il principio dell'indisponibilità della vita umana, che costituisce la base logica su cui è costruito l'art. 580, ha trovato un riconoscimento solo parziale nella Costituzione repubblicana». Emerge dunque un'indisponibilità solo *relativa* del bene vita: in via di principio, in quanto presupposto per godere di tutti gli altri diritti, non è nella disponibilità del suo titolare, ma è *possibile rinunciarvi solo per la via indiretta della disponibilità del proprio diritto alla salute*²³⁴.

Nel caso presente – sottolineano i p.m. – non si tratta però di una mera rinuncia alle cure, vertendo la questione sulla «riconoscibilità di un diritto a rinunciare *per via diretta* del bene vita, mediante un atto di disposizione autonomo, una condotta attiva: in parole semplici, di un *diritto al suicidio*». Quanto al rilievo giuridico e costituzionale del suicidio, questo rappresenta, secondo le ricostruzioni maggioritarie, un mero fatto, o un fatto giuridicamente tollerato, o tutt'al più lecito²³⁵. Contro il riconoscimento del suicidio come diritto militano da un lato le

²³² *Ibid.*

²³³ *Ivi*, p. 11.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Sulla qualificazione giuridica del suicidio v. *supra* cap. II, 2.2.1.

norme del c.p., dall'altro il principio solidaristico che permea il nostro assetto costituzionale, che impone ad ogni individuo il rispetto dei doveri inderogabili di solidarietà e che tutela il corpo e la persona umana anche contro atti di disposizione della persona stessa, come beni fondamentali di rilievo non esclusivamente individuale. Tale principio va temperato per il tramite del principio personalistico, che impone di tutelare come beni fondamentali al pari della vita anche libertà e dignità dell'individuo.

A questo punto gli inquirenti sottolineano una differenza fondamentale rispetto alla situazione in cui si trovava Welby: per Antoniani, la (legittima) rinuncia alle cure avrebbe costituito essa stessa una degradazione inaccettabile della sua persona, in quanto lo avrebbe costretto ad un'agonia prolungata fino a diversi giorni, a costo di gravi sofferenze per il soggetto, dato che (a differenza di Welby) egli non era completamente dipendente dal respiratore artificiale. I p.m. mettono in evidenza come sia la scelta di continuare a vivere in condizioni che Antoniani considerava lesive della sua dignità umana, sia quella di interrompere il trattamento affrontando un calvario di sofferenze (fisiche e psicologiche) ulteriori, avrebbero comportato una lesione del diritto all'autodeterminazione del soggetto, e al rispetto della sua dignità di persona. Si rileva quindi come il diritto a rinunciare a qualsiasi trattamento terapeutico anche salvavita, il cui fondamento ultimo è proprio il rispetto della vita umana, nel caso specifico non sia sufficiente e che «l'ordinamento italiano, che ha come fine ultimo il perseguimento del “pieno sviluppo della persona umana”, non può consentire una così grave lesione della dignità di un individuo»²³⁶. Alla luce di queste argomentazioni, i p.m. concludono nel senso di una rilettura dell'art. 580.

Nella situazione specifica, «il principio del rispetto della dignità umana impone l'attribuzione a Fabiano Antoniani, ed in conseguenza a tutti gli individui che si trovano nelle medesime condizioni, di un vero e proprio “diritto al suicidio” attuato in via indiretta mediante la «rinuncia alla terapia, ma anche in via diretta, mediante l'assunzione di una terapia finalizzata allo scopo suicidario»²³⁷. Il principio della dignità umana trasforma dunque il suicidio da “mero fatto” in un

²³⁶ Richiesta di archiviazione 26 aprile 2017, cit., p. 13.

²³⁷ *Ibid.*

vero e proprio diritto soggettivo, ricostruzione supportata anche da quei passaggi delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che riconoscono il «diritto di un individuo a decidere con quali mezzi e in quale momento la sua vita debba concludersi» come aspetto del “diritto al rispetto della vita privata” garantito dall'art. 8 della Convenzione²³⁸. Ne consegue il diritto di Antoniani «ad accedere a pratiche di suicidio assistito, tanto più se effettuate in un paese membro del Consiglio d'Europa che ne riconosce la legittimità e disciplina rigorosamente i requisiti per accedervi», nonostante nella richiesta si auspichi un intervento del legislatore italiano sul tema²³⁹.

Quanto alla condotta di Cappato, nel quadro della diversa qualificazione dell'atto suicida, i p.m. individuano due diverse soluzioni alternative per escluderne la punibilità: la prima, fondata sul principio di offensività, fa leva sul venir meno del bene giuridico tutelato; la seconda, invece, si incentra sull'applicazione dei principi che presiedono alle regole delle cause di giustificazione e del concorso. Nel primo caso, «il riconoscimento del diritto costituzionale a rinunciare, in casi ben determinate, alla propria vita anche mediante atti auto-lesivi, fa venire meno il bene giuridico tutelato, in quanto il suicidio diventa [...] diritto esigibile, e non più mero fatto, al più tollerato»²⁴⁰. La condotta di aiuto al suicidio, nei casi in cui si è fatto riferimento, rappresenterebbe dunque una *condotta radicalmente inoffensiva del bene giuridico tutelato* dalla norma dell'art. 580 c.p., e dunque penalmente rilevante. In sostanza, quindi, la vita diventa diritto disponibile e la condotta di aiuto a disporne mediante suicidio non può più essere considerata un'offesa alla vita stessa, in quanto essa è oggetto di atto di disposizione autonomo e legittimo da parte del suo titolare. La seconda ricostruzione giuridica fa leva su una trasformazione della struttura della fattispecie dell'art. 580 c.p.: di base, questa costituisce una forma di «concorso tipizzato» in un fatto che non costituisce reato ed evidentemente è considerato con disvalore dall'ordinamento. Nel caso di specie sussiste però per il suicida «una forma di “*causa di giustificazione impropria*”, con rilievo oggettivo, che trasforma questo “fatto illecito non punito” in un vero e proprio diritto,

²³⁸ Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, 20.1.2011, ric. n. 31322/07, § 51; *Id.*, 14.05.2013, *Gross c. Svizzera*, ric. n. 67810/10, §§ 59-60, in *hudoc.echr.coe.int*.

²³⁹ Richiesta di archiviazione 26 aprile 2017, cit., p. 14

²⁴⁰ *Ibid.*

addirittura di rilievo costituzionale»²⁴¹. Ne deriva che la condotta di aiuto al suicidio, che presenta la struttura di concorso in tale fatto, risulta scriminata per la diversa qualificazione giuridica del fatto cui si è concorso.

La Procura infine conclude evidenziando come gli argomenti sviluppati, proprio perché fondati su diritti di rilievo costituzionale e convenzionale, porterebbero necessariamente alla richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., qualora non fosse accolta l'interpretazione proposta.

A giudizio del sottoscritto, l'affermazione dell'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito ad ottenere una morte dignitosa, anche qualora si sostanzi non in un semplice rifiuto di cure, ma in un atto dispositivo della vita stessa da parte del suo titolare (e dunque in un suicidio), è pienamente rispondente all'evoluzione dell'ordinamento verso una completa effettività del diritto di autodeterminazione dell'individuo, in un ottica di bilanciamento con gli altri valori costituzionali. Riconoscere che al diritto al rifiuto della terapia, che porti alla morte del soggetto che lo esercita, corrisponda sulla sponda attiva un diritto all'assunzione di una terapia finalizzata allo scopo suicidario (qualora il semplice rifiuto non basti a salvaguardare la dignità dell'individuo) significa riconoscere il fondamento comune delle due situazioni, che è proprio la dignità della persona umana. Tra l'altro è nella direzione di un sempre più ampio diritto all'autodeterminazione che spinge la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, pur (come di regola) senza imposizioni, facendo rientrare i temi legati alle pratiche di fine vita nello spazio discrezionale riservato al legislatore nazionale. Fin dal caso *Pretty*, la Corte ha affermato che il divieto assoluto di aiuto al suicidio costituisce un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata, salvo poi ritenere che tale divieto sia giustificato a norma dell'art. 8, par. 2 CEDU, in quanto rientrante nell'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati in materia²⁴². E' da non trascurare che il bilanciamento del diritto all'autodeterminazione va sempre condotto con riguardo all'interesse alla tutela di soggetti deboli contro possibili abusi di terzi: un controllo sui presupposti di effettività, attualità e libertà della scelta si renderà sempre opportuno, così come una garanzia sulla revocabilità fino

²⁴¹ *Ivi*, p. 15.

²⁴² Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, cit., § 67.

all'ultimo della stessa (come del resto nel caso presente, essendo centrale nella valutazione dei p.m. l'adempimento delle procedure al riguardo previste dalla normativa svizzera), con il mantenimento delle sanzioni penali per gli autori di abusi incidenti sulla volontà del soggetto.

La vicenda giudiziaria è destinata a proseguire: il g.i.p. di Milano non ha accolto la richiesta di archiviazione della procura fissando un'udienza per il 6 luglio per la discussione delle parti a seguito della quale prenderà una decisione.

6. La nuova proposta di legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento

Il 20 aprile 2017 è stato approvato alla Camera e trasmesso in Senato per l'approvazione definitiva il progetto di legge recante “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*” (d.d.l. n. 2801)²⁴³, testo che unifica le molteplici proposte d'intervento su consenso informato, alleanza terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento presentate nel corso dell'attuale legislatura²⁴⁴. La proposta rappresenta un tentativo di definitiva consacrazione, per via legislativa, dei principi ormai consolidati nell'elaborazione giurisprudenziale, anche costituzionale e sovranazionale, a partire dal riconoscimento del ruolo decisivo rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico, sull'onda della pressione mediatica delle vicende di Walter Piludu e Fabiano Antoniani e anche in virtù di una mutata sensibilità del mondo cattolico²⁴⁵.

Passando ai contenuti, il testo si compone di otto articoli, e disciplina modalità di espressione e di revoca, legittimazione, ambito e condizioni del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento. L'art. 1²⁴⁶, richiamandosi

²⁴³ Senato della Repubblica, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, d.d.l. n. 2801, in www.senato.it. Il disegno di legge è attualmente in corso di esame in commissione.

²⁴⁴ C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2017.

²⁴⁵ Al riguardo si veda: L. LO SAPIO, *Bioetica cattolica e bioetica laica nell'era di Papa Francesco. Che cosa è cambiato?*, Torino, Utet, 2017.

²⁴⁶ Senato della Repubblica, d.d.l. n. 2801, cit., p. 3-5.

ai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e agli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dopo una proclamazione degli obiettivi della legge (tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona) stabilisce, aggiornando la formulazione dell'art. 32 Cost., che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Al comma 2 è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. La legge sottolinea inoltre che nel rapporto con il medico possono essere coinvolti familiari e altre persone di fiducia del paziente, qualora questi ne esprima il desiderio. Si prosegue con il riconoscimento del diritto ad un'informazione completa, aggiornata e comprensibile riguardo alle proprie condizioni di salute, «alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi» (comma 3). Al contempo è prevista la facoltà per il paziente di rifiutare o rinunciare alle informazioni e di indicare una persona di fiducia incaricata a riceverle e a esprimere il consenso in sua vece, con registrazione nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. Vengono quindi disciplinate le modalità di acquisizione e documentazione del consenso: «Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare» (comma 4). Centrale è la disciplina dell'estensione applicativa del consenso: sul versante del paziente, si riconosce il diritto, per ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, di rifiutare, in tutto o in parte, *qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario* indicato dal medico per la sua patologia o anche singoli atti del trattamento stesso, cui si accompagna, a fondamentale complemento, il diritto di revocare, in qualsiasi momento, il consenso prestato, *anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento*, incluse la nutrizione e l'idratazione

artificiali, qualificate espressamente dal legislatore come trattamenti sanitari. (comma 5). Sul versante del medico, questi è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciarvi, e di conseguenza, è esente da ogni responsabilità civile o penale (comma 6). Infine si prevede, da un lato, l'inesigibilità, da parte del paziente, di trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, di fronte ai quali il medico non ha alcun obbligo professionale (comma 6) e, dall'altro, l'obbligo del medico di assicurare, nelle situazioni di emergenza o di urgenza, l'assistenza sanitaria indispensabile, ove possibile nel rispetto della volontà del paziente (comma 7).

All'art. 2²⁴⁷ è scongiurato il rischio di *abbandono terapeutico*, affermandosi che «il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38». Parallelamente è configurato un vero e proprio *divieto di accanimento terapeutico*, per cui «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente».

All'art. 3²⁴⁸ regola le modalità di espressione o rifiuto del consenso per minori e incapaci, ispirate al principio del più ampio coinvolgimento possibile dei diretti interessati, che devono essere messi in condizione di esprimere la propria volontà (comma 1). Quanto al minore, la decisione finale sul trattamento sanitario viene comunque presa dagli esercenti la potestà genitoriale o dal tutore, «tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità» (comma 2), Per l'interdetto è previsto un grado

²⁴⁷ *Ivi*, p. 5-6.

²⁴⁸ *Ivi*, p. 6-7.

minore di coinvolgimento, prescrivendo la legge che il consenso è espresso o rifiutato dal tutore «sentito l'interdetto, ove possibile» (comma 3). La persona inabilitata può invece esprimere direttamente il consenso, salvo il caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario: in tal caso il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere (comma 4). Il comma 5 prevede il caso di contrasto tra rappresentante legale o amministratore di sostegno che, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, rifiuti le cure proposte, e medico, che invece ritenga queste appropriate e necessarie: in tal caso la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

L'art. 4, rubricato “*Disposizioni anticipate di trattamento*”²⁴⁹, prevede che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Il soggetto può altresì indicare un *fiduciario*, a sua volta maggiorenne e capace di intendere e di volere (comma 2), che ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie, il cui incarico, una volta accettato, può essere revocato in qualsiasi momento (comma 3). Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente, e in caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile. Quanto alla *vincolatività* delle DAT, il medico ne è tenuto al rispetto, potendole disattendere, in tutto o in parte, in accordo con il fiduciario, solo «qualora esse appaiano *palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie*

²⁴⁹ *Ivi*, p. 7-9.

non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». Nel caso di conflitto tra fiduciario e medico, la decisione è rimessa al giudice tutelare. In relazione alla forma, il comma 6 dispone che le disposizioni anticipate devono essere redatte per atto pubblico, scrittura privata autenticata, oppure scrittura privata consegnata personalmente dall'interessato presso l'ufficio dello stato civile o presso le strutture sanitarie. Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

L'art. 5²⁵⁰, finalizzato a dare sostanza all'alleanza terapeutica, disciplina la possibilità, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, di fissare in un atto una *pianificazione delle cure condivisa* tra il paziente e il medico, previa informazione su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative. Il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario, sono espressi in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso video-registrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. La pianificazione delle cure può sempre essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico.

Infine, si sancisce all'art. 6 con una disposizione transitoria l'*efficacia retroattiva della legge*, le cui disposizioni si applicano ai documenti contenenti la volontà del malato circa i trattamenti sanitari depositati presso il comune di residenza o davanti ad un notaio prima dell'entrata in vigore della legge medesima²⁵¹.

Nel quadro di una valutazione complessiva del disegno di legge, vicino per molti aspetti alla disciplina della *Patientenverfügung* tedesca, si sono sottolineati due

²⁵⁰ *Ivi*, p. 9-10.

²⁵¹ *Ivi*, p. 10-11.

pregi principali: in primo luogo «ha nell'insieme una buona qualità, che lo distacca non poco dalla produzione legislativa degli ultimi anni in materia di salute e di bioetica, e da altri progetti in materia di fine vita». In secondo luogo «non disegna una legge “sul testamento biologico” ma un quadro coerente di tutta la relazione di cura, tendenzialmente conforme al “diritto dei principi”»²⁵². Quanto a questo ultimo aspetto, viene attribuito un ruolo cruciale al consenso informato, che riconosce la massima ampiezza possibile all'autodeterminazione terapeutica, estesa sino alla libertà del paziente di lasciarsi morire attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare. Si precisa che nella disciplina del d.d.l. verrebbe cristallizzato non un *diritto di morire*, quanto un diritto di rifiutare *tutte* le cure (anche vitali), in ossequio al principio secondo cui si può essere sottoposti a una determinata terapia solo in presenza di un consenso informato²⁵³. Due differenze vengono messe in evidenza rispetto al precedente d.d.l. Calabrò: innanzitutto fra i trattamenti rifiutabili o revocabili, vengono espressamente ricomprese anche nutrizione e idratazione artificiali, qualificate come trattamenti sanitari anziché come pratiche di sostentamento ordinario, con le implicazioni conseguenti in relazione alla loro sospensione; in secondo luogo, la scelta terminologica nella definizione di «disposizioni» invece che di semplici «dichiarazioni» anticipate di trattamento, in modo da sottolinearne la *valenza prescrittiva*, e non semplicemente informativo-comunicativa²⁵⁴.

Nella dimensione penalistica, l'aspetto centrale è costituito dalla previsione dell'*esenzione di responsabilità*, civile e penale, del medico, in conseguenza dell'obbligo di rispettare la volontà espressa dal paziente. Si sottolinea come anche in questo caso si tratti di una «*consacrazione dell'esistente*»²⁵⁵, cioè dell'atteggiarsi della volontà del paziente come presupposto e limite dell'obbligo di garanzia del medico. Il disegno di legge, «equiparando chiaramente la mancata attivazione di un trattamento sanitario alla sua revoca, supera ogni residua

²⁵² P. ZATTI, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in *Quotidiano sanità*, 7 marzo 2017, p. 3.

²⁵³ C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, cit.

²⁵⁴ S. ROSSI, *Consenso informato e autodeterminazione dei pazienti nei trattamenti sanitari*, in *www.lacostituzione.info*, 16 dicembre 2016.

²⁵⁵ C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, cit.

perplessità nel caso in cui la morte del paziente derivi non già dal progredire della malattia per un'iniziale omissione di cure non consentite, quanto piuttosto dall'interruzione (richiesta dal paziente) di un trattamento già in atto, ad esempio operata dal medico attraverso la disattivazione di un sostegno artificiale»²⁵⁶.

Infine, si avanzano perplessità, per i riflessi in tema di responsabilità, quanto all'inesigibilità, da parte del paziente, di trattamenti sanitari contrari non solo a norme di legge, ma anche alla *deontologia professionale* o alle *buone pratiche clinico-assistenziali*. Rispetto a tale previsione vi è il fondato timore, avanzato nel parere reso dalla Commissione Giustizia della Camera, che non precisate regole di deontologia professionale o non specificate buone pratiche possano legittimare il medico a discostarsi dalla volontà espressa dal paziente.

²⁵⁶ *Ibid.*

CAP. III
FINE VITA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
DELL'UOMO

1. Biodiritto e giurisprudenza CEDU

Tra i concetti giuridici che stanno emergendo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel dare una direzione al biodiritto, inteso come l'ambito delle scienze giuridiche che si occupa dei fenomeni legati alla vita umana investiti dalle scienze biomediche, è centrale quello di *dignità*²⁵⁷. Tale concetto è utilizzato già per titolare il capo I della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che raggruppa una serie di diritti della persona di alto rango, la cui tutela appare specificatamente connessa agli sviluppi in campo biomedico (artt. 1-5: inviolabilità della dignità umana; diritto alla vita; diritto all'integrità personale, comprensivo del principio del consenso nel contesto biomedico; divieto di tortura o trattamenti inumani o degradanti; divieto di schiavitù, lavoro forzato e tratta di esseri umani). Al concetto di dignità si richiama anche la Convenzione di Oviedo del 1997, che all'art. 1 prevede come finalità la protezione dell'essere umano «nella sua dignità e nella sua identità». Quanto al contenuto della nozione, esso esprime il *primato dell'essere umano* (art. 2 Conv. Oviedo), principio in base al quale «l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza». Le problematiche del “fine vita” sono state affrontate con crescente frequenza dalla Corte europea dei diritti dell'uomo specialmente in relazione agli artt. 2 (diritto alla vita) e 8 (protezione della vita privata) e risolte attraverso la logica interpretativa dell'equo bilanciamento, in una prospettiva multidimensionale. Nella trattazione che segue si analizzano le pronunce della Corte in materia²⁵⁸.

²⁵⁷ P. DE STEFANI, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTA' – P. ZATTI, *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, 2010, p. 657 ss.

²⁵⁸ Per una rassegna dei casi si veda: U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito, e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di un'ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Riv. AIC*, in www.rivistaaic.it, 15 maggio 2015.

2. Le decisioni della Corte sull'ammissibilità

La prima volta che la Corte di Strasburgo è stata chiamata ad esprimersi su una tematica inerente il fine vita, risale al caso *Sanles c. Spagna*²⁵⁹. Ramón Sampedro era un cittadino spagnolo costretto ad una grave disabilità (tetraplegia) a seguito di lesioni irreversibili del midollo spinale causate da un grave incidente. Dal 1993 Sampedro avanza la richiesta presso molti tribunali spagnoli di un riconoscimento di un diritto a morire dignitosamente. Dopo il rigetto presso la Corte costituzionale spagnola del suo *recurso de amparo* e la dichiarata inammissibilità del ricorso da parte della Commissione del Consiglio d'Europa – rispettivamente per incompetenza territoriale e per non esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni – Sampedro nel 1995 aveva ripreso l'iter, chiedendo che fosse dichiarato non perseguibile per il reato di assistenza al suicidio il medico che gli avesse fornito i medicinali necessari a porre fine alla sua vita. Nel 1996, essendo stata negata la sua richiesta a più livelli di giudizio, adisce nuovamente il *Tribunal Constitucional* con un nuovo *recurso de amparo*, eccependo che la negazione delle sue pretese corrispondesse ad una violazione della dignità umana, del libero sviluppo della personalità, del diritto alla vita, all'integrità fisica e del diritto al giusto processo, data la lungaggine delle procedure giudiziarie subite. Nel 1998 Sampedro muore per suicidio assistito con l'aiuto di soggetti rimasti ignoti, a carico dei quali viene instaurato un processo penale. Manuela Sanles Sanles, cognata del soggetto, manifesta la volontà di proseguire nel giudizio di amparo in qualità di erede. La Corte costituzionale dichiara l'estinzione del procedimento, essendo possibile la continuazione del medesimo solo per i casi in cui si discuta di diritti personali degli eredi relativi al loro stato civile o di diritti quali protezione dell'onore, della privacy, dell'immagine personale e familiare, i cui effetti non sono confinati nella sfera personale del soggetto ma si estendono sulla cerchia familiare dello stesso. Nel caso in esame, trattandosi di un personalissimo diritto ad accedere al suicidio assistito, non era possibile che un terzo proseguisse il procedimento. Manuela Sanles Sanles adisce quindi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, denunciando la violazione degli artt. 2, 3, 5, 6, 8, 9 e 14 della CEDU, sulla base della mancata previsione nell'ordinamento iberico della liceità

²⁵⁹ Corte EDU, 26.10.2000, *Sanles c. Spagna*, ric. n. 48335/99, in *hudoc.echr.coe.int*.

della pratica eutanasia, lesiva in particolare del diritto ad una morte dignitosa. La Corte dichiara il ricorso inammissibile ex art. 35 per incompatibilità *ratione personae*, essendo i diritti rivendicati di tipo personalissimo e non trasferibili («*non-transferable rights*»), per cui l'erede non dispone della legittimazione ad agire.

