

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto Penale delle Scienze Mediche e delle  
Biotecnologie**

**DIRETTIVE ANTICIPATE E RIFIUTO DI CURE:  
DIRITTO VIGENTE E PROSPETTIVE DI  
REGOLAMENTAZIONE**

**RELATORE**  
**Chiar.mo Prof.**  
**Cristiano Cupelli**

**CANDIDATO**  
**Marco Edgardo Florio**  
**Matr. 111863**

**CORRELATORE**  
**Chiar.mo Prof.**  
**Angelo Carmona**

**Anno Accademico 2015-2016**

## INDICE

<b>Introduzione.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

### CAPITOLO I

#### BREVI CENNI DEFINITORI IN MATERIA DI “FINE VITA”

1. Premessa.....	3
2. Radici storiche dell'eutanasia: dall'eutanasia eugenica a quella pietosa.....	4
3. Definizione giuridica di morte.....	7
4. Le forme di eutanasia pietosa.....	11
4.1. Eutanasia attiva e passiva (uccidere e lasciar morire).....	12
4.2. Eutanasia per omissione e per commissione.....	13
4.3. Mezzi ordinari e mezzi straordinari.....	14
4.4. Eutanasia diretta e indiretta.....	15
4.5. Eutanasia volontaria e non volontaria.....	17

### CAPITOLO II

#### RIFIUTO DI CURE E RESPONSABILITÀ PENALE:

#### LA SITUAZIONE ITALIANA TRA AUTODETERMINAZIONE E DIRITTO ALLA VITA

1. L'ordinamento giuridico italiano in materia di autodeterminazione.....	19
1.1. La libertà di autodeterminazione sancita dalla Costituzione.....	19
1.2. Le fonti sovranazionali: la Convenzione di Oviedo e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.....	24
1.3. La libertà di autodeterminazione ridimensionata alla luce dei principi penali.....	27
2. La teoria del bene giuridico come sostegno al diritto di autodeterminazione.....	30
3. Ricadute verso la svalutazione del diritto di autodeterminazione.....	31
4. Responsabilizzazione delle condotte contigue.....	34
4.1. Agevolazione nell'esercizio del rifiuto di cure.....	34

4.2. Limitazione del diritto di autodeterminazione.....	37
4.3. L'intervento medico arbitrario "a fin di bene": possibili giustificazioni.....	40
5. Il diritto alla vita e l'autodeterminazione: rischi di svuotamento nei casi Welby ed Englaro.....	42
5.1. Il caso Welby.....	44
5.2. Il caso Englaro.....	47
6. Osservazioni conclusive in materia di autodeterminazione in Italia.....	51

### CAPITOLO III

#### LE ESPERIENZE DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STRANIERI

1. Le esperienze degli ordinamenti stranieri: tra "living will" ed eutanasia.....	54
2. Australia.....	55
2.1. Il "Rights of the Terminally Ill Act" (1995).....	55
2.2. La disciplina attualmente vigente.....	57
3. Belgio.....	57
3.1. La "Legge relativa all'eutanasia" (2002).....	58
4. Colombia.....	62
4.1. La sentenza della Corte Costituzionale colombiana in materia di eutanasia attiva diretta (1997).....	62
5. Francia.....	64
5.1. "Loi relative aux droits des malade et à la fin de vie" (2005).....	64
5.2. La "Proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie" (2015).....	66
6. Germania.....	66
6.1. Il codice penale tedesco e le "Patientenverfügungen".....	66
7. Gran Bretagna.....	69
7.1. La giurisprudenza britannica: tra il caso Bland e il caso Pretty.....	69
7.2. Il "Mental Capacity Act".....	71
8. Paesi Bassi.....	72

8.1. La “ <i>Legge sull’interruzione della vita su richiesta e