Altro caso in cui la Corte si è pronunciata per l'inammissibilità del ricorso è quello *Ada Rossi e Altri c. Italia (2008)*²⁶⁰, in cui otto soggetti (tra individui e associazioni non lucrative di utilità sociale) lamentavano la violazione degli artt. 2 e 3 CEDU in relazione alle decisioni della Corte d'appello di Milano e della Cassazione sul caso *Englaro*, che avevano riconosciuto in sostanza l'autorizzazione all'interruzione delle cure salvavita sulla base della volontà presunta (oltre che dell'irreversibilità dello stato vegetativo), poiché questo provvedimento li avrebbe danneggiati direttamente, esponendoli al rischio che misure analoghe fossero adottate nei loro confronti, ritenute contrarie al diritto alla vita e al diritto a non subire trattamenti inumani. Il ricorso è stato dichiarato anche in questo caso inammissibile per incompatibilità *ratione personae* ex art. 35 per mancanza in capo ai ricorrenti della qualità di vittime richiesta dall'art. 34 della CEDU. I giudici di Strasburgo ribadiscono, analogamente al caso *Sanles*, che davanti alla Corte non sono ammesse *actiones populares*, essendo richiesta una violazione diretta dei diritti e non azioni preventive di possibili lesioni, in quanto solo in casi eccezionali il rischio di una violazione futura può comunque conferire ad un candidato la qualifica di vittima di una violazione della CEDU. Nel caso specifico manca anche la qualifica di «vittime potenziali», mancando la prova ragionevole e convincente della probabilità di lesione da parte dello Stato italiano ed essendo avanzati al riguardo solamente congetture e sospetti vaghi.

Da ultimo, la Corte si è pronunciata nel senso dell'inammissibilità del ricorso nella decisione sul caso *Nicklinson e Lamb c. Regno Unito (2015)*²⁶¹, riguardante i divieti posti dalla legge britannica di suicidio assistito ed eutanasia consensuale. La prima ricorrente, moglie di Tony Nicklinson, il quale soffriva della c.d. "*locked-in syndrome*" e desiderava la fine della propria vita, eccepiva che le decisioni giudiziarie nazionali non avevano saputo conciliare le previsioni della legge sul suicidio assistito (*Suicide Act*, 1961) con il diritto individuale al rispetto della vita

²⁶⁰ Corte EDU, 22.12.2008, *Ada Rossi e Altri c. Italia*, ric. n. 55185/08, in *hudoc.echr.coe.int*.

²⁶¹ Corte EDU, 16.07.2015, *Nicklinson e Lamb c. Regno Unito*, ric. n. 2478/15, in *hudoc.echr.coe.int*.

privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. Il secondo ricorrente, il quale era paralizzato e allo stesso modo anelava alla fine della propria vita, presenta ricorso per la mancanza di opportunità di ottenere una autorizzazione giudiziaria che consentisse ad un volontario di procedere alla somministrazione di farmaci letali con il suo consenso. La Corte dichiara entrambi i ricorsi inammissibili, l'uno perché manifestamente infondato, dato che l'art. 8 della Convenzione non impone alcun obbligo procedurale per cui le corti nazionali debbano decidere nel merito di un ricorso riguardante la legittimità di norme legislative primarie, forzando il proprio ruolo istituzionale; per ogni evenienza, la Corte esamina anche la sostanza del ricorso, concludendo che la ricorrente non è riuscita a dimostrare sviluppi rilevanti rispetto al caso *Pretty c. Regno Unito* (vedi oltre). Quanto al secondo ricorrente, i giudici osservano *in primis* che egli ha focalizzato il ricorso solo sull'argomento contro il divieto legislativo del suicidio assistito, non approfondendo quello secondo cui dovrebbe essere prevista una procedura giudiziaria per l'autorizzazione dell'eutanasia consensuale in presenza di circostanze determinate, riguardo al quale non si sarebbe potuto escludere che la Corte avrebbe disposto diversamente; dichiara quindi inammissibile il ricorso per mancato esaurimento dei rimedi interni.

3. Le decisioni della Corte nel merito

3.1 *Pretty c. Regno Unito*

Il *leading case* in materia di fine vita è costituito dal già citato caso *Pretty*,²⁶² in cui la Corte affronta per la prima volta le tematiche relative al fine vita entrando nel merito. Diane Pretty era affetta da disclerosi laterale amiotrofica, una malattia neurodegenerativa progressiva che, giunta ormai ad uno stadio avanzato, le lasciava pochi mesi di vita. La donna, che aveva perso completamente ogni autonomia ma mantenuto pienamente le capacità intellettive, avvertiva le condizioni in cui si trovava a sopravvivere come incompatibili con il proprio senso di dignità ed equivalenti ad un trattamento inumano. Le sue condizioni non le permettevano

²⁶² Corte EDU, 29.4.2002, *Pretty c. Regno Unito*, cit.

tuttavia di porre fine alla propria vita da sé, e dato che l'ordinamento inglese prevede il divieto del suicidio assistito (sezione 2 del *Suicide Act* del 1961, che punisce con la reclusione fino a 14 anni chi favorisce il suicidio o tentato suicidio altrui), la signora Pretty aveva chiesto all'autorità giudiziaria inglese di garantire l'immunità a sua marito nel caso questi l'avesse aiutata a porre in essere il suicidio, ricevendo risposta negativa dal *Director of Public Prosecutions*. Il diniego, impugnato in varie sedi, era stato poi definitivamente confermato dalla *House of Lords* con sentenza 29 novembre 2001. Diane Pretty adisce quindi la Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dei diritti stabiliti dagli artt. 2, 3, 8, 9 e 14 della Convenzione.

In relazione all'art. 2, la ricorrente sostiene che la norma in questione non proteggerebbe la vita in sé, ma il diritto alla vita, inteso come protezione dalle intrusioni di terzi e come riconoscimento di un diritto all'autodeterminazione individuale. Di conseguenza, il diritto di morire rappresenterebbe non antitesi, ma corollario del diritto alla vita, e in capo allo Stato sussisterebbe un'obbligazione a permettere l'esercizio di tale diritto. La Corte europea esclude che «il diritto alla vita garantito all'art. 2 possa essere interpretato come inclusivo di un aspetto negativo» e afferma che «non può, senza una forzatura linguistica, essere interpretato nel senso di attribuire all'individuo un diritto diametralmente opposto, ossia il diritto di morire; né esso può dare vita ad un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire ad un individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita»²⁶³.

Argomenti più incisivi sembrano essere quelli a sostegno della possibile violazione dell'art. 3: la ricorrente parte dal presupposto che la sopravvivenza forzata possa essere considerata, a tutti gli effetti, alla stregua di un trattamento inumano e degradante, vietato dalla norma in questione. In questa prospettiva, il Regno Unito sarebbe obbligato non solo ad astenersi dall'infliggere trattamenti inumani e degradanti, ma dovrebbe anche prendere provvedimenti positivi per proteggere le persone all'interno della sua giurisdizione dalla sottoposizione a tali trattamenti. Nel caso specifico il “*positive step*” invocato consiste nell'impegno di non perseguire penalmente il marito dopo che abbia assistito la ricorrente nel proprio suicidio. La Corte riconosce che l'art. 3 comprende anche un versante positivo, avendo lo Stato l'obbligo positivo di prendere misure per proteggere gli individui da trattamenti

²⁶³ *Ivi*, §38.

inumani, compresi quelli inflitti da privati.²⁶⁴ Tuttavia «la sofferenza derivante da una malattia naturale può essere compresa nell'art. 3 solo laddove sia, o rischi di essere, aggravata dal trattamento, qualora provenga da condizioni di detenzione, espulsione o altre misure per cui l'autorità può essere considerata responsabile». Ciò non è ravvisabile nel caso di specie, essendo le condizioni della ricorrente determinate esclusivamente dalla patologia e non imputabili ad un comportamento del Governo britannico. Inoltre la Corte sottolinea che, pur essendo inoltre, pur essendo la Convenzione uno «strumento di diritto vivente» (*living instrument*) che ammette un approccio interpretativo dinamico e flessibile, nondimeno non è concepibile una lettura che consideri tra loro contraddittori due principi fondamentali, dovendo la Corte seguire la coerenza della Convenzione come sistema di protezione dei diritti fondamentali. Pertanto una lettura dell'art. 3 in armonia con l'art. 2 porta a rifiutare l'interpretazione che l'obbligo positivo incluso nel divieto di trattamenti inumani o degradanti si estenda all'aiuto ai suicidio, e va ad escludere ogni pretesa individuale verso lo Stato di permettere o facilitare la propria morte²⁶⁵.

Altro punto sollevato in *Pretty* è la possibile violazione dell'art. 8, che sancirebbe una tutela dell'autodeterminazione dell'individuo, il quale include il diritto di prendere decisioni riguardanti il proprio corpo, specialmente quelle inerenti al modo di affrontare i momenti finali della vita; il divieto di dar corso alla sua volontà determinava, a parere della ricorrente, una arbitraria ingerenza della pubblica autorità nella sua vita privata. Inoltre difetterebbero le condizioni per giustificare un'interferenza con tale diritto, prevedendo la sezione 2 § 1 della legge del 1961 un divieto generalizzato del suicidio assistito, che non tiene conto delle particolari circostanze che possono averlo determinato. I giudici premettono che, anche in base alla propria giurisprudenza precedente, la nozione di “*private life*” è un concetto elastico, non suscettibile definizione esaustiva, includendo l'integrità personale fisica e psicologica e potendo abbracciare diversi aspetti della «identità fisica e sociale dell'individuo»²⁶⁶, a partire da nome²⁶⁷ ed identità sessuale,²⁶⁸ passando per il diritto

²⁶⁴ *Ivi*, §51.

²⁶⁵ *Ivi*, §54.

²⁶⁶ *Ivi*, §61 ; nello stesso senso: Corte EDU, *Mikulić c. Croazia*, ric. n. 53176/99, § 53, in *hudoc.echr.coe.int*.

²⁶⁷ Corte EDU, 22.2.1994, *Burghartz c. Svizzera*, ric. n. 16213/90, in *hudoc.echr.coe.int*.

²⁶⁸ Corte EDU, 22.10.1981, *Dudgeon v. the United Kingdom*, ric. n. 7525/76, in *hudoc.echr.coe.int*.

allo sviluppo personale, per arrivare al «diritto a instaurare e sviluppare relazioni personali con altri esseri umani e con il mondo esterno»²⁶⁹. I giudici affermano che, nonostante nessun precedente abbia affermato l'inclusione del diritto di autodeterminazione nell'art. 8 della Convenzione, la nozione di “*personal autonomy*” è un principio importante nell'interpretazione delle garanzie ivi contenute, e che tale diritto di gestire liberamente la propria vita include «anche la facoltà di compiere atti ritenuti fisicamente o moralmente dannosi, o di natura pericolosa per l'individuo interessato»²⁷⁰. Le imposizioni statali adottate per proteggere le persone dalle conseguenze dello stile di vita prescelto costituiscono un'interferenza nella sfera privata e personale dei soggetti ex art. 8 § 1 e pertanto devono trovare giustificazione ai sensi del secondo paragrafo dello stesso articolo. La Corte afferma dunque che «nella sfera del trattamento medico, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, portare ad un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente mentalmente sano e adulto costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art 8 § 1 della Convenzione»²⁷¹. Anche quando la volontà del singolo è nel senso di porre fine alla propria esistenza, tale scelta può essere coperta dalla garanzia dell'art. 8: «la vera essenza della Convenzione è il rispetto per la dignità e la libertà della persona. Senza in alcun modo negare il principio della sacralità della vita protetto ai sensi della Convenzione, la Corte considera che è alla stregua dell'art. 8 che la nozione di *qualità della vita* assume significato. In un'epoca di sempre più sofisticati ritrovati medici e di crescente aspettativa di vita, molte persone avvertono la preoccupazione di essere costretti a tirare avanti la propria vita in età avanzata o in condizioni di decrepitezza fisica o mentale estreme, in contrasto con la propria forte percezione di sé e della propria identità»²⁷². Sebbene la Corte riconosca il rilievo della violazione del'art. 8 § 1, essa ritiene giustificata, secondo i criteri di una società democratica, l'interferenza nelle scelte del singolo a norma del § 2 del medesimo articolo: il *Suicide Act* trova infatti il suo fondamento generale nella vulnerabilità della categoria dei malati terminali, per

²⁶⁹ Diritto affermato anche in: Corte EDU, *Burghartz c. Svizzera*, cit., § 24; *Id.*, *Friedl c. Austria*, 31.1.1995, ric. n. 15225/89, § 45, in *hudoc.echr.coe.int*.

²⁷⁰ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, cit., § 62.

²⁷¹ *Ivi*, § 63.

²⁷² *Ivi*, § 65.

la quale il bisogno di tutela pesa maggiormente di quello di assicurare il principio della libera scelta (sebbene nel caso concreto di Diane Pretty tale stato di vulnerabilità non sussistesse, stante la sua lucidità mentale). Ne consegue che la natura generale del divieto del suicidio assistito non è sproporzionata, anche perché una certa flessibilità rende possibile un'applicazione del precetto graduata ai casi singoli: in primo luogo, la azione penale è decisa *Director of Public Prosecution*, senza alcun automatismo; in secondo luogo, essendo prevista solo una pena massima, il giudice, tenuto conto delle peculiarità dei casi concreti, potrebbe infliggere pene meno severe laddove egli lo reputi appropriato.²⁷³ I giudici di Strasburgo, quindi, «ritengono che la legge britannica abbia compiuto un adeguato bilanciamento tra esigenze pubbliche e private e che, in ogni caso, il margine di apprezzamento statale venga in rilievo nella complessa materia»²⁷⁴.

Alla luce di tutte queste considerazioni, dunque, la Corte rigetta il ricorso della ricorrente, non sussistendo alcuna violazione della CEDU.

Dalla pronuncia in discorso emerge il tentativo dei giudici di soppesare gli interessi in gioco e di evitare estremistiche prese di posizione a favore dell'uno o dell'altro schieramento, nell'ottica dell'equo bilanciamento. La difficoltà di perseguire tale sintesi rimane comunque forte, «come dimostra il fatto che la Corte alla fine si rimette al *margin di apprezzamento statale*, deliberando che la questione sia un affare interno dello Stato membro coinvolto. Non si può, ad ogni modo, dimenticare che la CEDU per sua natura intende offrire standard minimi di tutela, lasciando ai singoli Stati il compito di disciplinarne la protezione. [...]E, quanto più le materie si fanno complesse e non c'è un chiaro consenso in Europa (come nelle questioni di fine vita), tanto più il margine di apprezzamento si allarga»²⁷⁵.

²⁷³ *Ivi*, § 76.

²⁷⁴ I. A. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita. Casi e decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di eutanasia e suicidio assistito*, 2011, in www.personaedanno.it, p. 7.

²⁷⁵ *Ivi*, p. 8 s.

3.2 *Haas c. Svizzera*

Il caso *Haas*²⁷⁶ riguarda un cittadino svizzero affetto da una grave psicopatia bipolare. Nel 2004 egli si rivolge all'associazione "Dignitas" per essere aiutato al suicidio attraverso l'assunzione di una sostanza letale, per il cui acquisto tuttavia era necessaria un'autorizzazione medica, che egli, rivolgendosi a numerosi psichiatri, non era riuscito in alcun modo ad ottenere. Haas ricorre quindi più volte in sede amministrativa per ottenere dalle autorità sanitarie la sostanza in questione anche in mancanza di una prescrizione medica, senza tuttavia ottenerne l'accoglimento. Presenta allora ricorso all'autorità giurisdizionale, lamentando la lesione della libertà individuale sancita dall'art. 10 della Costituzione svizzera e del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 CEDU. Nel 2006 il Tribunale federale rigetta il ricorso, operando una distinzione tra il diritto all'autodeterminazione, che ai sensi dell'art. 8 CEDU include il diritto dell'individuo a decidere quando e in che modo porre fine alla propria vita, e un – inesistente – diritto a ottenere l'assistenza al suicidio da parte dello Stato o di terzi. In seguito alla pronuncia del Tribunale federale, il ricorrente inviava a 170 psichiatri della zona in cui risiedeva una lettera nella quale esponeva il proprio fermo proposito di suicidarsi e chiedeva che gli fosse effettuata una perizia psichiatrica per poter così ottenere la somministrazione della sostanza, non ricevendo alcuna risposta positiva. Si rivolge dunque alla Corte europea, lamentando la violazione dell'art. 8 della Convenzione.

In linea di continuità con l'orientamento espresso in *Pretty*, la Corte afferma che «il diritto di un individuo di decidere quando e in che modo porre fine la propria vita, a condizione che egli sia in condizione di orientare liberamente la propria volontà a tal fine e di agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione».²⁷⁷ Rileva poi le differenze tra il caso in questione e quello di Diane Pretty²⁷⁸: mentre nella precedente vicenda l'oggetto della decisione riguardava il diritto a porre fine alla propria vita e all'eventuale possibilità di sottrarre all'area del penalmente rilevante la condotta di chi avesse

²⁷⁶ Corte EDU, 20.1.2011, *Haas c. Svizzera*, ric. n. 31322/07, in *hudoc.echr.coe.int*.

²⁷⁷ *Ivi*, § 51.

²⁷⁸ *Ivi*, § 52.

prestato aiuto all'aspirante suicida, nella fattispecie in esame la richiesta centrale concerne l'istanza che lo Stato adotti tutte le misure necessarie ad assicurare che un soggetto, in deroga alla legislazione, possa ottenere una sostanza letale senza prescrizione medica; inoltre il ricorrente non solo sostiene che la propria vita sia difficile e dolorosa, ma anche che non possa affrontare un suicidio dignitoso senza la sostanza per cui l'ordinamento svizzero richiede la prescrizione medica; infine, contrariamente a Pretty, il ricorrente non è affetto da una malattia degenerativa incurabile che gli impedisca di porre materialmente fine alla propria vita da sé.²⁷⁹ Appare chiaro quindi che la questione attiene all'esistenza di un obbligo positivo per le autorità dello Stato, derivante dall'art. 8, di assumere le misure necessarie a permettere un suicidio dignitoso²⁸⁰.

In un'ottica di bilanciamento degli interessi in gioco, una lettura combinata degli artt. 2 e 8 della CEDU impone di prendere in considerazione il contrapposto obbligo in capo a ciascuno Stato membro, discendente dall'art. 2, di impedire che una persona sottoposta alla sua giurisdizione ponga fine alla propria vita se la sua decisione non è libera e consapevole²⁸¹. La Corte prosegue affermando che, tenendo anche conto delle enormi difformità tra le discipline dei diversi Stati del Consiglio d'Europa riguardo al diritto dell'individuo di decidere sulla fine della propria vita, «gli Stati godono di un notevole margine di apprezzamento in materia».²⁸² Spetta dunque ad essi l'individuazione del punto di equilibrio fra i due interessi in conflitto (diritto alla vita privata e diritto alla vita).

I giudici ritengono che il regime di autorizzazione medica previsto per la concessione della sostanza in questione risponde alle condizioni richieste dall'art. 8 § 2 CEDU, in quanto rispondenti al fine legittimo di evitare decisioni precipitose e di prevenire gli abusi e la clandestinità²⁸³. Passano infine ad affrontare la questione sollevata dal ricorrente in merito all'accesso effettivo ad una perizia psichiatrica, riscontrando, da un lato, la reticenza degli psichiatri di fronte alla richiesta di prescrizione di una sostanza letale e la possibilità che la minaccia di sanzioni

²⁷⁹ I. A. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita. Casi e decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di eutanasia e suicidio assistito*, cit. p. 13.

²⁸⁰ A. COLELLA, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2011.

²⁸¹ Corte EDU, *Haas c.. Svizzera*, cit., § 54.

²⁸² *Ivi*, § 55.

²⁸³ *Ivi*, § 57.

penali abbia influito sul loro giudizio; dall'altro ritengono corretto anche l'obiezione governativa, secondo cui le modalità di redazione della lettera erano tali da scoraggiare l'intervento degli psichiatri: «di conseguenza, nell'opinione della Corte, il diritto del ricorrente di scegliere tempi e modi della sua morte non è meramente teorico o illusorio»²⁸⁴.

I giudici concludono che, considerato il margine d'apprezzamento di cui godono le autorità nazionali, «anche a voler supporre che gli Stati abbiano un obbligo positivo di adottare le misure idonee a facilitare un suicidio dignitoso le autorità svizzere non hanno violato tale obbligo nel caso di specie. Ne deriva che non c'è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione»²⁸⁵.

3.3 Koch c. Germania

Nel caso *Koch*²⁸⁶ la Corte di Strasburgo torna ad occuparsi del tema dell'eutanasia attiva. Il ricorrente è il marito di una donna che, sofferente di quadriplegia sensoriale e motoria totale, si era dovuta recare in Svizzera, presso la associazione "Dignitas", per poter essere assistita al suicidio, poiché in Germania non era stato possibile ottenere la dose di pentobarbitale sodico utile allo scopo, dato il diniego opposto dal *Federal Institute for Drugs and Medical Services*. Dopo il suicidio, il marito della donna intraprende una battaglia giudiziaria perché fosse riconosciuta l'illegittimità della decisione del *Federal Institute* e per veder affermato il dovere delle autorità tedesche di concedere l'autorizzazione alla sostanza, ed esauriti i rimedi interni, ricorre alla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base della violazione del proprio diritto al rispetto alla vita personale e familiare protetto dall'art. 8 CEDU.

La prima questione che la Corte europea è chiamata a sciogliere riguarda la legittimazione attiva del signor Koch, il quale lamenta la lesione di un proprio diritto individuale, leso di riflesso dalla violazione di quello della moglie. A differenza che nel caso *Sanles c. Spagna*, i giudici di Strasburgo

²⁸⁴ *Ivi*, § 60.

²⁸⁵ *Ivi*, § 61.

²⁸⁶ Corte EDU, 19.7.2012, *Koch c. Germania*, ric. n. 497/09, in *hudoc.echr.coe.int*. Si veda C. PARODI, *Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 febbraio 2013.

riconoscono sussistenti le condizioni enunciate per via giurisprudenziale per stabilire la legittimazione attiva degli eredi o dei parenti di una vittima deceduta: esistenza di un forte legame familiare; sufficiente interesse personale o legale all'esito del procedimento; precedente espressione di un interesse al caso²⁸⁷. La sussistenza di tali condizioni fa sì che il signor Koch debba essere considerato come soggetto direttamente colpito dal rifiuto dell'Istituto federale di non concedere il farmaco letale richiesto dalla moglie.

Entrando nel merito del ricorso, i giudici argomentando sui precedenti *Pretty e Haas*, deducono che dall'art. 8 discenda il diritto, sul piano *procedurale*, a che una domanda di assistenza nel porre fine alla propria esistenza sia quanto meno *esaminata nel merito dal giudice nazionale al metro dell'art. 8 CEDU*²⁸⁸. Pertanto il diniego opposto dalle Corti nazionali di esaminare nel merito il ricorso dei coniugi Koch costituisce un'illegittima interferenza col diritto al rispetto della vita privata e familiare e integra una violazione dell'art. 8 CEDU, impregiudicata ogni valutazione sulla fondatezza o meno di tale ricorso, che sarebbe spettata in prima battuta proprio ai giudici nazionali²⁸⁹.

Quanto agli aspetti sostanziali, la Corte richiama in due principi cardine nella propria giurisprudenza: da un lato quello di *sussidiarietà*,²⁹⁰ in base al quale, per il funzionamento del meccanismo di protezione costruito dalla Convenzione europea, è fondamentale che siano gli stessi ordinamenti nazionali a giudicare in prima istanza il merito delle pretese del ricorrente; dall'altro la *dottrina del margine d'apprezzamento*,²⁹¹ anche tenendo conto della notevole difformità tra le discipline dei diversi Stati del Consiglio d'Europa riguardo al diritto dell'individuo di decidere sulla fine della propria vita. In ottemperanza a tali principi, la Corte decide di limitarsi all'esame degli aspetti procedurali dell'art. 8, senza affrontarne gli aspetti sostanziali.

²⁸⁷ *Ivi*, § 44.

²⁸⁸ *Ivi*, § 53.

²⁸⁹ *Ivi*, §§ 54, 68; C. PARODI, *Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva*, cit.

²⁹⁰ *Ivi*, § 71.

²⁹¹ *Ivi*, § 70.

3.4 *Gross c. Svizzera*

Il caso *Gross*²⁹² verte su una vicenda di suicidio assistito, scelta di una persona in grado di intendere e di volere e non affetta da alcuna malattia terminale di porre fine alla propria vita, che richiede assistenza medica attraverso la somministrazione di una sostanza letale²⁹³. La signora Gross, una cittadina svizzera di ottant'anni, non riuscendo ad accettare il decadimento delle proprie capacità fisiche e mentali legato all'invecchiamento, decide di porre fine alla sua vita. Fallisce un primo tentativo di suicidio, e sceglie allora di ricorrere a una sostanza letale per realizzare il suo proposito. La legislazione svizzera in materia di somministrazione di sostanze letali e assistenza al suicidio può essere così riassunta: Il codice penale svizzero incrimina l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio se ed in quanto tali fatti siano commessi per motivi esecrabili, non compassionevoli ovvero per motivi egoistici; il diritto vivente applica questo dato normativo orientandosi ad escludere dall'ambito della incriminabilità la somministrazione di farmaci idonei a cagionare la morte sulla base di una regolare prescrizione medica; il codice deontologico sanitario, vale a dire le linee guida dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, individua le condizioni a fronte delle quali il personale medico può effettuare la prescrizione, ammettendo la possibilità per questi di aiutare il suicidio dei pazienti nella fase terminale della loro malattia – e quindi anche di prescrivere la somministrazione di sostanze letali – quando la sofferenza sia diventata intollerabile, e il malato esprima una volontà in tal senso²⁹⁴. Dopo aver ottenuto risposta negativa da diversi medici, che non prescrivono alla signora Gross la sostanza poiché non soffre di alcuna malattia, e giudicate legittime queste scelte dall'autorità giudiziaria elvetica in quanto si rivolge alla Corte europea, lamentando una violazione dell'art. 8 CEDU.

In primo luogo la Corte ribadisce il diritto di un individuo di scegliere a che punto e in che modo porre fine alla propria vita sia uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 CEDU; ribadisce inoltre che interferenze dell'autorità pubblica ai sensi del primo paragrafo dell'art. 8 devono essere

²⁹² Corte EDU, 14.05.2013, *Gross c. Svizzera*, ric. n. 67810/10, in hudoc.echr.coe.int;

²⁹³ Cfr. D. FALCINELLI, *Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, p. 290 s.

²⁹⁴ C. PARODI, *Una corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in tema di suicidio assistito*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2013.

giustificate ai sensi del secondo, in quanto conformi a legge e necessarie in una società democratica.²⁹⁵ Quindi i giudici osservano che in Svizzera le condizioni alle quali le sostanze letali possono essere prescritte - e dunque le restrizioni al diritto riconosciuto in linea di principio dall'art. 8 CEDU - sono contenute in una fonte non legale e proveniente da un'organizzazione non governativa. Oltretutto tali linee guida sono applicabili solo ai pazienti in cui sia iniziato il processo mortale, e non prevedono il caso della ricorrente – chiaramente non affetta da malattia mortale – né vi sono altre fonti che prevedano se e al ricorrere di quali circostanze il medico possa effettuare la prescrizione di sostanze letali a soggetti non affetti da malattia mortale. La Corte considera che «è probabile che tale lacuna determini un effetto intimidatorio (*chilling effect*) sui dottori, che altrimenti sarebbero propensi a concedere a qualcuno come la ricorrente la prescrizione medica richiesta»²⁹⁶, e afferma che sicuramente dalla mancanza di chiarezza è derivata una sofferenza per la signora Gross. Infine conclude che «la legge svizzera, mentre ammette la possibilità di ottenere una dose letale di sodio pentobarbitale su prescrizione medica, non fornisce sufficienti linee guida che assicurino chiarezza sull'estensione di tale diritto. Conformemente vi è stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione relativamente a tale aspetto»²⁹⁷.

Quanto alla sostanza della richiesta della sostanza letale da parte della ricorrente, analogamente al caso Koch la Corte richiama il principio di sussidiarietà, ribadendo che nell'impianto di protezione stabilito dalla Convenzione è fondamentale che siano gli stessi Stati nazionali a porre rimedio alle violazioni delle previsioni ivi contenute, esercitando la Corte solo un ruolo di supervisione²⁹⁸. Ciò considerato, spetta primariamente all'autorità nazionale stabilire se e a quali condizioni una persona nelle condizioni della ricorrente possa essere autorizzata all'acquisto di una dose di sostanza letale per porre termine alla propria vita. Pertanto la Corte si limita a concludere che l'assenza di disposizioni chiare e comprensive viola il diritto della ricorrente al rispetto della vita privata *ex art. 8*, senza spingersi in nessun modo a prendere posizione sul contenuto sostanziale di tali linee guida.

²⁹⁵ Corte EDU, *Gross c. Svizzera*, § 58 ss.

²⁹⁶ *Ivi*, § 65.

²⁹⁷ *Ivi*, § 67.

²⁹⁸ *Ivi*, § 68.

È opportuno sottolineare che la decisione di violazione dell'art. 8 CEDU viene assunta a stretta maggioranza di tre voti a quattro. Secondo ragionamento seguito nella *dissenting opinion* dai tre giudici dissenzienti, le condizioni richieste dall'ordinamento svizzero per la prescrizione di una sostanza letale sono sufficientemente chiare, per cui non vi sarebbe violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto la normativa statale, in piena armonia con il margine d'apprezzamento che la giurisprudenza convenzionale riconosce agli Stati in materia, non riconosce tale diritto a soggetti che non siano in una fase terminale della loro malattia²⁹⁹.

La *Grand Chamber*, chiamata in seguito a pronunciarsi sull'appello promosso dal governo svizzero contro la sentenza,³⁰⁰ dichiara il ricorso inammissibile *ex art. 35 § CEDU* in quanto abusivo, avendo la ricorrente indotto in errore la medesima Corte su una circostanza essenziale ai fini dell'esame del ricorso stesso³⁰¹. Infatti la ricorrente già in data 24 ottobre 2011 aveva ottenuto la prescrizione medica del farmaco letale e il 10 novembre 2011 aveva posto fine alla propria vita assumendo la sostanza prescritta, omettendo di comunicare le proprie intenzioni al difensore nel timore che ne sarebbe conseguito l'arresto del procedimento, della cui prosecuzione avrebbero beneficiato tutte le persone che si trovano nelle medesime condizioni. La *Grand Chamber*, pur premettendo di ritenere comprensibile la condotta della ricorrente per l'eccezionalità della situazione in cui versava, tuttavia la ritiene abusiva e accoglie l'obiezione del Governo svizzero.

3.5 *Lambert e Altri c. Francia*

Il caso *Lambert* riguarda la decisione sull'interruzione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiali che mantengono in vita un uomo in stato vegetativo con danni cerebrali irreversibili.³⁰² In questi casi, la cd. "legge Leonetti" del 2005,³⁰³

²⁹⁹ C. PARODI, *Una corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in tema di suicidio assistito*, cit.

³⁰⁰ Corte EDU, 30.9.2014, *Gross c. Svizzera*, ric. n. 67810/10, in *hudoc.echr.coe.int*.

³⁰¹ P. CONCOLINO – M. C. UBIALI, *Monitoraggio Corte EDU settembre 2014*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 gennaio 2015.

³⁰² Per una analisi approfondita del caso si veda: C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 489 ss.

attualmente vigente in Francia, vieta che le cure approntate ai malati possano giungere a diventare un'*ostinazione irragionevole* («*obstination déraisonnable*»), permettendo l'interruzione o la non attivazione di «trattamenti considerati inutili e sproporzionati o di quelli aventi il solo effetto di mantenere artificialmente la vita». Il *code de la santé publique* specifica che, se per i pazienti coscienti è legittimo rifiutare le cure anche quando da ciò derivi la morte, per coloro che non sono in grado di esprimere la loro volontà, la limitazione o la sospensione del trattamento suscettibile di mettere in pericolo la vita di un paziente è necessaria una procedura collegiale, al termine della quale è nella facoltà del medico responsabile delle cure decidere se proseguire o meno con i trattamenti di sostegno vitale. Nel caso di Lambert, espletata la procedura, il medico responsabile decide di interrompere nutrizione e idratazione, decisione che i genitori ed alcuni familiari di Lambert impugnano adiscono il Tribunale amministrativo di *Châlons-en-Champagne*, ottenendo il 16 gennaio 2014 una sentenza che, al contrario, ha affermato che la decisione del medico costituisce un attentato grave e manifestamente illegale alla vita del soggetto e che il trattamento non è né inutile né sproporzionato; in seguito la moglie e l'ospedale di Reims, ricorrono al *Conseil d'État*, il quale il 24 Giugno 2014 riforma la decisione del tribunale amministrativo e dichiara legittima la decisione di porre fine all'alimentazione e all'idratazione dell'uomo. Contro questa decisione i genitori e alcuni familiari di Lambert presentano infine ricorso alla Corte di Strasburgo..

Preliminarmente v'è detto che il giudizio della Corte³⁰⁴ si limita alla compatibilità con l'art. 2 della Convenzione, essendo gli altri parametri indicati dai ricorrenti (art. 8 sul rispetto della vita privata e familiare e art. 6 sul diritto a un equo processo) ritenuti il primo assorbito e il secondo manifestamente infondato³⁰⁵. In relazione ad essa, la questione attiene all'accertamento del fatto che la procedura collegiale francese fosse in linea con l'obbligo positivo da parte degli Stati di adottare gli strumenti più appropriati per salvaguardare la vita dei propri cittadini. In primo luogo i giudici ribadiscono ancora una volta la concessione agli Stati nazionali di un margine di

³⁰³ Legge n. 2005-370, 22 aprile 2005, «*relative aux droits des malades et à la fin de vie*», che ha apportato modifiche al *Code de la Santé publique*.

³⁰⁴ Corte EDU, 5.6.2015, *Lambert e altri c. Francia*, ric. n. 46043/14, in *hudoc.echr.coe.int*.

³⁰⁵ G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw Journal*, 2015, p. 172;

apprezzamento particolarmente ampio nelle materie più sensibili, come quelle legate al biodiritto, pur sottolineando che tali confini di discrezionalità non sono illimitati³⁰⁶. Pertanto si ritiene quindi legittimo che i medici pongano sia la volontà del malato sia il carattere proporzionato o futile dell'intervento alla base della decisione di proseguire o interrompere la nutrizione e idratazione artificiali. La Corte ritiene poi che sia la disciplina legislativa francese, così come interpretata dal *Conseil d'État*, sia il processo che ha condotto alla decisione di interrompere i trattamenti salva vita siano da ritenere compatibili con l'articolo 2 della Convenzione. Quanto alla disciplina prevista dal *code de la santé publique*, la Corte ritiene che sia sufficientemente chiara e dettagliata nel porre le misure più opportune per tutelare la vita dei malati, sottolineando come la condizione di incapacità o di dipendenza dei malati non costituisca di per sé una ragione per l'interruzione dei trattamenti, e come il dubbio sulle volontà dell'incapace non sia considerato quale rifiuto degli stessi.³⁰⁷ Quanto all'applicazione in concreto della procedura, i giudici rilevano che l'incaricato della decisione abbia seguito scrupolosamente i dettami della legge, assumendo semmai una serie di precauzioni ulteriori (come quella di consultare sei colleghi anziché i due previsti), e coinvolgendo i parenti nel procedimento³⁰⁸. Da ultimo, la Corte rileva come il sistema francese presenti un sistema di rimedi giurisdizionali, sia in termini cautelari che di giudizio nel merito, certamente in grado di soddisfare gli standard posti dalla Convenzione, giudicando positivamente il fatto che il *Conseil d'État* abbia giudicato nella composizione collegiale plenaria e abbia proceduto ad una numerosa serie di audizioni di carattere giuridico, etico e clinico. Su queste basi la Corte conclude che le autorità francesi hanno rispettato i loro obblighi positivi derivanti dall'art. 2 della Convenzione, in virtù del margine di apprezzamento a loro concesso nel caso specifico.

³⁰⁶ Corte EDU, *Lambert e altri c. Francia*, cit., § 144 ss.; *Ivi*, § 148: «Accordingly, the Court considers that in this sphere concerning the end of life, as in that concerning the beginning of life, States must be afforded a margin of appreciation, not just as to whether or not to permit the withdrawal of artificial life-sustaining treatment and the detailed arrangements governing such withdrawal, but also as regards the means of striking a balance between the protection of patients' right to life and the protection of their right to respect for their private life and their personal autonomy [...]. However, this margin of appreciation is not unlimited [...] and the Court reserves the power to review whether or not the State has complied with its obligations under Article 2».

³⁰⁷ *Ivi*, § 159.

³⁰⁸ *Ivi*, § 166.

È opportuno infine fare riferimento alla *dissenting opinion* di cinque giudici sui diciassette della *Grand Chamber*, secondo cui le operazioni di alimentazione e idratazione artificiale sarebbero gli strumenti ordinari e sempre proporzionati attraverso cui gli Stati dovrebbero in ogni caso adempiere all'obbligo positivo di preservare la vita delle persone incapaci. Tale obbligo potrebbe essere superato solo nel caso in cui la volontà del malato sia espressa in modo assolutamente certo e in forma specifica, condizioni entrambe assenti nel caso Lambert³⁰⁹.

³⁰⁹ Per un approfondimento della (criticata) opinione dissenziente si veda: C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, cit., p. 499 s.

CAP. IV

PRATICHE DI FINE VITA NEL SISTEMA TEDESCO

1. Struttura giuridica del trattamento medico di fine vita

Per il trattamento medico di un paziente in stato terminale valgono gli stessi principi applicabili a qualsiasi altro trattamento medico³¹⁰. Obblighi e diritti del medico relativi al trattamento risultano prima di tutto dal contratto con il paziente (*Behandlungsvertrag*), previsto al § 630a BGB, che costituisce fondamento necessario del trattamento medico e che in particolare definisce la finalità terapeutica (*Behandlungsziel*). Tuttavia non rappresenta condizione sufficiente alla legittimazione della moltitudine di misure cliniche che si collocano nel quadro del trattamento medico, essendo necessarie ulteriori condizioni per ciascuna di esse: che ogni misura clinica sia indicata al perseguimento della finalità terapeutica (cfr. § 1901b, comma 1, BGB); che sussista il consenso informato del paziente (§ 630d, comma 1, BGB); che venga eseguita *lege artis* (630a, comma 2, BGB)³¹¹.

La struttura dialogica del procedimento si esprime nell'obbligo del medico di coinvolgere continuamente il paziente e informarlo sul peso e sulla portata di ciascun passo terapeutico da lui proposto (630c, comma 1 e 2, BGB). Questa competenza fattuale si riflette sulla responsabilità giuridica: il medico risponde ai sensi del § 630a, comma 2, BGB degli esami, diagnosi e della determinazione dell'indicazione medica in considerazione della finalità del trattamento stabilita di concerto con il paziente, che deve a tal fine di volta in volta essere informato (§ 630e BGB). Il paziente, in base alle sue idee e preferenze sceglie da parte sua se prestare consenso o meno a una determinata misura clinica (630d, comma 1, BGB). In capo al medico non sussiste quindi alcun diritto autonomo di eseguire il trattamento: ogni misura clinica presuppone il consenso informato del paziente, rappresentando essa un'intrusione nell'integrità fisica e psichica del paziente e concernendo la sua autonomia (§§ 630d, comma 2, e 630e, commi da 1 a 3, BGB). Il paziente può rifiutare l'atto medico in

³¹⁰ V. LIPP, „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2004, p. 318.

³¹¹ La disciplina odierna corrisponde ai principi riconosciuti di diritto medico. V. A. LAUFS – B. R. KERN, *Handbuch des Arztrechts*, C.H. Beck, 2010, § 6.

qualsiasi momento, e può revocare il proprio consenso anche dopo l'inizio del trattamento (§ 630d, comma 3, BGB). In tal caso medico, personale di cura e clinica devono dar seguito alla richiesta del paziente, indipendentemente dal fatto che, dal punto di vista clinico, si ritenga la decisione ragionevole o irragionevole³¹². L'autonomia del paziente non è, di conseguenza, altro che una declinazione del diritto all'autodeterminazione del paziente (*Selbstbestimmungsrecht*) sulla propria persona e sulla propria integrità fisica nel quadro del trattamento medico. Infine è da sottolineare che una rinuncia alla revoca è esclusa dal rilievo personale del consenso³¹³.

Questa struttura giuridica fondamentale del trattamento medico-chirurgico viene trascurata da chi si chieda se la rinuncia o interruzione del trattamento sia ammissibile, o voglia bilanciare protezione della vita e diritto all'autodeterminazione. In questo modo si trasforma l'onere di legittimazione nel suo contrario: poiché è l'accettazione del *trattamento* (e non la rinuncia), e la sua *prosecuzione* (e non la sua interruzione) a esigere il consenso del paziente³¹⁴.

2. I tipi di eutanasia

2.1 Accenni sulla impostazione tradizionale

Come nell'ordinamento italiano, anche in quello tedesco si riscontrano ancora molte incertezze riguardo all'applicazione del diritto penale nel campo delle pratiche di fine vita³¹⁵, che, da un lato, sono documentate regolarmente dagli studi empirici relativi alle difficoltà di inquadramento giuridico da parte del personale sanitario delle

³¹² Come sancito più volte dal *Bundesgerichtshof*: BGH, 28 novembre 1957, 4 StR 525/57, in www.opiniojuris.de; BGH, 22 gennaio 1980, VI ZR 263/78; BGH, 24 giugno 1980, VI ZR 7/79; BGH, 07 febbraio 1984, VI ZR 174/82 in www.jurion.de; BGH, 08 giugno 2005, XII ZR 177/03, in www.openjur.de.

³¹³ E. DEUTSCHL – A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, Springer, 2014, p. 270.

³¹⁴ T. VERREL, *Gutachten C*, in *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages*, 2006, C 37 s.; BGH, 17 marzo 2003, XII ZB 2/03 in www.openjur.de; BGH, 08 giugno 2005, XII ZR 177/03, cit.; BGH, 08 maggio 1991, 3 StR 467/90, in www.jurion.de.

³¹⁵ H. FRISTER – M. LINDERMANN – A. PETERS, *Arztstrafrecht*, München, C.H. Beck, 2011, p. 98 ss.

condotte poste in essere³¹⁶, dall'altro sono state messe in evidenza in una decisione del 2005 del *Bundesgerichtshof*, dove si era sottolineato che i limiti penali a cui è soggetta l'interruzione di un trattamento c.d. salvavita non erano sufficientemente chiari³¹⁷. Con la disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (*Patientenverfügung*) entrata in vigore nel 2009³¹⁸, il legislatore ha contribuito in modo rilevante a favorire la certezza del diritto, la cui applicazione però soffre i dubbi ancora persistenti nei casi limite ricorrenti nella pratica sanitaria.

A diradare le nubi non aiuta certo la tradizionale terminologia giuridica, che distingueva tra *aktive Sterbehilfe* (eutanasia attiva) – intesa come intenzionale riduzione della vita attraverso un intervento medico, condotta penalmente rilevante ai sensi dei §§ 211, 212 o 216 StGB – e *passive Sterbehilfe* (eutanasia passiva) – intesa come omissione delle misure opportune per prolungare una vita che volge al termine, condotta invece non penalmente rilevante nell'ordinamento tedesco³¹⁹. A ciò si aggiunga anche l'inquadramento giuridico, secondo l'opinione maggioritaria, della condotta di distacco del respiratore come omissione di trattamento medico ulteriore (nonostante richieda dal punto di vista fenomenologico una condotta attiva), e quindi come *passive Sterbehilfe*, secondo la teoria roxiniana dell'*omissione mediante azione* (*Unterlassen durch Tun*); mentre, la somministrazione di farmaci palliativi, che causino allo stesso tempo un accorciamento della vita del paziente, al ricorrere di determinate circostanze sarebbe da classificare non come *aktive*, ma piuttosto come *indirekte Sterbehilfe* (penalmente irrilevante). Proprio su tale differenza terminologica è intervenuto il *Bundesgerichtshof* nel caso *Putz* del 2010³²⁰, in occasione del quale, calpestando terre vergini, ha affermato che in futuro le valutazioni penalistiche delle condotte poste in essere dal personale sanitario non dovranno più dipendere dalla menzionata, finora dominante, distinzione tra azione e omissione.

³¹⁶ T. MÖLLER – B. GRABENSEE – H. FRISTER, *Passive Sterbehilfe in der Praxis – die ärztliche Entscheidung im Spiegel der Rechtslage*, *Dtsch. Med. Wochenschr.*, 2008, p. 1059 ss.

³¹⁷ BGH, 08 giugno 2005, XII ZR 177/03, § 19, in www.openjur.de.

³¹⁸ *Dritter Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*, la terza legge di riforma del diritto tutelare, del 29 luglio 2009 entrata in vigore l'1 settembre 2009. Cfr. § 1901a ss. BGB

³¹⁹ Sulla distinzione tradizionale tra *aktiven* e *passiven Sterbehilfe*: C. ROXIN, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in *Handbuch des Medizinstrafrechts*, C. ROXIN – U. SCHROTH, Stuttgart, Boorberg, 2010, p. 75 ss.

³²⁰ BGH, 25 giugno 2010, 2 StR 454/09, in www.openjur.de.

Nella trattazione che segue si prenderà come punto di partenza la distinzione tra *aktive* e *passive Sterbehilfe*, secondo una ricostruzione che, tenendo conto della sopracitata sentenza del 25.6.2010, si riferisce non alla distinzione di base tra azione e omissione, ma alla *realizzazione della condotta in un contesto medico-terapeutico o alla sua estraneità ad esso*³²¹, per poi analizzare l'evoluzione giurisprudenziale e i problemi giuridici di diritto penale relativi alle pratiche di fine vita nell'ordinamento tedesco.

2.2 Reine Sterbehilfe

Non problematica è innanzitutto la valutazione penalistica del c.d. «*reine Sterbehilfe*» (eutanasia “pura”), che individua il caso in cui viene somministrato un farmaco antidolorifico che non provoca un accorciamento della vita del paziente. La condotta del medico non è punibile se somministrazione di antidolorifici corrisponde alla volontà espressamente dichiarata o presunta del paziente. La punibilità della condotta medico è in questione solo se la somministrazione avvenga contro la volontà espressa dal paziente, ai sensi del reato di lesioni corporali di cui al § 223 StGB (*Körperverletzung*), o se una cura palliativa desiderata dal paziente non venga poi effettuata, come reato omissivo ai sensi del combinato disposto dei §§ 223 e 13 StGB (*Körperverletzung durch Unterlassen*), in presenza di obbligo di garanzia; o altrimenti come omissione di soccorso ai sensi del §323c StGB (*Unterlassene Hilfeleistung*)³²².

2.3 Aktive Sterbehilfe

Il c.d. *aktive Sterbehilfe* è quello indipendente dall'esecuzione di un trattamento medico-chirurgico. La morte in questo caso non è conseguenza di un intervento medico legittimo o di una limitazione su richiesta del trattamento, ma piuttosto viene *intenzionalmente causata attraverso un decorso causale indipendente*. *L'aktive*

³²¹ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, München, C.H. Beck, 2015, p. 98 ss.

³²² C. ROXIN, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, cit., p. 85 ss.

Sterbehilfe è sempre vietato ai sensi del §216 StGB, che punisce l'omicidio su richiesta (*Tötung auf Verlangen*) – per cui chi cagiona la morte di un soggetto su *espresa e seria* richiesta di questi è punibile con una pena da sei mesi a cinque anni di reclusione³²³ – e che include dunque anche il caso in cui la condotta venga posta in essere da un medico. Il § 216 StGB è espressione del generale divieto di uccidere ed è compatibile sia con la Costituzione tedesca che con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in base alle quali non è configurabile alcun diritto soggettivo a farsi uccidere da un altro individuo³²⁴.

La tradizionale distinzione tra causare la morte del paziente (*gezielten Tötung*) e lasciarlo morire (*Sterbenlassen*) è spesso stata messa in questione, poiché la morte può essere provocata anche nel secondo caso attraverso un'omissione cosciente o persino da un intervento attivo del medico (ad es. il distacco di un impianto di respirazione o nutrimento artificiale)³²⁵. Una prospettiva puramente causale ignora infatti il punto di vista determinante per una corretta valutazione giuridica, e cioè che il paziente in questo caso muore per una propria malattia, e non a causa di un'azione esterna sul proprio corpo³²⁶. Quest'ultimo approccio è stato adottato dal *Bundesgerichtshof* nella sopracitata pronuncia del 25.6.2010³²⁷, che ha respinto la tesi per cui il confine tra rinuncia consentita ai trattamenti salvavita (*passive Sterbehilfe*) e uccisione penalmente rilevante (*aktive Sterbehilfe*) sarebbe tracciato dalla distinzione tra condotta attiva od omissiva, e ha coniato la categoria normativa del *Behandlungsabbruch* (interruzione del trattamento), che prende atto del fatto che il lasciar morire non consiste necessariamente in una condotta passiva, ma rappresenta spesso un intreccio di una pluralità di azioni e omissioni. Pertanto tale categoria «non si limita a comprendere, secondo il suo significato naturale e sociale, una mera inattività; piuttosto può abbracciare una moltitudine di condotte attive e

³²³ §216 StGB: «(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen. (2) Der Versuch ist strafbar».

³²⁴ D. DÖLLING, *Zur Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen*, in *Festschrift für Adolf Laufs*, B. R. KERN – E. WADLE – K. P. SCHROEDER – C. KATZENMEIER, 2006, p. 767 e ss.

³²⁵ In questo caso si parla in dottrina di «*technischen Behandlungsabbruch*». Sugli aspetti penalistici al riguardo cfr. C. ROXIN – U. SCHROTH, *Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, Stuttgart, Boorberg, 2001, 94 ss.

³²⁶ G. DUTTGE, *Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe*, in *Selbstbestimmung am Lebensende*, D. KETTLER – A. SIMON – R. ANSELM – V. LIPP – G. DUTTGE, Universitätsverlag Göttingen, 2006, p. 36 ss.

³²⁷ BGH, 25 giugno 2010, 2 StR 454/09, cit.

passive, il cui inquadramento secondo i criteri sviluppati dalla dogmatica e dalla giurisprudenza sulla base del delitto omissivo di cui al §13 risulta problematico, e in parte può dipendere dal puro caso. Perciò appare ragionevole e necessario comprendere ogni condotta posta in essere in rapporto a una tale interruzione del trattamento medico alla categoria normativa del *Behandlungsabbruch*, che affianca agli elementi oggettivi della condotta anche la soggettiva determinazione della finalità del trattamento da parte di chi la compie»³²⁸.

Ai fini della punibilità della condotta ai sensi del § 216 StGB, occorre quindi stabilire se essa sia stata posta in essere in rapporto a un trattamento medico del paziente, o se invece sia stata realizzata per togliere la vita *intenzionalmente e indipendentemente dalla malattia e dal trattamento medico stesso*³²⁹.

2.4 Indirekte Sterbehilfe

Quando l'eutanasia si inserisce nel quadro di un trattamento medico, si è nel campo dell'*indirekte* o del *passive Sterbehilfe*.

Per *indirekte Sterbehilfe* si intende la somministrazione di farmaci analgesici, che come effetto indiretto comporta l'accorciamento della vita del paziente. Ciò è consentito se avviene nel rispetto delle condizioni generali di legittimazione dell'attività medica, e quindi quando la somministrazione è indicata (*indiziert*) dal punto di vista medico, quando il paziente viene informato sulla possibile accorciamento della vita e presta il proprio consenso³³⁰. Ciò vale in particolare per la c.d. "sedazione palliativa" (*palliative Sedierung*³³¹) di un soggetto la cui vita è in fase terminale, come strumento di alleviamento del dolore.

L'ammissibilità di tale tipologia di *Sterbehilfe* è riconosciuta da tempo in dottrina e nella prassi medica, mentre il riconoscimento giurisprudenziale del

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 209.

³³⁰ *Ibid.*; G. DUTTGE, *Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe*, cit., p. 56 ss.

³³¹ Tale espressione ha sostituito la precedente "sedazione terminale" (*terminale Sedierung*), che favoriva l'equivoco per cui la morte del paziente sarebbe stata determinata per il tramite diretto della sedazione stessa.

Bundesgerichtshof è avvenuto per la prima volta in una pronuncia del 1996³³², in cui si afferma il principio per cui «la somministrazione medica di farmaci analgesici, corrispondente alla volontà espressa o presunta del paziente, non diventa, se eseguita su un morente, inammissibile solo per il fatto di causare l'accelerazione della morte come effetto collaterale non voluto, ma accettato in quanto inevitabile». Analogamente prevedono i principi della *Bundesärztekammer*: «nei pazienti in stato terminale la attenuazione della sofferenza può porsi in primo piano a tal punto, che un inevitabile accorciamento della vita possa essere accettato come eventualità»³³³.

Dal punto di vista del diritto penale, anche se è fondamentale pacifica la non punibilità dell'*indirekte Sterbehilfe*, tuttavia resta controverso il fondamento giuridico da cui essa deriva. Nell'ordinamento tedesco tale condotta è da ritenere, secondo l'opinione finora prevalente, *gerechtfertigte Tötung* (omicidio giustificato) ai sensi del § 34 StGB³³⁴, in base alla causa di giustificazione dello stato di necessità (*rechtfertigender Notstand*)³³⁵. Questa visione è stata criticata in dottrina, dato che appone a misure mediche ordinariamente utilizzate e clinicamente indicate lo stigma dell'omicidio, mentre, più correttamente, si dovrebbe porre l'accento sull'accorciamento della vita come effetto collaterale *non voluto* legato a una terapia clinicamente *indicata e voluta* dal paziente, nell'ambito di un "accompagnamento" del paziente verso la morte (*Sterbebegleitung*)³³⁶. Questo è il caso di molte altre misure terapeutiche che nessuno considera integranti omicidio (ad es. operazioni chirurgiche rischiose), e per cui valgono i presupposti generali dell'attività medica. La recente giurisprudenza del BGH si dirige in questa direzione, chiedendosi se la misura potenzialmente acceleratoria del decorso mortale corrisponda al consenso del paziente. Di qui si spinge tuttavia oltre, affermando che tale condotta deve essere

³³² BGH, 15 novembre 1996, 3 StR 79/96. Il caso riguardava la somministrazione a una paziente di una ingente dose di un farmaco, per provocarne una morte rapida e indolore.

³³³ Bundesärztekammer (camera dell'ordine dei medici tedesca), *Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung*, in *Deutsches Ärzteblatt*, 7. Mai 2004, 19, p. 1.

³³⁴ § 34 StGB: «Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden».

³³⁵ BGH, 15 novembre 1996, 3 StR 79/96, in *www.hrr-strafrecht.de*; BGH, 07 Febbraio 2001, 5 StR 474/00, in *www.openjur.de*; C. ROXIN – U. SCHROTH, *Medizinstrafrecht*, cit., p. 86 ss.

³³⁶ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 209.

scriminata dal consenso del paziente, che opera come causa di giustificazione³³⁷. Al riguardo si obietta, proseguendo con le argomentazioni di cui sopra, che qui non si tratterebbe di giustificazione di una possibile uccisione, ma di giustificazione di una misura clinica, dipendente dunque dai presupposti di legittimità generali dell'attività medica: e quindi dall'indicazione clinica e dal consenso informato del paziente (o del suo rappresentante), che deve coprire anche il rischio di accorciamento delle prospettive di vita e gli effetti collaterali.

2.5 *Passive Sterbehilfe*

Per *passive Sterbehilfe* si intende la rinuncia a un trattamento medico “salvavita” (*lebenserhaltende oder lebensrettende ärztliche Maßnahme*), che comporta un mutamento della finalità del trattamento medico (*Änderung des Behandlungsziels*)³³⁸: al posto dello scopo del prolungamento e mantenimento della vita del paziente si sostituisce quello del c.d. *Sterbebegleitung*, cioè di “accompagnamento” del paziente nella fase terminale della vita, attraverso cure palliative mirate a migliorare la qualità complessiva della vita dello stesso. Oggetto della rinuncia è quindi unicamente l'applicazione di determinate cure volte al mantenimento in vita, ma non in generale al trattamento medico del paziente, tanto che in questi casi si parla anche di *Behandlungsbegrenzung* (“limitazione del trattamento medico”)³³⁹. Di fronte a ciò viene criticata in dottrina la scelta concettuale compiuta dal BGH nella decisione del 25.6.2010, in cui alla definizione di «*passive Sterbehilfe*» si sostituisce quella di «*Behandlungsabbruch*» (interruzione del trattamento), concetto che riassume in sé l'eutanasia per omissione, delimitazione o cessazione di un trattamento medico già iniziato. Tale scelta terminologica viene criticata sotto due aspetti: in primo luogo, come già evidenziato, non vi è alcuna rinuncia complessiva al trattamento medico, ma solo quella a determinate misure “salvavita”; in secondo luogo, secondo tale

³³⁷ BGH, 25 giugno 2010, 2 StR 454/09, cit.

³³⁸ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 210.

³³⁹ FRISTER – LINDERMANN – PETERS, *Arztstrafrecht*, cit., p. 100

ricostruzione, si può interrompere solo un trattamento medico già cominciato, altrimenti trattandosi di rinuncia³⁴⁰.

L'interruzione del trattamento medico avviene per il tramite di condotte commissive (ad es. spegnere un macchinario, bloccare l'afflusso di liquidi, ecc.), e tale natura positiva della condotta rappresenta il problema della disciplina penalistica dell'eutanasia passiva. Secondo l'impostazione tradizionale dell'omissione mediante azione (*Unterlassung durch Tun*)³⁴¹, che distingue tra significato fenomenologico e significato normativo del fatto, il fondamento della non punibilità dell'interruzione del trattamento medico era rinvenibile già sul piano della fattispecie, attraverso l'equiparazione tra il rifiuto originario del trattamento e la sua mancata prosecuzione: la condotta (fenomenologicamente attiva) del distacco del respiratore veniva inquadrata dal punto di vista giuridico come *omissione di trattamento ulteriore*.³⁴² L'individuazione di un'omissione neutralizza l'incriminazione del §216 StGB, risultando la posizione di garanzia dell'omittente disattivata dal dissenso al trattamento espresso dal paziente, e quindi dall'impossibilità materiale di procedere al comportamento giuridicamente doveroso.

Con la teoria del *Behandlungsabbruch* si verifica un cambio di prospettiva: Il fondamento della non punibilità dell'interruzione del trattamento viene infatti individuato nel *consenso scriminante*, la cui presenza coprirebbe sia il comportamento attivo che quello omissivo. In sostanza, il *Behandlungsabbruch* viene costruito come *eccezione all'indisponibilità della vita sancita dal §216 StGB*. A suo fondamento viene posta l'esigenza di unità dell'ordinamento giuridico, che al potenziamento dell'autonomia del paziente avvenuto con la nuova disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento deve far seguire una omogenea valutazione per il diritto penale. Per l'efficacia di tale eccezione, il *Bundesgerichtshof* pone quattro condizioni: 1) l'interessato deve essere in pericolo di vita a causa di una malattia; 2) il consenso si deve riferire a un trattamento medico; 3) si deve trattare di «lasciar scorrere» un processo patologico naturale, in modo che la vita del paziente venga

³⁴⁰ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 210.

³⁴¹ C. ROXIN, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, cit., p. 95

³⁴² *Ibid.*: «Secondo il suo significato sociale, il fatto si presenta come cessazione del trattamento e dunque come omissione di ulteriori attività. Il confine tra eutanasia attiva punibile ed eutanasia passiva non punibile non va pertanto tracciato naturalisticamente, sulla base dell'esecuzione o non esecuzione di movimenti fisici, rilevando invece, su un piano normativo, se l'attività sia da intendere come cessazione del trattamento».

meno per il decorso della malattia e non per mezzo di un intervento intenzionale mirato 4) l'interruzione deve essere eseguita dal medico, dal fiduciario del paziente, dai loro delegati o dai loro ausiliari³⁴³.

2.5.1 Limiti penalistici alla "limitazione del trattamento medico"

Sin dalla metà degli anni Ottanta, con la pronuncia del 1984 sul caso *Wittig*³⁴⁴, il *Bundesgerichtshof* riconosce l'assenza di un dovere giuridico di prolungamento della vita, adempiuto solo perché tecnicamente possibile: «Non sussiste alcun obbligo giuridico di conservazione ad ogni costo di una vita che si spegne. Le misure per il prolungamento della vita non sono indispensabili solo perché tecnicamente possibili». Pertanto «il limite dell'obbligo di trattamento medico è determinato non dall'efficienza delle apparecchiature, ma piuttosto da una decisione nel caso concreto orientata *al rispetto per la vita e per la dignità umana*». La Corte federale identifica nel consenso del paziente la leva giuridica per la non punibilità sia del *lasciar morire* – dove sostanzialmente la morte è conseguenza del decorso naturale degli eventi³⁴⁵ –, che dell'*aiuto alla morte*³⁴⁶. Salvo alcune minori sfumature problematiche concernenti l'interruzione delle cure contro il volere del paziente, oppure con il suo consenso attuale, la pienezza delle questioni interpretative è collocata nelle ipotesi in cui il paziente non è più capace di esprimere una volontà terapeutica *hic et nunc*.

³⁴³ BGH, 25 giugno 2010, 2 StR 454/09, cit.

³⁴⁴ BGH, 04 luglio 1984, 3 StR 96/84, in *www.opiniojuris.de*. Il caso riguardava il suicidio di una paziente settantaseienne gravemente malata, la cui volontà di vivere era venuta meno a seguito della scomparsa del marito. La volontà di rifiutare ogni trattamento medico e di «morire di una morte dignitosa» era stata esplicitamente dichiarata per iscritto dalla paziente. Il medico aveva tentato inutilmente di distoglierla dal proposito. In occasione di una visita a domicilio di sua spontanea volontà, il medico entra in casa della paziente, trovandola in fin di vita per overdose di farmaci, e stabilisce che non sarebbe stato possibile salvarla senza provocarle gravi danni permanenti. Nelle mani della paziente trova una lettera a lui direttamente rivolta, in cui viene ribadito il proposito di morire. Date le circostanze e la volontà della paziente, decide di non intervenire e resta nell'appartamento fino alla morte della stessa. Il *Landgericht* Krefeld assolve il medico respingendo il ricorso dell'avvocatura di stato. Tuttavia il BGH ha ritenuto che la posizione di garanzia che obbliga il medico a impedire la morte del paziente non può essere disattivata dal volere suicida del paziente, dato che costui una volta salvato potrebbe pentirsi del gesto. L'assoluzione del medico nel caso concreto fu possibile solo considerando il fatto che, se fosse stata salvata, le funzioni vitali della donna sarebbero state gravemente compromesse.

³⁴⁵ «[...]dem Sterbenden seinen natürlichen Verlauf zu lassen», BGH, 8 maggio 1991, 3 StR 467/90, in *www.jurion.de*.

³⁴⁶ Concetto di «*Beistand im Sterben*» utilizzato in: LG Ravensburg, 03 dicembre 1986, 3 KLS 31/86, in *www.jstor.org*.

Il primo *Senat* penale del BGH nel caso *Kempten* del 1994³⁴⁷ ha introdotto la distinzione tra i due gruppi casistici del *passive Sterbehilfe*, circoscrivendo la fase terminale in cui il medico può rinunciare a trattamenti salvavita in conformità con linee direttive redatte dalla *Bundesärztkammer*³⁴⁸, al sussistere di tre condizioni:

- che la malattia sia in stato *irreversibile*;
- che il decorso mortale sia stato *accettato* dal paziente;
- che la morte avvenga verosimilmente in un *tempo breve*.

In questi casi la Corte parla di eutanasia passiva in senso stretto (*Hilfe beim Sterben*): qui il mantenimento in vita del paziente *non è più indicato dal punto di vista clinico*, ed ad esso si sostituisce il sopracitato “*accompagnamento*” del paziente nella fase terminale. Se il medico omette una misura salvavita, non sussiste omicidio, essendo mutato il contenuto dell’obbligo di cura, ora consistente in un “aiuto nel morire”. Tale trasformazione della finalità del trattamento medico deve comunque essere discussa tra medico e paziente secondo i principi generali. La decisione contro la esecuzione o prosecuzione di una misura salvavita si fonda *dunque sul mutamento della finalità del trattamento* o sulla *manca di indicazione clinica*, e non sul rifiuto opposto dal paziente.

L’eutanasia passiva in senso lato (*Hilfe zum Sterben*), rappresenta invece la situazione in cui l’affezione lascia un’aspettativa di vita non irrisoria, in cui il medico consideri una misura clinicamente indicata, nel quadro della finalità fissata insieme al paziente. In tal caso spetta a quest’ultimo decidere se e come vuole essere sottoposto al trattamento: qualora lo rifiuti o revochi il proprio consenso, il medico non può eseguire la misura; se il paziente muore in conseguenza della non esecuzione, non sussiste omicidio, dato che il medico non poteva agire diversamente. In questo caso si tratta di “aiuto a morire” (*Hilfe zum Sterben*), in cui la non esecuzione della misura si fonda *sul mancato consenso del paziente*, e che costituisce nient’altro che il riflesso del diritto di autodeterminazione dello stesso. Anche tale seconda situazione è ritenuta nella pronuncia della Corte espressamente ammissibile: «in questo caso il processo mortale ancora non è iniziato. La paziente E. era – a parte la necessità di

³⁴⁷ BGH, 13 settembre 1994, 1 StR 357/94, in www.hrr-strafrrecht.de.

³⁴⁸ Cfr. *Bundesärztekammer, Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis*, in *Deutsches Ärzteblatt* 2013, A 1585.

nutrizione artificiale – dotata delle funzioni vitali [...]. Un'eutanasia passiva in senso stretto pertanto non sussiste. Piuttosto si tratta di un'interruzione di una singola misura salvavita. Anche se tale processo è indicato in dottrina già come eutanasia passiva in senso lato ("*Hilfe zum Sterben*"), e una simile interruzione di trattamento è da ritenere, in presenza della volontà del paziente, come espressione della propria generale libertà di scelta e del diritto di integrità fisica (Art. 2, comma 2 GG) [...], non di meno sono da applicarsi i presupposti più stringenti, specialmente in confronto all'eutanasia passiva in senso stretto, previsti per la volontà presunta». La differenza tra *Hilfe beim Sterben* nella fase terminale, così come definita nella sentenza *Kempton*, e *Hilfe zum Sterben*, in tutti gli altri casi, sta quindi nel diverso fondamento della rinuncia della misura clinica: nel primo caso nel mutamento della finalità terapeutica e nel fatto che la misura salvavita non è più clinicamente indicata; nel secondo caso nel mancato consenso del paziente.

I criteri posti nel caso *Kempton* per la delimitazione della fase terminale della malattia sono stati malintesi da una pronuncia del 2003 del XII *Senat* civile³⁴⁹ del *Bundesgerichtshof*, che li ha intesi come limite oggettivo di diritto penale per l'ammissibilità dello *Sterbehilfe*. La Corte afferma *obiter dictum* che una rinuncia di misure salvavita sarebbe ammissibile, e non integrerebbe dunque da parte del medico la fattispecie di omicidio su richiesta ai sensi del §216 StGB, soltanto qualora il processo degenerativo a carattere terminale si fosse già irreversibilmente avviato. Tuttavia un tale limite non può essere dedotto dal diritto penale, né tantomeno era stato disposto dal primo *Senat* penale. Inoltre rappresenterebbe un'intromissione anticostituzionale nel diritto di autodeterminazione del paziente, poiché questi sarebbe sottoposto coattivamente a un trattamento medico contro la propria volontà³⁵⁰. In una successiva decisione del 2005³⁵¹, il XII *Senat* civile abbandona la precedente, criticata e inesatta impostazione, definendo i limiti penali dello *Sterbehilfe* in senso stretto come «non sufficientemente chiariti».

³⁴⁹ BGH, 17 marzo 2003, XII ZB 2/03, in *www.openjur.de*.

³⁵⁰ F. HUFER, *Zum neuen Sterbehilfe-Beschluss des BGH*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003, p. 248.

³⁵¹ BGH, 08 giugno 2005, XII ZR 177/03, cit.

La questione è stata chiarita infine per via legislativa³⁵²: Secondo il § 1901a, comma 3, BGB, che stabilisce che la volontà del paziente deve essere osservata dal suo rappresentante *independentemente dal tipo o dallo stadio della malattia*³⁵³. Una rinuncia ad una misura salvavita, che sia opportuna dal punto di vista clinico (quando si tratti quindi di *Hilfe zum Sterben*, cioè di eutanasia passiva in senso lato) è dunque ammissibile anche al di fuori della fase terminale, così come definita nel caso *Kempten*, qualora la prosecuzione del trattamento non corrisponda alla volontà del paziente.

È opportuno sottolineare che la riforma del 2009 in realtà non ha introdotto alcuna regolamentazione di diritto penale, ma ha solo modificato la disciplina del diritto tutelare³⁵⁴. Secondo l'intenzione del legislatore, doveva essere messa in chiaro non solo la assoluta osservanza della volontà del paziente nei confronti del proprio rappresentante, ma anche *nel rapporto con il medico*, come confermato anche dal progetto di legge stesso³⁵⁵. Il secondo *Senat* del BGH³⁵⁶ ha in seguito, già poco tempo dopo l'entrata in vigore della riforma, ripreso tale argomento, attribuendo alla disciplina efficacia anche per il diritto penale. Un'ulteriore conferma di tale impostazione si è avuta da parte del legislatore, con la legge sui diritti del paziente

³⁵² Con la riforma della disciplina del rapporto fiduciario del 2009 (*Dritter Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*), cit.

³⁵³ § 1901a BGB: «(1) Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Eine Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden.

(2) Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung des Betreuten.

(4) Niemand kann zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden. Die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf nicht zur Bedingung eines Vertragsschlusses gemacht werden.

(5) Die Absätze 1 bis 3 gelten für Bevollmächtigte entsprechend.»

³⁵⁴ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 214.

³⁵⁵ *Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts*, BT-Drs. 16/8442, p. 16 ss.

³⁵⁶ BGH, 25 giugno 2010, 2 StR 454/09, cit.; BGH, 10 novembre 2010, 2 StR 320/10.

del 2013³⁵⁷, che ha introdotto il § 630d BGB³⁵⁸, che stabilisce al comma 1 che «se il paziente è incapace di esprimere il consenso, è da acquisire quello di un soggetto a tal fine autorizzato, sempre che una disposizione del paziente ai sensi del § 1901a, comma 1, permetta o escluda il trattamento». Tale disposizione conferma espressamente la vincolatività anche per il medico della volontà espressa dal paziente.

3. Il suicidio assistito: il nuovo § 217 StGB

La legge “sulla punibilità dell’agevolazione commerciale del suicidio”, entrata in vigore il 10.12.2015³⁵⁹, ha cambiato in modo determinante la situazione giuridica in materia di *assizierter Suizid*, introducendo al nuovo § 217 StGB una forte delimitazione legale della non punibilità dell’aiuto al suicidio. Fino ad allora tutte le forme di aiuto al suicidio, anche commerciali, erano infatti, in assenza di una corrispondente disciplina, non punibili. Con la nuova legge, nonostante le aspre critiche³⁶⁰, è stato reso punibile il cosiddetto *aiuto al suicidio “commerciale”* (*geschäftsmäßig*): il § 217 StGB prevede che «chiunque, con l’intenzione di favorire l’altrui suicidio, ne offre, procura o trasmette l’opportunità commerciale, anche in forma di intermediazione, è punito con pena detentiva fino a due anni o con pena pecuniaria. In qualità di compartecipe è esente da pena chi agisca in modo non

³⁵⁷ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten del 20.02.2013, ed entrata in vigore il 26.02.2013.

³⁵⁸ § 630d BGB: (1) Vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist der Behandelnde verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen. Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Absatz 1 Satz 1 die Maßnahme gestattet oder untersagt. Weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften bleiben unberührt. Kann eine Einwilligung für eine unaufschiebbare Maßnahme nicht rechtzeitig eingeholt werden, darf sie ohne Einwilligung durchgeführt werden, wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

(2) Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt voraus, dass der Patient oder im Fall des Absatzes 1 Satz 2 der zur Einwilligung Berechtigte vor der Einwilligung nach Maßgabe von § 630e Absatz 1 bis 4 aufgeklärt worden ist.

(3) Die Einwilligung kann jederzeit und ohne Angabe von Gründen formlos widerrufen werden.

³⁵⁹ Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, del 03.12.2015, entrata in vigore il 10.12.2015.

³⁶⁰ Cfr. la risoluzione di 141 professori di diritto penale, in data 15.4.2015, contro il progetto governativo di restrizione della disciplina dell’aiuto a morire, in www.idw-online.de.

commerciale e sia o parente della persona favorita di cui al comma 1, oppure legata a essa da stretti rapporti»³⁶¹.

La norma, come messo in evidenza nel progetto di legge, è stata introdotta per limitare sia l'attività di associazioni che professionalmente gestivano forme di suicidio assistito in Germania (come ad es. la “*Sterbehilfe Deutschland e.V.*”), e in particolare per evitare che tali associazioni trasformassero il proprio campo di attività del suicidio assistito in una «normale prestazione di servizi dell'assistenza sanitaria», o in «una normale opzione terapeutica»³⁶², e che persone malate o anziane si sentissero, direttamente o indirettamente, spinti al ricorso a tali misure solo perché ritenessero di essere un peso per qualcun altro³⁶³. Vengono quindi criminalizzate solo le «forme organizzate di suicidio assistito», e non anche le forme di aiuto al suicidio «che venga concesso nel caso concreto in una difficile situazione di conflitto». Nel progetto di legge si sottolinea infatti che un totale divieto penale dell'aiuto al suicidio, così come previsto da altri Stati europei, sarebbe difficilmente conciliabile con i valori fondanti l'ordinamento costituzionale, né è politicamente voluto³⁶⁴. Allo stesso tempo viene prevista una disciplina speciale, che chiarisce che parenti o persone comunque legate da stretti rapporti con il suicida non sono punibili in quanto compartecipi, qualora non agiscano in modo commerciale.

3.1 Elemento oggettivo

3.1.1 Il suicidio

Il comma 1 prevede come presupposto oggettivo della fattispecie di reato solo condotte che hanno l'effetto di *agevolare il suicidio*. Quando invece la morte sia causata direttamente da un terzo, le condotte di istigazione e concorso sono punibili

³⁶¹ §217 StGB: 1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

³⁶² Espressione utilizzata nel progetto di legge: *Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*, BT-Drs. 18/5373, p. 2.

³⁶³ *Ivi*, p. 8

³⁶⁴ *Ivi*, p. 3

ai sensi del combinato disposto dei §§ 216 (omicidio su richiesta) e 25, 26 o 27 (concorso, istigazione, aiuto)³⁶⁵. Costituisce suicidio qualsiasi condotta umana con la quale un uomo intenzionalmente pone fine alla propria vita. Può essere commesso sia attraverso un'azione attiva (ad es. assunzione di veleno) sia attraverso un'omissione (ad es. sospensione dell'assunzione di farmaci salvavita). Determinante ai fini della distinzione con l'omicidio su richiesta è che il suicida compia da sé l'ultimo atto che porti alla morte e che agisca secondo libera determinazione (*freiverantwortlich*), e che quindi sia consapevole della portata e significato delle sue azioni, che possa soppesare pro e contro e su questa base abbia preso la decisione.³⁶⁶ Ai fini della punibilità *ex* § 217 è irrilevante se di fatto il proposito suicida venga realizzato o solo tentato³⁶⁷: è sufficiente che siano state poste le condizioni per favorire l'opportunità del suicidio stesso³⁶⁸. Si tratta quindi di un c.d. reato di pericolo astratto (*abstraktes Gefährungsdelikt*), che sanziona la condotta meritevole di pena in modo anticipato rispetto al potenziale suicidio, sulla base della semplice messa in pericolo del bene giuridico e senza richiedere un accertamento della pericolosità in concreto, essendo sufficiente che la condotta rientri in una classe astratta di comportamenti che nella generalità dei casi espongono il bene giuridico tutelato dalla norma a pericolo³⁶⁹.

3.1.2 La condotta di agevolazione

La condotta rilevante è costituita alternativamente dall'*offrire, procurare o mediare* l'opportunità del suicidio. Quanto alle prime due condotte, queste sono volte alla realizzazione delle circostanze materiali per rendere possibile o agevolare il suicidio: tra il soggetto che presta assistenza e il suicida deve sussistere un rapporto basato sulla *concreta opportunità del suicidio*³⁷⁰. Quanto alla mediazione dell'opportunità

³⁶⁵J. TAUPITZ, *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmaßigen Förderung der Selbsttötung: Die seit dem 10. Dezember 2015 geltende Rechtslage*, in *Assistierter Suizid: der Stand der Wissenschaft: mit einem Kommentar zum neuen Sterbehilfe-Gesetz*, G.D. BORASIO, Berlin, Springer, 2017, p. 116.

³⁶⁶ Sulla definizione di *Freiverantwortlichkeit*: K. GAVELA, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, Berlin, Springer, 2013, p. 20 ss.

³⁶⁷G. DUTTGE, *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, p. 121.

³⁶⁸ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 19.

³⁶⁹G. DUTTGE, *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, cit., p. 121.

³⁷⁰ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 18; M. OGLAKCIOGLU, in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, 29. Ed., 1.12.2015, StGB § 217, Rn. 17 ss.

del suicidio, questa presuppone che il soggetto stabilisca il *contatto concreto* tra il potenziale suicida e il soggetto che offra o procuri l'opportunità del suicidio³⁷¹. Semplici azioni preparatorie, scambi di informazioni e altre comunicazioni non rappresentano condotte rilevanti ai sensi del § 217 StGB³⁷², così come l'attività in una associazione orientata all'aiuto al suicidio³⁷³: in questi casi manca infatti la necessaria *concretizzazione* di fatto dell'opportunità del suicidio. Né la mera pubblicità³⁷⁴, né l'istigazione al suicidio (nella misura in cui non sia legata ad un'agevolazione concreta), vengono ritenute dal legislatore condotte rilevanti ai sensi del § 217. La non punibilità della comunicazione fiduciaria nel contesto di un trattamento medico è perciò garantita, secondo quanto detto, solo nel caso non sia orientata all'offerta di una opportunità concreta di suicidio. Nel progetto di legge si sottolinea infatti che «semplici informazioni generali riguardo a un possibile suicidio» sono escluse dalla fattispecie³⁷⁵.

3.1.3 La “commercialità”

Centrale nella costruzione della fattispecie è il requisito della *commercialità* (*Geschäftmäßigkeit*). Ricollegata al paragonabile requisito previsto al § 206 StGB (violazione del segreto postale e telematico), la commercialità va interpretata come *l'intenzione di esercitare ripetutamente e durevolmente la condotta prevista dalla fattispecie*, e quindi di fare della ripetizione di simili attività l'oggetto della propria occupazione.³⁷⁶ A differenza della “professionalità” (*Gewerbmäßigkeit*) – come sottolineato dal legislatore nella motivazione della legge – non è richiesta quindi l'intenzione di ottenere un guadagno dall'attività esercitata³⁷⁷.

Il requisito della commercialità, già controverso prima dell'emanazione della legge, presenta notevoli profili di indeterminatezza, non presentando alcun criterio selettivo

³⁷¹ Ivi, Rn. 22-23

³⁷² BT-Drs. 18/5373, cit., p. 18.

³⁷³ OGLAKCIOGLU, in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, cit., Rn. 20.

³⁷⁴ Critico in questo senso: OGLAKCIOGLU, in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, cit., Rn. 39

³⁷⁵ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 18.

³⁷⁶ Ivi, p. 16; G.D. BORASIO, *Assistierter Suizid : der Stand der Wissenschaft : mit einem Kommentar zum neuen Sterbehilfe-Gesetz*, cit., p. 119 ss.

³⁷⁷ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 16

e verificabile, e fondandosi esclusivamente sulla motivazione del soggetto agente³⁷⁸. Tale rilievo era stato già mosso prima dell'approvazione della legge dal *Wissenschaftliche Dienste*³⁷⁹, che aveva messo in dubbio la costituzionalità del § 217 StGB in relazione al principio di determinatezza (*Bestimmtheitsgebot*) espresso all'art. 103, comma 2, GG.³⁸⁰ Nella motivazione della legge il legislatore si esprime a favore di una lettura estensiva: agisce in modo commerciale anche chi realizzi il fatto rilevante per la prima volta, «se ciò rappresenta l'inizio di una attività che si intenda proseguire»³⁸¹. Perciò non convince né corrisponde al parere del legislatore la pretesa dottrinale secondo cui si avrebbe commercialità solo quando il colpevole abbia fatto della condotta vietata la propria professione principale (*Hauptberuf*) o si senta a tal fine competente, elementi che si riscontrano di regola nelle associazioni per il suicidio assistito, ma non nei medici e negli addetti alle cure palliative³⁸². Tale opinione si pone in contrasto con le argomentazioni espresse in sede di motivazione, secondo cui la commercialità nel contesto del § 217 StGB non deve essere connotata né economicamente, né professionalmente³⁸³.

Non avendo il legislatore previsto alcuna eccezione per la classe medica, l'interpretazione estensiva voluta dal legislatore è più che problematica e contrasta in particolare con la volontà legislativa stessa di escludere dalla punibilità le azioni intraprese sulla base di una decisione adottata per coscienza in situazioni di conflitto³⁸⁴ o per «profonda pietà e compassione»³⁸⁵. Questo perché chi agisca in un certo modo in una determinata situazione per coscienza o per pietà, verosimilmente agirà nuovamente allo stesso modo in situazioni simili, e in particolare nel campo delle cure palliative il medico si deve confrontare spesso con desideri dei pazienti a stampo eutanasi: qualora dia seguito la prima volta a una richiesta, solo con ciò si può ritenere sussista un principio di sospetto sulla intenzione a reiterare il comportamento. Ne deriva inevitabilmente una situazione di intollerabile incertezza giuridica per la classe medica, un notevole onere nel rapporto medico-paziente e un

³⁷⁸ G. DUTTGE, *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, cit., p. 122.

³⁷⁹ Servizio scientifico di ricerca del *Deutscher Bundestag*.

³⁸⁰ WD 3-3000 -188/15, 24 agosto 2015, p. 8 ss., in *www.bundestag.de*.

³⁸¹ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 17.

³⁸² Di questa opinione: OGLAKCIOGLU, in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, cit., Rn. 26.

³⁸³ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 17.

³⁸⁴ *Ivi*, p. 14

³⁸⁵ *Ivi*, p. 20

duro colpo al settore della prevenzione al suicidio³⁸⁶. Si evidenzia che la nuova disciplina infatti non comporterà una riduzione del gran numero di suicidi incontrollati o brutali, ma, al contrario, finirà prevedibilmente per promuovere ciò che voleva evitare³⁸⁷. Di qui si giunge a rilevare che il presupposto da cui parte il legislatore, per cui l'azione commerciale di aiuto al suicidio pregiudichi anche solo tendenzialmente la libera determinazione del suicida³⁸⁸, si fonda su considerazioni vaghe e non supportate da alcun dato affidabile³⁸⁹: il legislatore infatti crea sostanzialmente una «finzione giuridica di non libertà, astratta da ogni caso concreto, che è lontana dalla realtà del suicidio tipico» e che risulta non ammissibile, potendo il legislatore «definire e impedire il rischio non consentito, ma non anche inventarlo»³⁹⁰. Inoltre e più in generale, un fatto illecito non può nascere dall'agevolazione consentita di un'azione liberamente determinata, solo per il fatto che subentri l'intenzione di ripeterla. Rimane oscuro per di più in che senso i medici, nel contesto delle cure palliative, perseguano un "interesse proprio" (*Eigeninteresse*)³⁹¹, da cui secondo la motivazione di legge deriva il pericolo di lesione all'autodeterminazione del suicida, qualora lo aiutino semplicemente alla realizzazione di un suo desiderio personale. E, qualora si ammetta la veridicità di tale affermazione, lo stesso dovrebbe valere anche per l'esecuzione dei c.d. *indirekte e passive Sterbehilfe*³⁹². Già per i motivi sopra esposti, l'idea sottesa alla legge appare non convincente.

La principale obiezione all'impostazione legislativa è però un'altra. L'ordinamento giuridico attribuisce a una violazione di una regola un particolare disvalore, se questa ha luogo in un settore di competenza che, per la sua particolare rilevanza sociale, è legato a particolari esigenze o obblighi di coloro che esercitano l'attività. Questo

³⁸⁶ G. DUTTGE, *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, cit., p. 124.

³⁸⁷ H. ROSENAU – I. SORGE, *Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht? Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf über die Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung* (§ 217 StGB-E), in *Neue Kriminalpolitik*, 2013, p. 116.

³⁸⁸ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 17.

³⁸⁹ H. ROSENAU – I. SORGE, *Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht?*, cit., p. 113; G. DUTTGE, *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, cit., p. 122 s.

³⁹⁰ Così R. MERKEL, *Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. September 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz*, in www.bundestag.de, p. 3.

³⁹¹ Il legislatore infatti vede proprio nell'"interesse proprio" alla realizzazione del suicidio e nel coinvolgimento del soggetto attivo il pericolo specifico per l'autodeterminazione del suicida: BT-Drs. 18/5373, cit., p. 17.

³⁹² J. TAUPITZ, *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmaßiger Förderung der Selbsttötung*, cit., p. 122.

settore di competenza è normalmente riservato a una determinata cerchia professionale di persone ed è particolarmente sensibile a comportamenti non conformi. Nel caso del § 217 il legislatore imbocca la strada contromano: invece che inaugurare un settore di competenza riservato e adottare le cautele necessarie a evitare comportamenti non conformi, al contrario proibisce la professionalità in tale settore, e stabilisce che l'agevolazione al suicidio può avvenire solo attraverso *soggetti non professionali*.³⁹³ Rimane quindi oscuro come ciò possa essere giustificato alla luce della protezione dei beni di alto rango della vita e dell'autodeterminazione, su cui il legislatore pone l'accento³⁹⁴. I parenti e le persone legate da stretti rapporti (i soggetti non professionali attraverso cui può avvenire l'aiuto al suicidio) che si confrontano con un potenziale suicidio di regola non dispongono della competenza necessaria a «combattere manipolazioni e influenze della libera determinazione»³⁹⁵ o a mostrare al potenziale suicida alternative favorevoli alla vita³⁹⁶. Una soluzione che avrebbe meglio garantito la protezione dall'esecuzione di comportamenti difformi sarebbe stata invece quella di autorizzare la «commercialità» e allo stesso tempo criminalizzare in questo settore la violazione delle regole previste, affidando l'aiuto al suicidio ai medici come categoria professionale e prevedendo contestualmente particolari obblighi di verifica, informazione e consultazione³⁹⁷.

Una «via di uscita» è individuata da un'opinione dottrinale in un'interpretazione strettamente letterale³⁹⁸: il § 217 StGB prevede infatti che venga offerta, procurata o mediata in modo commerciale una opportunità *a colui che vuole il suicidio*. In questo caso l'intenzione di reiterazione richiesta dal requisito della commercialità sarebbe sempre insussistente (dato che, ovviamente, se realizzato il proposito suicida, secondo le aspettative dei soggetti che prestano assistenza, sarebbe impossibile prestare aiuto al suicidio una seconda volta). Questa impostazione sarebbe supportata anche dal fatto che nel §206 – preso come termine di paragone dal legislatore per la

³⁹³ *Ivi*, p. 123

³⁹⁴ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 2.

³⁹⁵ G. DUTTGE, *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, cit., p. 123.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ D. BORASIO – R. JOX – J. TAUPITZ – U. WIESING, *Selbstbestimmung im Sterben - Fürsorge zum Leben*, Kohlhammer, 2014, p. 70 ss.

³⁹⁸ J. TAUPITZ, *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmaßigen Förderung der Selbsttötung*, cit., p. 123 s.

definizione di commercialità – la commercialità non viene riferita ad un comportamento concreto. Ovviamente questa interpretazione ha l'effetto di far cadere completamente nel vuoto la sanzione penale, e non corrisponde all'intenzione del legislatore, ma sarebbe l'unica conforme al principio di tassatività di cui all'art. 103, comma 2, GG, per cui estensione di una norma penale oltre il suo chiaro tenore letterale è incostituzionale.

3.3 Elemento soggettivo

L'elemento soggettivo del § 217 si realizza quando il soggetto agisce *intenzionalmente*. L'intenzione deve includere in particolare un *intento di agevolazione*, che sussiste quando l'azione è finalizzata allo scopo del suicidio.³⁹⁹ Il legislatore, da un lato, vuole con ciò evitare che siano passibili di sanzione penale persone che abbiano semplicemente fornito indicazioni, senza però agire nell'intenzione di offrire o procurare una concreta situazione per il suicidio. Dall'altro l'intenzione di agevolazione può essere invocata per distinguere l'aiuto al suicidio dalle forme (consentite) di eutanasia (omissione, limitazione e interruzione di un trattamento medico – c.d. *passive Sterbehilfe* – e *indirekte Sterbehilfe*, quando queste siano in armonia con la volontà del paziente), non essendo invero presente in queste ultime, che piuttosto mirano, al contrario, a «non intervenire più nel decorso naturale della malattia»⁴⁰⁰. In realtà in tali casi la fattispecie del § 217 è esclusa già sul piano dell'elemento oggettivo, non verificandosi alcun suicidio⁴⁰¹. Invece resta difficile differenziare dall'aiuto al suicidio il caso del paziente che smette di assumere le proprie medicine salvavita, quando il medico ne sia a conoscenza.

Per la sussistenza del reato è sufficiente anche il dolo eventuale, cosicché è punibile anche chi accetti consapevolmente il suicidio solo come possibile conseguenza. Anche qui risultano profili di rischio per i medici, specialmente quando questi mettano a disposizione del paziente farmaci in qualità e quantità sufficiente a provocarne il suicidio.

³⁹⁹ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 18.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ OGLAKCIOGLU, in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, cit., Rn. 29.

3.4 La tesi del consenso come causa di giustificazione

In dottrina si sostiene sporadicamente che il consenso del suicida possa costituire una causa di giustificazione per una condotta corrispondente alla fattispecie del § 217⁴⁰². Di seguito si intende illustrare la linea argomentativa espressa da tale tesi: come espressamente affermato nella motivazione della legge, il § 217 dovrebbe proteggere la vita e la libertà di decisione del potenziale suicida. In linea di principio, come confermato dalla previsione del §216 sull'omicidio su richiesta, la vita è considerata nell'ordinamento tedesco un bene indisponibile, ma qui (come detto in precedenza) si tratta di un delitto di pericolo astratto, in cui, secondo la visione dominante, la vittima può prestare consenso alla messa in pericolo (anche in concreto) della propria vita. Dato che il *Grundgesetz*, come riconosciuto e più volte sottolineato nella motivazione della legge, agli artt. 1 e 2, comma 1, garantisce la libertà di decidere sulla fine della propria vita, sarebbe non solo anticostituzionale, ma anche contraddittorio negare una decisione della vittima sul consenso alla messa in pericolo della propria vita.

A questa interpretazione si oppone certamente l'intenzione del legislatore di contrastare tendenze valutate come *socialmente dannose*⁴⁰³, che non sono suscettibili di giustificazione attraverso consenso. Se si segue la finalità del legislatore (evidente alla lettura della motivazione legislativa) di evitare determinati sviluppi *sociali*, e non si assegna al consenso del suicida all'aiuto prestato alcuna forza giustificativa, si rende evidente una *strumentalizzazione dell'individuo (Funktionalisierung des Einzelnen)* per scopi sociali,⁴⁰⁴ dato che la sua decisione, avente effetti solo su egli stesso⁴⁰⁵, non può essere realizzata attraverso al ricorso volontario ad un aiuto professionale, subendo il suo diritto di autodeterminazione una limitazione sproporzionata.

⁴⁰² E. HILGENDORF, *Gesetz zur geschäftsmäßigen Sterbehilfe: Eine Norm für die Wissenschaft*, in *Legal Tribune Online*, in www.lto.de, 12 novembre 2015.

⁴⁰³ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 12-17.

⁴⁰⁴ E. HOVEN, *Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016, 1, p. 4.

⁴⁰⁵ G. DUTTGE, *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, cit., p. 123.

3.5 La causa di non punibilità del comma 2

Il comma 2 del § 217 StGB prevede una causa personale di esclusione della punibilità che i parenti del suicida e le persone legate da stretti rapporti con lo stesso non siano punibili secondo la nuova fattispecie, se il loro comportamento rappresenta un *azione di compartecipazione* a un suicidio assistito per via commerciale, tenendo conto della situazione di particolare carica emotiva in cui di regola essi si trovano. Se infatti, prendendo l'esempio del legislatore in sede di motivazione, il coniuge di un soggetto malato di malattia mortale lo conduce, conformemente al desiderio liberamente determinato di questi, presso il soggetto che presta assistenza al suicidio in modo commerciale, non sussiste «alcun comportamento meritevole di pena, ma piuttosto una condotta mossa da un profondo senso di pietà e compassione»⁴⁰⁶.

La definizione legale di parente è delineata al §11 StGB: «Parenti e affini in linea retta, coniuge, partner “di fatto” (*Lebenspartner*) o fidanzato/a, anche ai sensi della legge sulle coppie di fatto (*Lebenspartnerschaftsgesetz*), fratelli e loro coniuge o partner di fatto, e ciò anche qualora il matrimonio o la *Lebenspartnerschaft*, su cui si fonda la relazione, non sussista più o se la parentela o la affinità siano venute meno». Le “altre persone in stretti rapporti” con il suicida sono da determinare in corrispondenza di come tale qualità sia stata interpretata in relazione ai §§ 35, 238 e 241 StGB, in cui è allo stesso modo prevista. In considerazione dell'equiparazione con i parenti, si richiedono in primis come presupposto rapporti interpersonali di *una certa durata*; determinante è inoltre che sussista un sentimento di solidarietà e perciò una corrispondente situazione di *pressione psichica* relativa al desiderio di suicidio⁴⁰⁷. La motivazione di legge indica ad esempio come rapporti interpersonali idonei a rientrare nella causa di non punibilità quelli di stretta amicizia o di convivenza di lunga durata non legittimi o non registrati. Non sono sufficienti invece di per sé semplici relazioni di assistenza, o meri rapporti sociali fondati sulla simpatia («*sympathiegetragene gesellschaftliche Umgang*») con vicini, colleghi, compagni di attività sportive o politiche⁴⁰⁸. In particolare il medico non può godere della qualità di “persona legata da stretti rapporti” ai fini della causa di non punibilità, a meno che

⁴⁰⁶ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 19-20.

⁴⁰⁷ *Ivi*, p. 20.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

non mantenga con il paziente un rapporto di stretta vicinanza reciproca nel contesto di una vera amicizia⁴⁰⁹.

Il comma 2 del § 217 è formulato *cumulativamente*: oltre alla qualità di parente o di persona legata da stretti rapporti, è necessario che il soggetto non agisca “commercialmente”, e quindi che non vi sia intenzione di reiterazione della condotta⁴¹⁰. Il comma 2 del § 217 rende chiaro che, ad eccezione della causa di non punibilità prevista, la punibilità della compartecipazione (istigazione e aiuto) alla condotta principale del comma 1 non deve essere esclusa, e che la commercialità necessaria per il reo principale non deve necessariamente sussistere anche per essa. A tale riguardo il § 28, comma 1, StGB, prevede che «la mancanza di un requisito personale, fondante la punibilità del reo, in capo al compartecipe costituisce [solo] un’attenuante ai sensi del § 49». Si rileva quindi una contraddizione tra tenore letterale della norma del § 217 e finalità legislativa: se, come messo in evidenza dal legislatore, la meritevolezza di pena discende dall’intento di reiterazione della condotta, non si vede perché un soggetto al di fuori della cerchia dei parenti e delle persone vicine al suicida debba essere passibile di sanzione, se acconsente solo una volta all’avviamento del contatto con il soggetto che presta assistenza al suicidio. Se nel caso concreto, quindi, il medico indica al paziente un’associazione per il suicidio assistito, è punibile anche quando ciò sia determinato da un profondo senso di pietà e compassione e senza interesse proprio⁴¹¹.

Un'altra contraddizione del comma 2 è rappresentata dal fatto che il legislatore, da un lato, dichiara di voler proteggere soggetti deboli (malati e anziani) dalle pressioni dell’aspettativa di costituire un peso per la propria famiglia, e dall’altro prevede un’eccezione di punibilità per quegli stessi soggetti che dovrebbero sopportarne il “peso”, e che quindi potrebbero essere mossi al suicidio da interessi propri (finanziari e non)⁴¹². E tanto più che un’azione commerciale (nel senso di cui sopra), necessaria ai fini della punibilità anche nel caso dei parenti, sussisterebbe solo nel rarissimo caso in cui vi siano più soggetti che desiderino il suicidio all’interno della stessa famiglia. L’elaborazione della legge suscita l’impressione che «le associazioni per il

⁴⁰⁹ OGLAKCIOGLU, in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, cit., Rn. 31.

⁴¹⁰ *Ivi*, p. 32.

⁴¹¹ J. TAUPITZ, *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmaßigen Förderung der Selbsttötung*, cit., p. 128 s.

⁴¹² E. HOVEN, *Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod*, cit., p. 7.

suicidio assistito debbano scontare come capro espiatorio il difficilmente superabile problema del suicidio»⁴¹³.

Infine si osserva che il comma 2 non esclude esplicitamente la punibilità del suicida: secondo il tenore letterale della norma, questi può essere punibile per istigazione a concedergli l'opportunità del suicidio. Certamente dalla motivazione si evince che il suicidio di per sé deve essere ritenuto non punibile⁴¹⁴, e di conseguenza non può essere punibile neanche l'istigazione a commettere il reato di cui al § 217; è dubbio che si possa ricorrere a tal fine al principio della esenzione da pena della c.d. partecipazione necessaria (*notwendige Teilnahme*), mentre appare più convincente l'ipotesi per cui la non punibilità derivi, come afferma l'opinione dottrinale dominante, dal principio per cui un soggetto non può partecipare a un delitto che protegge il proprio interesse. Ciò presuppone tuttavia che non si consideri la previsione del § 217 come delitto diretto alla sola stabilizzazione di valori sociali⁴¹⁵.

4. La disciplina della Patientenverfügung

4.1 Le disposizioni anticipate del paziente

Il § 1901a del BGB definisce le disposizioni anticipate del paziente come l'espressione scritta, revocabile in ogni momento e senza formalità, con la quale una persona maggiorenne e capace di intendere e volere, nell'eventualità in cui non dovesse essere più capace, consente o nega determinati trattamenti e interventi medici. La normativa tedesca prevede, al momento dell'applicazione delle disposizioni del paziente, l'intervento di un soggetto a cui viene affidata la tutela del paziente incapace, il *Betreuer*, che verifica che le condizioni che il malato ha inteso disciplinare con le disposizioni corrispondano alle circostanze concrete. In caso di verifica positiva, le disposizioni del paziente acquistano validità. Qualora il paziente non abbia lasciato tali disposizioni, o qualora le indicazioni dispositive non fossero

⁴¹³ OGLAKCIOGLU, in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, cit.

⁴¹⁴ BT-Drs. 18/5373, cit., p. 19.

⁴¹⁵ J. TAUPITZ, *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmaßigen Förderung der Selbsttötung*, cit., p. 130 s.

riferibili alle condizioni concrete e attuali del paziente, il *Betreuer* ha il compito di stabilire i “desideri di trattamento” (*Behandlungswünsche*) o la volontà presunta (*mutmaßliche Wille*) del paziente, e sulla base di essi rifiutare o consentire i trattamenti medici di cui al comma 1. La volontà presunta si deve determinare in base a elementi concreti, con particolare riguardo a precedenti affermazioni orali o scritte, alle convinzioni etiche o religiose e agli altri valori di riferimento del malato. Come già sottolineato in precedenza, la disciplina prevista dal §1901a vale indipendentemente dal tipo o stadio della malattia. Il comma 4 stabilisce inoltre che nessuno può essere obbligato alla redazione della *Patientenverfügung*, prevedendo poi il divieto di prevedere la redazione o presentazione della stessa come condizione per la conclusione di un contratto. Infine il comma 5 prevede che tale disciplina valga anche per il *Bevollmächtiger*, una persona di fiducia designata come rappresentante direttamente dal paziente, a differenza del *Betreuer*, che invece viene nominato dal giudice tutelare nel caso non abbia previamente provveduto la persona incapace. Un *Bevollmächtiger* o un *Betreuer* sono quindi legati al proprio potere di rappresentanza rispettivamente dal §1901a, nel primo caso, o dall’ordine del giudice tutelare, nel secondo. D’ora in poi nel corso della trattazione le due figure verranno accomunate sotto la definizione di “rappresentante”.

4.2 Accertamento della volontà del paziente

Il § 1901b BGB⁴¹⁶ regola invece il procedimento di *accertamento* della volontà del paziente, che completa la disciplina posta dal 1901a. Tale regolamento si riconnette ai principi generali dell’attività medica, secondo cui il medico che esegue il trattamento deve fissare l’indicazione di una determinata misura terapeutica, mentre il paziente o il suo rappresentante, doverosamente informati su ogni aspetto rilevante,

⁴¹⁶ § 1901b BGB (1) Der behandelnde Arzt prüft, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. Er und der Betreuer erörtern diese Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung.

(2) Bei der Feststellung des Patientenwillens nach § 1901a Absatz 1 oder der Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Willens nach § 1901a Absatz 2 soll nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betreuten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten für Bevollmächtigte entsprechend.

decidono se consentire il trattamento o meno. Il legislatore attribuisce perciò esplicitamente al § 1901b carattere puramente *dichiarativo*⁴¹⁷.

Come evidenziato al comma 1, compiti e responsabilità del medico nel contesto del processo terapeutico rimangono invariati anche qualora il paziente non è più capace di agire e decidere da sé. Egli è competente a verificare quali misure mediche siano indicate, con riguardo allo stato complessivo, alla prognosi e alla finalità del trattamento del paziente. Tali misure devono essere discusse con il rappresentante del paziente, con osservanza della volontà del paziente come base di partenza per giungere alla decisione più appropriata. Anche quando incapace di prestare consenso, il paziente rimane dunque *soggetto*, e non mero oggetto del trattamento, essendo compito del medico fare chiarezza sulla sua volontà. In questa direzione si dirige anche la previsione di cui al § 1904, comma 4, BGB⁴¹⁸, per cui non è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare in presenza di concordia tra rappresentante e medico sulla corrispondenza dell'esecuzione del trattamento medico (o la negazione o revoca dello stesso) alla volontà del paziente fissata secondo i criteri posti dal 1901a.

Il comma 2 del § 1901b prevede una fonte di informazione aggiuntiva su cui fare affidamento, affermando che, nella determinazione della volontà dichiarata (e non contestata) del paziente ai sensi del § 1901a, comma 1, o della volontà presunta ai sensi del comma 2, si deve concedere la possibilità di esprimersi *a parenti e altre persone di fiducia (Vertrauenspersonen)*, salvo ciò non comporti un considerevole

⁴¹⁷ *Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts*, BT-Drs. 16/13314, p. 20

⁴¹⁸ § 1904 BGB: (1) Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

(2) Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

(3) Die Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist zu erteilen, wenn die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht.

(4) Eine Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a festgestellten Willen des Betreuten entspricht.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für einen Bevollmächtigten. Er kann in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist.

ritardo. Da tale disposizione una duplice conseguenza: da un lato il rappresentante è *legittimato* a dare a tali soggetti anche le informazioni sul trattamento proposto dal medico e sullo stato di salute del paziente che sono sottoposte all'obbligo di riservatezza da parte del medico; dall'altro è di regola a ciò *obbligato*, se lui stesso non dispone di informazioni utili per stabilire la volontà del paziente e il tempo risulta sufficiente per il coinvolgimento dei parenti e altre persone di fiducia⁴¹⁹. Lo stesso vale parallelamente per il medico che esegue il trattamento sulla base del consenso presunto del paziente ai sensi del § 630d, comma 1, BGB, in caso di trattamento non differibile. Si sottolinea che le persone di fiducia, fino a che non siano state autorizzate dal paziente o nominate come *Betreuer* dal giudice tutelare, *non hanno alcun diritto soggettivo* alla partecipazione nel contesto del trattamento medico⁴²⁰, non riconoscendo l'ordinamento tedesco alcun potere legale di rappresentanza in capo ai parenti.

Se le preferenze individuali del paziente non sono conosciute né è possibile ricercarle nel tempo a disposizione, il rappresentante deve orientarsi secondo gli *interessi* di questi, che rappresentano indizi della sua volontà presunta. In questo caso, di regola, la risposta alla questione di come il paziente avrebbe deciso, è quella dell'accettazione del trattamento proposto dal medico. Il progetto di legge relativo alla legge sui diritti del paziente afferma a tal proposito che «il contenuto della volontà presunta è da ricercare prima di tutto nelle circostanze personali del soggetto, nei suoi interessi personali, desideri, bisogni e valori di riferimento. Criteri obiettivi, come cosa avrebbe deciso normalmente un ragionevole paziente medio, intervengono in secondo piano. Essi possono intervenire solo per la ricerca della volontà ipotetica del paziente»⁴²¹.

⁴¹⁹ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 219.

⁴²⁰ D. BRAUER, *Autonomie und Familie. Behandlungsentscheidungen bei geschäfts- und einwilligungsunfähigen Volljährigen*, Springer, 2013, p. 127 ss.

⁴²¹ *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*, BT-Drs. 17/10488, p. 24.

4.3 Autorizzazione giudiziaria in caso di rifiuto da parte del rappresentante del paziente di un trattamento salvavita

Un tema a lungo controverso è quello della necessità o meno da parte del rappresentante di un'autorizzazione giudiziaria (*Betreuungsgerichtliche Genehmigung*), nel caso decida di rifiutare un trattamento salvavita⁴²². Il XII Senat civile del BGH ha risposto affermativamente alla questione relativamente al *Betreuer* nella pronuncia del 2003, motivando ciò non con una applicazione analogica della vecchia versione del § 1904 BGB⁴²³, che prevedeva la obbligatorietà dell'autorizzazione per il solo caso di consenso (e non anche di rifiuto) prestato all'esecuzione di un trattamento medico, ma con la conformità di tale soluzione alla «visione di insieme del diritto tutelare (*Gesamtschau des Betreuungsrechts*)»⁴²⁴. La incertezza esistente sul tema era stata messa in evidenza dalla pronuncia dell'8.6.2005⁴²⁵, per cui un'autorizzazione del tribunale era necessaria solo nel caso in cui il medico proponga una misura salvavita, indicata dal punto di vista clinico, il rappresentante intenda rifiutarla facendo riferimento alla volontà del paziente, e il medico dubiti della corrispondenza del rifiuto alla volontà del paziente stessa; quindi solo nel caso di *contrasto tra rappresentante e medico nella determinazione della volontà presunta del paziente*. Un'autorizzazione non era invece ritenuta necessaria nel caso di concordia di tali soggetti sulla non esecuzione del trattamento. Nonostante tale decisione fosse da accogliere con favore nella sostanza⁴²⁶, portava tuttavia a un contrasto con l'obbligo di autorizzazione previsto allora dal § 1904 BGB, che allora come ora prevedeva al comma 1 (rimasto invariato) che «il consenso del *Betreuer* all'intervento e al trattamento medico necessita di una autorizzazione del giudice tutelare se sussiste il fondato pericolo che il paziente, a causa della misura clinica, muoia o riporti gravi danni permanenti. Senza autorizzazione la misura clinica può essere eseguita solo se derivi un pericolo dal ritardo». Tale contrasto tra la previsione legislativa e la pronuncia giudiziaria deriva

⁴²² V. LIPP, *Patientenautonomie und Lebensschutz. Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der "Sterbehilfe"*, Universitätsdrücke Göttingen, 2005, p. 41 ss.

⁴²³ Modificato poi nel 2009 con la *Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*.

⁴²⁴ BGH, 17 marzo 2003, XII ZB 2/03, in www.openjur.de

⁴²⁵ BGH, 08 giugno 2005, XII ZR 177/03, cit.

⁴²⁶ V. LIPP, *"Sterbehilfe" und Patientenverfügung*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2004, p. 317 ss.

dal fatto che ai sensi del §1904 la volontà del paziente non avrebbe avuto alcun ruolo ai fini della necessità dell'autorizzazione, che dipendeva unicamente da condizioni oggettive. Inoltre non era chiaro se il principio sviluppato dal *Bundesgerichtshof* valesse anche per il rappresentante direttamente autorizzato dal paziente (*Bevollmächtigter*).

Cambiamenti significativi sono stati apportati dalla riforma della disciplina del rapporto fiduciario del 2009. Il legislatore, conformandosi alle indicazioni giurisprudenziali, include anche la rinuncia al trattamento medico nel §1904 (comma 2), lo estende anche ai *Bevollmächtigten* (comma 5), e limita allo stesso tempo l'obbligo di autorizzazione giudiziaria al caso di conflitto tra medico e rappresentante sulla volontà del paziente, fissata ai sensi del §1901a (comma 4)⁴²⁷. Riassumendo, secondo il novellato §1904, sia il consenso che il rifiuto del rappresentante a una misura clinica indicata sono soggetti all'obbligo di autorizzazione giudiziaria, se: 1) sussiste *pericolo fondato* che il paziente, sulla base dell'esecuzione o non esecuzione della misura clinica, muoia o riporti gravi danni permanenti; e 2) *sussiste dissenso insanabile sulla volontà presunta del paziente* alla conclusione del procedimento dialettico tra medico e rappresentante nella determinazione della stessa. Tuttavia non vi è spazio per il consenso del rappresentante, né per l'autorizzazione del giudice tutelare, qualora il paziente abbia già fissato la propria volontà in una *Patientenverfügung* che sia efficace e corrispondente alla situazione concreta.

L'esigenza di autorizzazione giudiziaria, nel caso di contrasto tra medico e rappresentante, ha una funzione di controllo preventivo e salvaguarda il diritto di

⁴²⁷ § 1904 BGB: (1) Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

(2) Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

(3) Die Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist zu erteilen, wenn die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht.

(4) Eine Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a festgestellten Willen des Betreuten entspricht.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für einen Bevollmächtigten. Er kann in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist.

autodeterminazione del paziente, garantendo che una misura clinica indicata venga sospesa o non abbia luogo, quando il paziente non abbia acconsentito né avrebbe acconsentito se fosse stato nelle condizioni di decidere, al tempo stesso favorendo l'autorizzazione la certezza del diritto nei confronti di rappresentante e altri partecipanti. Se medico e rappresentante sono invece concordi nella determinazione della volontà del paziente, non è prevista l'obbligatorietà del procedimento di controllo preventivo, per causare ritardo all'esecuzione della volontà del paziente. In ogni caso rimane intatta la possibilità per chiunque di rivolgersi al giudice tutelare in caso di sospetto fondato che il rappresentante agisca contro la volontà del paziente, eventualmente anche in collusione con il medico⁴²⁸.

4.4 Aspetti penalistici della disciplina della Patientenverfügung

A partire dalla sentenza *Kempten* del primo *Senat* penale, si è iniziato a discutere sul significato penale della disciplina di diritto tutelare⁴²⁹. In due sentenze recenti⁴³⁰, il *Bundesgerichtshof* ha trattato il tema della accessorietà del diritto tutelare nella valutazione di diritto penale in rapporto alle disposizioni del paziente, pur non assumendo un atteggiamento chiaro a proposito⁴³¹. Ciò è dovuto anche al fatto che le circostanze di fatto che stavano alla base delle sentenze non ne offrivano l'opportunità, dato che nel primo caso la disciplina tutelare era stata osservata, e nell'altro l'interruzione del trattamento non era coperta da una disposizione del paziente. Né al momento del fatto alla base della prima decisione la riforma della disciplina del rapporto fiduciario era entrata in vigore⁴³², anche se, ciò nonostante, il

⁴²⁸ *Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts*, BT-Drs. 16/8442, cit., p. 19.

⁴²⁹ C. HERR, *Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle*, Nomos, 2011; K.F. STOFFERS, *Behandlungsabbruch zwischen Betreuungsrecht und Strafrecht. Zur (straf-)rechtlichen Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung i.S.d. § 1904 BGB*, Peter Lang, 2011.

⁴³⁰ BGH, 25 giugno 2010, 2 StR 454/09, cit.; BGH, 10 novembre 2010, 2 StR 320/10, in www.openjur.de.

⁴³¹ Ampiamente sul tema: L. BORRMANN, *Akzessorietät des Strafrechts zu den betreuungsrechtlichen (Verfahrens-) Regelungen die Patientenverfügung betreffend (§§ 1901a ff. BGB)*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2016, p. 134 ss.

⁴³² H. J. HIRSCH, *Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urteil vom 25.6.2010 (2 StR 454/09; JR 2011, 32) - Zur Strafbarkeit der Sterbehilfe durch aktives Tun und deren Abgrenzung zur passiven Sterbehilfe*, in JR 2011, p. 39

BGH fa riferimento alla disciplina procedurale e si preoccupa della questione della sua accessorietà rispetto al diritto penale.

Sulla base della riforma dei §§ 1901a, 1901b, e 1904 BGB, il secondo *Senat* penale ha stabilito nella sopracitata sentenza *Putz*, del 25.6.2010⁴³³ che tale disciplina «dispiega i suoi effetti anche nei confronti del diritto penale», in ragione del principio di unità dell'ordinamento giuridico. Tale impostazione è stata poi in seguito confermata in una pronuncia successiva⁴³⁴. Le due sentenze sollevano, da un lato, la questione dei limiti penali all'osservanza della volontà del paziente; dall'altro quella della portata dei §§ 1901 ss. in relazione alla punibilità dei partecipanti al procedimento.

Nel primo caso deciso dal BGH, la cessazione della misura clinica corrispondeva alla volontà del paziente (e anzi il trattamento era stato ritenuto dal medico clinicamente “non indicato”), al contrario del secondo, che trattava di un «chiaro caso di

⁴³³ BGH, 25 giugno 2010, 2 StR 454/09, cit. Il caso riguardava una paziente in stato vegetativo irreversibile e sottoposta a nutrizione artificiale, che aveva manifestato precedentemente alla figlia la volontà di non essere sottoposta né a misure salvavita in forma di nutrizione e respirazione artificiali, né di essere collegata a qualsiasi altro “tubo”, nel caso si fosse trovata in seguito in stato di incoscienza. Quasi quattro anni dopo i figli della paziente comunicano tale volontà e chiedono l'interruzione del trattamento. La allora *Betreuerin* nega l'interruzione del trattamento, anche dopo numerosi interventi del legale, imputato del processo. Il medico di base supporta da parte sua lo sforzo dei figli, poiché secondo la sua opinione non sussisteva alcuna indicazione clinica per la prosecuzione della nutrizione artificiale. Date le resistenze opposte dalla casa di cura, l'imputato dà in seguito ai figli il consiglio di operare da se il distaccamento dall'impianto. Il personale della casa di cura, accorgendosi dopo pochi minuti del fatto, fa portare la paziente in ospedale per il riallacciamento dell'impianto di nutrizione artificiale, su ordine di un pubblico ministero, contro la volontà dei figli. La paziente muore di morte naturale il 5.1.2008. Il *Landgericht* condanna l'imputato a 9 mesi di reclusione con sospensione condizionale per tentato omicidio, ai sensi del combinato disposto dei §§ 212, 22, 23, e 25/2 dello StGB, mentre la figlia della paziente coimputata viene assolta per errore inevitabile (cfr., LG Fulda, 30 aprile 2009, in *ZfL*, 2009, p. 97). Il seguente ricorso portò invece all'assoluzione degli imputati.

⁴³⁴ BGH, 10 novembre 2010, 2 StR 320/10, cit.: Il caso: la suocera 82enne dell'imputato viene ricoverata per un sospetto di polmonite e insufficienza cardiovascolare. Era cosciente, in grado di parlare e sussisteva il suo consenso al trattamento. In seguito a un peggioramento delle sue condizioni di salute, finisce in coma farmacologico e viene collegata a impianti medici. Le sue condizioni erano gravi, ma dal punto di vista clinico non senza speranza. Il giorno stesso, su richiesta della moglie, il genero della paziente arriva in ospedale e richiede in tono aggressivo l'interruzione del trattamento, sulla base di un'esistente *Patientenverfügung* – invero sconosciuta nel contenuto all'imputato. La dottoressa di reparto non adempie alla richiesta, ma richiede la *Patientenverfügung*, informando l'imputato che doveva prima verificare e valutare, essendo passibile altrimenti di sanzione penale. Stante il rifiuto della dottoressa, l'imputato passa all'azione, recandosi dalla paziente e spegnendo tutti i comandi dell'impianto. Si verifica una riduzione della pressione sanguigna e della frequenza cardiaca della paziente, cui invero si poté porre rimedio con l'intervento di un'infermiera pochi secondi dopo. Né l'imputato ebbe modo di interrompere l'afflusso di ossigeno, essendosi un infermiere posto a difesa della pompa, non lasciandosi impressionare dalla minacce dell'imputato di “venire alle mani”. La paziente muore la sera stessa, per ragioni in realtà non causalmente determinate dal breve spegnimento degli impianti. Il *Landgericht* condanna l'imputato a due anni di reclusione con sospensione condizionale per tentato omicidio. Il ricorso di questi rimane senza seguito.

interruzione arbitraria di un trattamento»⁴³⁵. Il BGH in ciascuna pronuncia tiene conto della volontà del paziente come elemento determinante: mentre nel primo caso erano state osservate le direttive procedurali poste dal diritto tutelare e il tribunale federale si era quindi limitato a un rinvio generale al loro contenuto, nella seconda decisione si afferma *obiter dictum* che il rispetto delle norme dei §§1901 e seguenti del BGB condiziona l'applicazione della scriminante anche per il diritto penale⁴³⁶. Da qui viene in parte dedotto che l'adempimento della disciplina di diritto tutelare assurgerebbe a condizione per la giustificazione penale della rinuncia o sospensione di misure cliniche salvavita. Ciò tuttavia non si può dedurre dalle pronunce: invero esse pongono l'accento sul fatto che i §§ 1901a e ss. garantiscono dal punto di vista procedurale la determinazione della volontà del paziente e la loro osservanza favorisce la certezza del diritto nei confronti dei partecipanti al procedimento; tuttavia, il loro adempimento non è affatto presupposto di legittimità della delimitazione del trattamento medico, che risulta invece direttamente dal rispetto delle generali condizioni di legittimità dell'atto medico⁴³⁷, dipendendo dunque non dalla disciplina procedurale di diritto tutelare, ma *dal consenso del paziente*. L'adempimento di tale disciplina non può di per sé né rappresentare una causa di giustificazione, né la sua trasgressione è in grado di fondare come tale la punibilità del fatto⁴³⁸. Può al massimo dispiegare effetti nel campo della colpa e dell'errore, dato che il soggetto «si fa carico, in caso di non osservanza delle regole menzionate, del rischio di una valutazione errata, almeno nella misura in cui la via di uscita da una possibile rilevanza penale attraverso il ricorso all'errore inevitabile

⁴³⁵ T. VERREL, *Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 10.11.2010 (2 StR 320/10) zur Sterbehilfe bei einer Patientenverfügung*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011, p. 276.

⁴³⁶ BGH, 10 novembre 2010, 2 StR 320/10, cit., §21: «Im Übrigen weist der Senat darauf hin, dass in Fällen, in denen zukünftig ein rechtfertigender Behandlungsabbruch auf der Grundlage des Patientenwillens nach den Grundsätzen der Senatsentscheidung vom 25. Juni 2010 in Rede steht (2 StR 454/09 - NJW 2010, 2963), die Voraussetzungen der §§ 1901a, 1901b BGB - eingefügt durch Gesetz vom 29. Juli 2009 mit Wirkung vom 1. September 2009 und damit nach dem festgestellten Tatgeschehen - zu beachten sein werden. Diese Vorschriften enthalten verfahrensrechtliche Absicherungen, die den Beteiligten bei der Ermittlung des Patientenwillens und der Entscheidung über einen Behandlungsabbruch Rechts- und Verhaltenssicherheit bieten sollen (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucksache 16/13314, S. 3 f. u. 7 f.) und bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Maßnahmen auch für das Strafrecht Wirkung entfalten (vgl. Senat BGH NJW 2010, 2966)»

⁴³⁷ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 222.

⁴³⁸ R. RISSING-VAN SAAN, *Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, p. 548

(*unvermeidbarer Irrtum*) possa essere sbarrata»⁴³⁹. Pertanto non può muoversi alcun rimprovero di diritto penale al partecipante che abbia erroneamente ritenuto di agire in armonia con la volontà del paziente e di attenersi al procedimento di diritto tutelare, mentre, qualora questi agisca nella consapevolezza di discostarsene, dovrà farsi carico del rischio di erronea valutazione della volontà del paziente. Secondo la giurisprudenza del BGH, questi principi valgono per tutti i partecipanti alla procedura legata al trattamento medico, e prima di tutti per il medico e per il rappresentante del paziente.

5. Manifestazioni di volontà del paziente

5.1 Le forme di dichiarazione di volontà precauzionali e la loro vincolatività

Per “manifestazioni di volontà precauzionali” (*vorsorgliche Willensbekundungen*) si indicano le dichiarazioni che il paziente ha esternato *al di fuori e indipendentemente da una situazione concreta legata a un trattamento medico*⁴⁴⁰. Sia per stabilire la finalità del trattamento nel quadro del rapporto terapeutico (§ 630a BGB), sia per l’esecuzione di singole misure cliniche (§ 630d, comma 1, BGB), la volontà attuale del paziente capace di esprimere il consenso ha sempre la precedenza. Pertanto le manifestazioni di volontà precauzionali acquistano rilevanza solo nel caso il paziente sia incapace di esprimere il consenso e non possa più esprimersi al riguardo.

Tali manifestazioni di volontà sono sempre giuridicamente rilevanti o vincolanti. Tipo e portata della vincolatività sono stabiliti dal paziente stesso, nella misura in cui anticipi la decisione e acconsenta a un trattamento futuro (o lo rifiuti) attraverso una disposizione anticipata (*Patientenverfügung*), oppure affidi a medico e rappresentante la decisione, trasmettendo a questi i suoi desideri concreti oppure comunicando solo le proprie idee e inclinazioni. Pertanto più la volontà del paziente è espressa in concreto, più alto sarà il grado di vincolatività cui saranno in seguito legati i partecipanti al procedimento. Per le *vorsorgliche Willensbekundungen* valgono i limiti generali dell’autonomia del paziente (§§ 134, 138): nessuno può

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 223

essere esonerato dal divieto penale dell'omicidio su richiesta (§ 216 StGB) sulla base di una disposizione del paziente, né su essa può essere fondato un diritto soggettivo a un trattamento medico non indicato.

La legge distingue tre forme di manifestazione di volontà precauzionale⁴⁴¹: la *Patientenverfügung* (§ 1901a, comma 1, BGB), i “desideri sul trattamento” (i *Behandlungswünsche*, di cui al §1901a, comma 2, BGB) e la comunicazione di convinzioni, ideologie ecc., che servono come indizi ai fini della determinazione della volontà presunta (1901a, comma 2, BGB).

a) Quanto alla prima, il comma 1 del § 1901a definisce la “dichiarazione del paziente” come un consenso o dissenso *anticipato* a un determinato trattamento medico. Perciò in linea di principio è soggetta alle regole generali previste per il consenso a una misura clinica, che vengono invero integrate dal requisito della *forma scritta*. Se la dichiarazione non rispetta tale requisito, il consenso o dissenso non può costituire una *Patientenverfügung* efficace (ai sensi del § 125 BGB sulla nullità per mancanza di forma), e vale solo come *Behandlungswunsch* ai sensi del §1901a, comma 2. Secondo i principi generali un consenso efficace presuppone una tempestiva e completa informazione del paziente (§ 630d, comma 2, 630e BGB), anche se generalmente il paziente può rinunciare a tale informazione.⁴⁴² Quest'ultimo punto è di importanza decisiva per le disposizioni del paziente, che spesso vengono redatte indipendentemente dalla malattia, quando l'autore si trova in stato di salute, per la qual ragione non è possibile un'informazione relativa alla malattia e al trattamento. L'opinione prevalente prende quindi le mosse, a buon diritto, da una rinuncia implicita all'informazione medica, in caso le disposizioni contengano un veto a un trattamento medico⁴⁴³, ma si sottolinea in dottrina che anche per il consenso non possa che valere lo stesso, e che non sia necessario inserire una rinuncia esplicita a essa nella *Patientenverfügung* neanche in questo caso⁴⁴⁴.

L'efficacia delle disposizioni del paziente continuava ad essere controversa anche dopo l'introduzione della disciplina legislativa. In particolare veniva da più lati

⁴⁴¹ BGH, 17 settembre 2014, XII ZB 202/13, in *www.bundesgerichtshof.de*.

⁴⁴² W. WEIDENKAFF, §630e, in *Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar)*, O. PALANDT, München, C.H. Beck, 2016.

⁴⁴³ Si veda: B. HOFFMANN, §1901a, in *Betreuungsrecht – Kommentar*, di W. BIENWALD – S. SONNENFELD – B. HOFFMAN, Bielefeld, Giesecking, 2011.

⁴⁴⁴ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 223.

sostenuta l'opinione per cui le disposizioni erano efficaci solo nei confronti del rappresentante e non anche per il medico⁴⁴⁵. Alcuni autori sostenevano anche che per questo un rappresentante fosse sempre necessario, e in caso di bisogno fosse da nominare un *Betreuer*. Entrambe le affermazioni, a un più attento esame, risultavano errate, dato che la disciplina del 1901a/1, regolando gli effetti delle disposizioni del paziente nei confronti del rappresentante, prevede che il compito di quest'ultimo consiste nel verificare se queste siano efficaci e valide in relazione al caso concreto, attribuendo in caso positivo validità ad esse. In tutti gli altri casi il rappresentante stesso, ai sensi del comma 2, deve chiarire la volontà presunta del paziente. Pertanto il § 1901a BGB non regola di per sé l'efficacia delle disposizioni nei confronti del medico, ma presuppone che esse siano efficaci come consenso o dissenso, attribuendo al rappresentante solo il compito integrativo di ottenere tale efficacia⁴⁴⁶. Le discussioni sono state comunque risolte per via legislativa: l'efficacia nei confronti del medico risulta oggi direttamente dal § 630d, comma 1, BGB. In caso di una disposizione del paziente efficace ed applicabile non è quindi concesso alcuno spazio a un consenso o dissenso espresso attraverso il rappresentante⁴⁴⁷, né è necessaria la nomina del *Betreuer*. Per dispiegare efficacia diretta, la disposizione deve essere però *sufficientemente determinata*, prevedendo una decisione concreta sul consenso o dissenso a determinate misure cliniche⁴⁴⁸.

L'applicabilità delle disposizioni del paziente alla concreta situazione clinica non è però questione di efficacia, ma di interpretazione: occorre stabilire se vi sia contenuto un regolamento per la situazione clinica attuale e, in caso di risposta affermativa, quale. Se il paziente dichiara la propria approvazione o rifiuto in anticipo per mezzo di una *Patientenverfügung*, contemporaneamente si fa carico dell'*onere di autoresponsabilità* che ne consegue, sopportando il rischio di non poter più mutare tempestivamente il consenso o dissenso prestato. Tale rischio non si fonda né sul vincolo volontario del paziente, né sulle esigenze di protezione a favore del medico o

⁴⁴⁵ A. ALBRECHT, *Die Patientenverfügungen*, Bielefeld, Giesecking, 2009, p. 108 ss.; E. BUHLER – K. STOLZ, *Das neue Gesetz zu Patientenverfügungen in der Praxis*, in *Betreuungsrechtliche Praxis*, 2009, p. 261 ss.

⁴⁴⁶ A. LAUFS – C. KATZENMEIER – V. LIPP, *Arztrecht*, cit., p. 227.

⁴⁴⁷ BGH, 17 settembre 2014, XII ZB 202/13, cit.

⁴⁴⁸ BGH, 06 luglio 2016. XII ZB 61/16, in *www.openjur.de*.

degli altri destinatari; piuttosto è conseguenza della circostanza che la volontà dichiarata dal paziente esige validità fino a che non venga modificata dallo stesso.

Le disposizioni del paziente possono essere revocate o modificate in qualsiasi momento. La legge esclude per la revoca il requisito della forma scritta, permettendola in qualsiasi forma, e dunque anche oralmente o per comportamenti concludenti. Le situazioni che risultano problematiche da questo punto di vista sono quelle in cui il soggetto è ancora cosciente e può ancora esprimersi, ma non è più in grado di comprendere significato e portata della decisione sul trattamento medico o di decidere da sé: quando cioè il soggetto è incapace di prestare consenso (*einwilligungunfähig*). In questi casi la revoca è invalida⁴⁴⁹. Tuttavia il rappresentante deve verificare, secondo il § 1901a, se la manifestazione di volontà attuale sia da considerare un *Behandlungswunsch* orientato verso la modifica o revoca, oppure ne conseguano indicazioni sul mutamento della volontà del paziente.

b) Accanto alle dichiarazioni anticipate di trattamento, il paziente può manifestare desideri sul modo, estensione, durata e circostanze del trattamento medico. Tali desideri non producono alcun effetto giuridico, e non rappresentano alcun consenso o dissenso, dovendo piuttosto essere concretizzati e realizzati. Il rappresentante deve fissare tali *Behandlungswunsche*, sulla base di essi ricercare la volontà del paziente e, in corrispondenza, accettare o vietare la misura clinica.⁴⁵⁰ Non rappresentando un consenso o dissenso anticipato, non sono soggetti ai presupposti di efficacia che valgono per la *Patientenverfügung* e possono essere espressi in qualsiasi forma. Quanto alla rilevanza, secondo la visione del BGH, possono solo essere presi come punto di riferimento per stabilire se una manifestazione di volontà – come una *Patientenverfügung* – sia sufficientemente determinata; altrimenti valgono solo come indizi per determinare la volontà presunta⁴⁵¹.

c) In assenza di disposizioni anticipate o “desideri sul trattamento”, il rappresentante deve agire secondo la volontà presunta del paziente, cioè chiedendosi se in quella situazione il paziente avrebbe espresso il proprio consenso al trattamento (1901a, comma 2, BGB). Nell’indagine sulla volontà presunta sono rilevanti tutte le informazioni disponibili, in particolare precedenti dichiarazioni scritte o orali, e i

⁴⁴⁹ HOFFMANN, in *Betreuungsrecht – Kommentar*, cit., §1901a

⁴⁵⁰ BGH, 17 settembre 2014, XII ZB 202/13. cit.

⁴⁵¹ BGH, 06 luglio 2016, XII ZB 61/16, cit.

valori religiosi ed etici del paziente (§ 1901a, commi 2 e 3, BGB), e assumono particolare rilievo le informazioni ottenute dai parenti e dalla cerchia di persone vicine al paziente (§1901b, comma 2, BGB).

5.2 Necessità di interpretazione

Ogni manifestazione di volontà del paziente richiede un'interpretazione, che rientra nei compiti di coloro che devono conformarsi alla volontà del paziente, cioè medico e rappresentante⁴⁵². Anche una dichiarazione che abbia un testo apparentemente univoco o contraddittorio va interpretata. Secondo il §133 BGB non è determinante il solo testo del documento o il tenore della dichiarazione orale, ma è da ricercare la volontà effettiva (*wirkliche Wille*). Non è mai possibile far riferimento al semplice significato letterale della dichiarazione, ma si deve tenere conto di tutte le circostanze conosciute⁴⁵³. Pertanto chiarezza o insensatezza della dichiarazione possono costituire il risultato dell'interpretazione, ma non possono in nessun caso renderla superflua.

⁴⁵² A. ROTH, *Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts*, in *Juristenzeitung*, 2004, p. 494 ss.

⁴⁵³ BGH, 06 luglio 2016., XII ZB 61/16, cit.

CONCLUSIONI

Nel corso della trattazione si è osservato come, a livello nazionale, le risposte ai problemi legati alle pratiche di fine vita siano state trovate prima di tutto a livello giurisprudenziale: sono state le decisioni dei giudici a dare corpo ai principi fondamentali che oggi vengono assunti quali cardini di questa delicata materia, sempre in un'ottica di bilanciamento nella cornice del dettato costituzionale.

È per via giurisprudenziale che si è affermato, sulla base costituzionale degli artt. 2, 13 e 32 Cost., il principio cardine del consenso informato come presupposto dell'attività medico chirurgica, che sintetizza diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione dell'individuo e garantisce il rispetto della persona umana, inteso prima di tutto come rispetto delle scelte consapevoli dell'individuo che riflettono la sua gerarchia di valori, la sua personalità, la sua identità.

Pur mancando una norma specifica che preveda la fattispecie di trattamento sanitario arbitrario, è pacifico il principio secondo il quale il medico che agisce in assenza del consenso del paziente all'atto medico pone in essere un comportamento suscettibile di costituire fonte di responsabilità penale, nel caso in cui si verificano conseguenze pregiudizievoli per la salute del paziente. Forti oscillazioni giurisprudenziali si registrano in merito all'inquadramento penale della condotta del medico e alla punibilità del trattamento sanitario effettuato in assenza di consenso ma da cui sia derivato un esito c.d. fausto

Sotto questo profilo, mi sembra che alla concezione meramente oggettiva della salute umana – per cui un trattamento produttivo di un risultato giudicato positivo in una prospettiva esclusivamente clinica non sarebbe mai rilevante penalmente – riscontrabile in generale nella giurisprudenza più recente, si debba opporre una lettura in chiave costituzionale, che tenga conto della dimensione soggettiva della salute, come una condizione di benessere non solo fisico, ma anche psichico ed esistenziale. In questa prospettiva, in linea con la concezione personalistica accolta in Costituzione, la generalità dei trattamenti medici si inquadrano in una dimensione lesiva del diritto all'integrità fisica, da cui sorge un problema di legittimazione del trattamento, che di regola trova fondamento nel principio del consenso informato: mi sembra quindi corretta l'attribuzione di rilievo scriminante alle condizioni di

legittimità del trattamento, *in primis* al consenso, che esclude l'antigiuridicità di un fatto che integra gli estremi oggettivi del delitto di lesioni personali, nella misura in cui venga cagionata anche solo un'alterazione, soggettivamente percepita, del benessere dell'individuo.

In tale ottica il profilo soggettivo, essendo il medico di regola consapevole di provocare tali effetti sul benessere psicofisico del paziente e accettandone il rischio, sarà quello del dolo, almeno eventuale. Una responsabilità del medico per omicidio preterintenzionale sarà invece configurabile, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 584 c.p. alla luce del principio di colpevolezza, solo qualora sussista una rimproverabilità per colpa, nella misura in cui l'evento morte rappresentasse un rischio riconoscibile e rilevante dal punto di vista decisionale.

Parallelamente al principio del consenso si afferma il diritto al rifiuto e alla rinuncia dei trattamenti sanitari, sua estrinsecazione in chiave negativa, fondato sulle medesime coordinate normative. Il riconoscimento del diritto alla salute nella sua dimensione di diritto individuale, come diritto all'autodeterminazione nelle scelte che attengono alla salute e integrità fisica dell'individuo, emerge dunque anche sotto il profilo del diritto a non curarsi. La posizione di garanzia del medico nei confronti della vita e della salute del paziente non si pone in contrasto con tale impostazione, sulla base dei principi in materia di responsabilità per omissione, trovando gli obblighi giuridici di cura e intervento del sanitario – da cui deriva la responsabilità omissiva del medico *ex art. 40, comma 2, c.p.* – un limite nel rifiuto informato e consapevole opposto dal paziente; un problema di responsabilità penale è configurabile solo qualora il medico esegua la terapia rifiutata, ponendo in essere un trattamento sanitario arbitrario.

Ritengo che l'applicazione diretta da parte dei giudici dei diritti riconosciuti dalla Costituzione non solo è legittima, ma anche dovuta, in quanto «la tutela di un diritto fondamentale, in un ordinamento costituzionale, prescinde dalle determinazioni della maggioranza, e se necessario prevale su queste stesse determinazioni; e in ogni ordinamento costituzionale è compito della magistratura assicurare la tutela dei diritti fondamentali, anche in assenza di una legge che si faccia carico di una tale tutela»⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"? Considerazioni a margine del caso Welby*, cit., p. 9.

Ciò nonostante è auspicabile, per ragioni di certezza del diritto, messe tra l'altro in evidenza dai contrasti giurisprudenziali verificatisi nelle decisioni sui casi *Welby* ed *Englaro*, un intervento del legislatore che garantisca il diritto all'autodeterminazione terapeutica nel rispetto della dignità dell'individuo, senza che questi debba passare attraverso travagliate vicende giudiziarie prima di ottenerne l'effettività.

Mi sembra che il punto di partenza debba essere costituito dal fatto che la dignità della vita costituisce un limite alla tutela della vita stessa: in questo senso lo Stato non deve certo stabilire oggettivamente se esistano vite che non meritano di essere vissute; suo compito è invece segnare «i limiti entro i quali lo stesso titolare del bene è autorizzato a chiedere a terzi un intervento (omissivo/attivo) a tutela del diritto di rifiutare la prosecuzione di uno stato intollerabile: una liberazione dal male»⁴⁵⁵. E all'interno di tali limiti, l'adempimento della volontà dell'individuo di porre fine alla propria vita deve essere costruito come un vero e proprio diritto, direttamente azionabile e al di fuori di margini di discrezionalità in capo a terzi. Il controllo *ex ante* deve riguardare il consenso del paziente e la sussistenza dei presupposti legislativi, e non deve lasciare spazi di autonomia decisionale in capo al potere medico nella definizione di concetti legali suscettibili di un'interpretazione elastica, pena lo svuotamento del diritto.

Quanto alla definizione di questi limiti, a mio giudizio è importante sottolineare l'equivalenza, dal punto di vista del significato sociale, tra suicidio assistito e interruzione di un trattamento salvavita, qualora rispondano alle stesse esigenze di tutela della dignità umana. Dall'impianto costituzionale, secondo gli sviluppi giurisprudenziali, risulta che il principio dell'indisponibilità della vita, che costituisce la base logica delle fattispecie di cui agli artt. 579 e 580 c.p., trovi un riconoscimento solo parziale, essendo bilanciabile con altri diritti fondamentali, incontrando un limite nel diritto di autodeterminazione terapeutica del soggetto sulla base del diritto al rispetto della dignità della figura umana. Di qui la riconoscibilità di un diritto a rinunciare per via diretta del bene vita, mediante un atto di disposizione autonomo, qualora la rinuncia per via indiretta – attraverso la rinuncia di un trattamento sanitario salvavita – non appaia sufficiente a salvaguardare la dignità

⁴⁵⁵ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici: Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., p. 555 ss.

dell'individuo (come nel caso di Fabiano Antoniani): dal comune fondamento delle situazioni deriva l'equivalenza dei diritti. Ciò implica ovviamente un intervento legislativo che riconosca, al ricorrere di presupposti determinati, un diritto al suicidio mediante l'assunzione di una terapia finalizzata allo scopo suicidario, e la conseguente non punibilità dell'aiuto al suicidio, a condizione che da esso non derivi una lesione della libera volontà del soggetto (che si verifica invece nel caso dell'istigazione).

Tale impostazione sembra essere in linea con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che pur affermando a più riprese l'esistenza di un ampio margine di discrezionalità in capo agli Stati nazionali in materia di pratiche di fine vita, colloca il diritto di un individuo di scegliere quando e in che modo porre fine alla propria vita nel quadro del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 CEDU.

Inoltre sembra corretta un'equiparazione della condotta attiva di suicidio assistito e quella di eutanasia attiva, quando la condotta omicida è necessitata, nella chiave interpretativa della soggezione psicologica nei confronti del morente, perché il malato non è in grado di suicidarsi neppure se aiutato. Come si sottolinea in dottrina, «non è l'identità delle condotte (problema di tipicità), a sollecitare un trattamento giuridico uguale: è l'equivalenza del diritto del malato a chiederlo (problema di giustificazione)»⁴⁵⁶.

Quanto alle condotte che si collocano al di fuori dell'esercizio di un diritto del malato a ricevere un aiuto terminale, è opportuna una modifica delle fattispecie del codice penale, sia per i dubbi di legittimità costituzionale *ex art. 3 Cost.* in relazione all'equiparazione di situazioni ontologicamente differenti, sia per le difficoltà di applicare l'art. 579 c.p. ai casi di omicidio *pietatis causa*.

Per il caso in cui il paziente non sia in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso al trattamento medico, è utile il raffronto con la disciplina tedesca della *Patientenverfügung*, in grado conciliare diritto di autodeterminazione del paziente con la tutela della vita dello stesso. Il paziente rimane *soggetto*, e non mero oggetto del trattamento: la sua volontà dichiarata in precedenza viene verificata in rapporto alle circostanze concrete nella cornice del rapporto dialettico tra rappresentante e

⁴⁵⁶ *Ibid.*

medico, cui si aggiunge l'intervento del giudice tutelare ove necessario; qualora tale volontà non sia stata espressa, la disciplina conferisce rilevanza alla volontà presunta, da ricostruire sulla base di criteri determinati.

Altro punto che emerge dal raffronto con l'ordinamento tedesco è che anche in Germania i diritti legati all'autodeterminazione terapeutica sono stati affermati per via giurisprudenziale dal *Bundesgerichtshof*, il quale ha inoltre affrontato i problemi giuridici legati alle pratiche di fine vita, superando le difficoltà legate al rapporto tra § 216 StGB, da un lato, e distinzione tradizionale tra condotta attiva ed omissiva, dall'altro, attraverso l'elaborazione della figura giuridica unitaria del *Behandlungsabbruch*, e si è fatto carico della questione dei limiti penalistici a cui è soggetta l'interruzione di un trattamento salvavita.

In contrasto rispetto alla tendenza verso un sempre più ampio riconoscimento del diritto all'autodeterminazione è invece l'introduzione di una forte delimitazione legale della non punibilità dell'aiuto al suicidio con il nuovo § 217 StGB, il quale ha vietato il c.d. aiuto al suicidio "commerciale". Oltre ad essere in contraddizione con gli obiettivi posti dallo stesso legislatore, la legge comporta l'effetto problematico di escludere l'aiuto al suicidio effettuato dalla classe medica, stando all'interpretazione della commercialità come intenzione di reiterazione della condotta; proibisce sostanzialmente la professionalità in tale settore, e stabilisce che l'agevolazione al suicidio può avvenire solo attraverso soggetti non professionali. Ritengo che la protezione dei beni della vita e dell'autodeterminazione (gli stessi sui quali il legislatore pone l'accento) richieda, al contrario, che l'aiuto al suicidio venga affidato ai medici come categoria professionale, con la previsione contestuale di particolari obblighi di verifica, informazione e consultazione: una liceità penale del fatto soltanto in caso di organizzazione sanitaria dell'intervento. Con la soluzione adottata, il rischio di abusi, invece che diminuire, aumenta: il legislatore, da un lato, dichiara di voler proteggere i soggetti deboli dalle pressioni dell'aspettativa di costituire un peso per la propria famiglia; dall'altro prevede un'eccezione di punibilità per quegli stessi soggetti che dovrebbero sopportarne il "peso", e che quindi potrebbero essere mossi al suicidio da interessi propri. Inoltre l'intenzione espressa dal legislatore di contrastare tendenze valutate come socialmente dannose comporta il rischio di una strumentalizzazione dell'individuo per scopi sociali,

subendo questi una compressione del proprio diritto all'autodeterminazione – dato che il suicidio assistito, lungi dall'essere un diritto, viene rimesso alla pietà dei congiunti del malato – per fini extrapersonali, senza che venga riconosciuto al consenso prestato alcuna forza giustificativa.

Tirando le somme, il raffronto con il sistema giuridico tedesco va condotto tenendo conto dei parallelismi, delle contraddizioni e degli equilibri all'interno dei diversi ordinamenti.

Il d.d.l. n. 2801, attualmente in corso di esame in Senato, afferma a livello legislativo i già consolidati principi sul consenso informato e sul rifiuto del trattamento terapeutico, e prevede una disciplina delle direttive anticipate che presenta molti punti in comune con la disciplina tedesca della *Patientenverfügung*, prevedendo la vincolatività delle direttive e la verifica nel quadro di un rapporto dialettico tra medico e fiduciario, con esclusione della rilevanza della volontà presunta. Dall'altro lato comporta dei rischi di svuotamento del diritto di autodeterminazione del paziente, dichiarando inesigibili trattamenti sanitari contrari non solo a norme di legge, ma anche alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Mi sembra che l'eventuale approvazione del disegno di legge possa rappresentare un notevole passo in avanti del legislatore nella "rincorsa" dei principi già affermati a livello giurisprudenziale, nella direzione di una maggiore la certezza del diritto. Tuttavia, si percepisce il rischio che le situazioni per cui non vengono previste soluzioni adeguate – come quella di Fabiano Antoniani – continuino a dover essere affrontate a livello giurisprudenziale, e per giunta sul terreno del diritto penale, prima che si ottenga il riconoscimento dei «diritti infelici» ad esse corrispondenti sul piano legislativo.

BIBLIOGRAFIA

- ADAMO U., *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito, e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di un'ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in Riv. AIC, in www.rivistaaic.it, 15 maggio 2015.
- ALBERECHT A., *Die Patientenverfügungen*, Bielefeld, Giesecking, 2009.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- AZZARINI M., *Le disposizioni anticipate*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, Il governo del corpo, Giuffrè, 2010.
- BERNARDONI P., *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2017.
- BIANCA C. M., *Diritto civile, IV*, Milano, 1990.
- BILANCETTI M., *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, Cedam, 2006.
- BORASIO D. – JOX R. – TAUPITZ J. – WIESING U., *Selbstbestimmung im Sterben - Fürsorge zum Leben*, Kohlhammer, 2014.
- BORMANN L., *Aksessorietät des Trafrechts zu den betreuungsrechtlichen (Verfahrens-) Regelungen die Patientenverfügung betreffend (§§ 1901a ff. BGB)*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2016.
- BRAUER D., *Autonomie und Familie. Behandlungsentscheidungen bei geschäfts- und einwilligungsunfähigen Volljährigen*, Springer, 2013.
- BUHLER E. – STOLZ K., *Das neue Gesetz zu Patientenverfügungen in der Praxis*, in *Betreuungsrechtliche Praxis*, 2009.
- CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia*, in *I reati contro la persona*, A. CADOPPI, S. CANESTRARI – M. PAPA, *I. Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Utet, 2006.
- CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011.

- CASONATO C. – CEMBRANI F., *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in *Trattato di biodiritto*, RODOTÀ – P. ZATTI, *I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011.
- CASONATO C., *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.
- COLELLA A., *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 aprile 2011.
- COLUSSI I. A., *Quando a Strasburgo si discute di fine vita. Casi e decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di eutanasia e suicidio assistito*, 2011, in *www.personaedanno.it*.
- CONCOLINO P. – UBIALI M. C., *Monitoraggio Corte EDU settembre 2014*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 gennaio 2015.
- CUPELLI C., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2017.
- CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008.
- DASSANO F., *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, Giappichelli, 2006.
- D'AVACK L., *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Il governo del corpo*, 2011.
- D'AVACK L., *Verso un antidestino: biotecnologie e scelte di vita*, Torino, Giappichelli, 2004.
- DE STEFANI P., *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, 2010.
- DEUTSCHL E. – SPICKHOFF A., *Medizinrecht*, Springer, 2014.
- DIURNI A., *Gli eventi dannosi*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, 2011.
- DÖLLING D., *Zur Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen*, in *Festschrift für Adolf Laufs*, B. R. KERN – E. WADLE – K. P. SCHROEDER – C. KATZENMEIER, 2006.
- DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007.

- DONINI M., *La necessità di diritti infelici: Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016.
- DUTTGE G., *Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe, in Selbstbestimmung am Lebensende*, D. KETTLER – A. SIMON – R. ANSELM – V. LIPP – G. DUTTGE, Universitätsverlag Göttingen, 2006.
- DUTTGE G., *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016.
- FAENZA F., *Profili penali del suicidio*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2011.
- FALCINELLI D., *Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014.
- FERRI E., *L'omicidio-suicidio*, Torino, Bocca, 1895.
- FIANDACA G., *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Foro it.*, 2009.
- IORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, Morano, 1966.
- IORELLA A., *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, San Paolo, 1979.
- FRISTER H. – LINDERMANN M. – PETERS A., *Arztstrafrecht*, München, C.H. Beck, 2011.
- GAVELA K., *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, Berlin, Springer, 2013.
- GAZZONI F., *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. Fam.*, 2008.
- GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- GIUNTA F., *Eutanasia*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, VI, 2007.
- GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- GRAZIADEI M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011.

- HILGENDORF E., *Gesetz zur geschäftsmäßigen Sterbehilfe: Eine Norm für die Wissenschaft*, in *Legal Tribune Online*, in www.lto.de, 12 novembre 2015.
- HIRSCH H. J., *Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urteil vom 25.6.2010 (2 StR 454/09; JR 2011, 32) - Zur Strafbarkeit der Sterbehilfe durch aktives Tun und deren Abgrenzung zur passiven Sterbehilfe*, in JR 2011.
- HOFFMANN B., §1901a, in *Betreuungsrecht – Kommentar*, di W. BIENWALD – S. SONNENFELD – B. HOFFMANN, Bielefeld, Giesecking, 2011.
- HORR C., *Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle*, Nomos, 2011.
- HOVEN E., *Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016.
- HUFER F., *Zum neuen Sterbehilfe-Beschluss des BGH*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2003.
- IADECOLA G. – FIORI A., *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire, criteri per l'accertamento del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996.
- IADECOLA G., *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (del dissenso) nel trattamento medico-chirurgico*, in *Cass. pen.*, 2003.
- IADECOLA G., *La cassazione civile si pronuncia sul caso “Englaro”: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008.
- IADECOLA G., *Note critiche in tema di “testamento biologico”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003.
- IADECOLA G., *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del caso “Welby”*, in *Giur. mer.*, 2007.
- IADECOLA G., *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto, praticato fuori dall'urgenza e senza consenso del paziente*, in *Cass. pen.*, 2002.
- IPPOLITO D., *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli, 2016.
- KLEE E., *Euthanasia im Dritten Reich. Die Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Fischer, Frankfurt, 2010.
- LA ROSA E., *Attività sanitaria, norme penali, e conflitto di coscienza*, in *Criminalia*, 2008.

- LAUFS A. – KATZENMEIER C. – LIPP V., *Arztrecht*, München, C.H. Beck, 2015.
- LAUFS A. – KERN B. R., *Handbuch des Arztrechts*, C.H. Beck, 2010.
- LIPP V., „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2004.
- LIPP V., *Patientenautonomie und Lebensschutz. Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“*, Universitätsdrücke Göttingen, 2005.
- LO SAPIO L., *Bioetica cattolica e bioetica laica nell'era di Papa Francesco. Che cosa è cambiato?*, Torino, Utet, 2017.
- LUCIANI M., *Salute (diritto alla salute - dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, 1990, XVI, Roma, 1991.
- MAGNANI C., *Il caso Walter Piludu: la libertà del malato d'interrompere le terapie salvavita*, in *Forum Quaderni cost.*, in www.forumcostituzionale.it, 8 dicembre 2016.
- MAGRO M. B., *Eutanasia e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2001.
- MANNA A., *Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, Torino, Giappichelli, 2007.
- MANNA A., *Trattamento sanitario arbitrario: lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, in *Indice pen.*, 2004.
- MANTOVANI F., *Biodiritto e problematiche di fine vita*, in *Criminalia*, 1, 2006.
- MANTOVANI F., *Esercizio del diritto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1966.
- MANTOVANI F., *I delitti contro l'essere umano in generale*, in *Diritto penale, parte speciale. I diritti contro la persona*, Cedam, 2013.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Codice penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2006.
- MASERA L., *Delitti contro la vita*, in *Reati contro la persona*, in *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, F. VIGANÒ - C. PIERGALLINI, Torino, Giappichelli, 2015.
- MERKEL R., *Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. September 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz*, in www.bundestag.de.
- MÖLLER T. – GRABENSEE B. – FRISTER H., *Passive Sterbehilfe in der Praxis – die ärztliche Entscheidung im Spiegel der Rechtslage*, in *Dtsch. Med. Wochenschr.*, 2008.

- NUVOLONE P., *Linee fondamentali di una problematica del suicidio*, in *Suicidio e tentato suicidio in Italia*, Milano, Giuffrè, 1967.
- OCCHIPINTI A., *Tutela della vita e della dignità umana*, Torino, Utet giuridica, 2008.
- OGLAKCIOGLU M., in *Beck'scher Online Kommentar StGB*, B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, 29. Ed., 1.12.2015, StGB § 217.
- PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, Cedam, 2000.
- PARODI C., *Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2013.
- PARODI C., *Una corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in tema di suicidio assistito*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2013.
- PATALANO V., *Omicidio*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979.
- PROVOLO D., *Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Il governo del corpo*, Giuffrè, 2010.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2007.
- PULITANÒ D., *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007.
- RAMACCI F., *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1991.
- RAZZANO G., *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw Journal*, 2015.
- RESCIGNO G. U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno la propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008.
- RISSING-VAN SAAN R., *Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011.
- ROSENAU H. – SORGE I., *Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht? Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf über die Strafbarkeit der*

- gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB-E)*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2013.
- ROSSI S., *Consenso informato e autodeterminazione dei pazienti nei trattamenti sanitari*, in *www.lacostituzione.info*, 16 dicembre 2016.
- ROTH A., *Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts*, in *Juristenzeitung*, 2004.
- ROXIN C. – SCHROTH U., *Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, Stuttgart, Boorberg, 2001.
- ROXIN C., *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in *Handbuch des Medizinstrafrechts*, C. ROXIN – U. SCHROTH, Stuttgart, Boorberg, 2010.
- SANTINI S., *La cassazione in tema di omicidio pietatis causa: inquadramento giuridico e attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 2 maggio 2016.
- SANTUOSSO A. – TURRI G. C., *La trincea dell'inammissibilità dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006.
- SEMINARA S., *Le sentenza sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.
- SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- STELLA F., *L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964.
- STOFFERS K.F., *Behandlungsabbruch zwischen Betreuungsrecht und Strafrecht. Zur (straf-)rechtlichen Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung i.S.d. § 1904 BGB*, Peter Lang, 2011.
- TAUPITZ J., *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Die seit dem 10. Dezember 2015 geltende Rechtslage*, in *Assistierter Suizid: der Stand der Wissenschaft : mit einem Kommentar zum neuen Sterbehilfe-Gesetz*, G.D. BORASIO, Berlin, Springer, 2017.
- TAVANI M. – PICOZZI M. – G. SALVATI, *Manuale di deontologia medica*, Milano, 2007.
- VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, *Dir. pen. proc.*, 2008.

- VALLINI A., *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.
- VALSECCHI A., *Sulla responsabilità penale del medico per trattamento arbitrario nella giurisprudenza di legittimità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2010.
- VALSECCHI A., *Una nuova pronuncia della S.C. in tema di responsabilità del medico per trattamento chirurgico in assenza di valido consenso del paziente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2012.
- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale*, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, III, Padova, Cedam, 2003.
- VERREL T., *Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 10.11.2010 (2 StR 320/10) zur Sterbehilfe bei einer Patientenverfügung*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011.
- VERREL T., *Gutachten C*, in *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages*, 2006.
- VETTORI N., *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016.
- VICECONTE N., *Il "vuoto colmato". La decisione sul "caso Piludu" e il diritto di rifiutare le cure*, in *Diritto e salute*, in *www.dirittoesalute.org*, 31 marzo 2017.
- VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.
- VIGANÒ F., *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2007.
- VIGANÒ F., *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in *Trattato di biodiritto*, S. RODOTÀ – P. ZATTI, *La responsabilità in medicina*, Giuffrè, 2011.
- VIGANÒ F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009.
- VISCO A., *L'omicidio e le lesioni personali del consenziente*, Milano, 1929.
- WEIDENKAFF W., §630e, in *Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar)*, O. PALANDT, München, C.H. Beck, 2016.
- ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso del San Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2000.

ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e “integrità” della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

ZATTI P., *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in *Quotidiano sanità*, 7 marzo 2017.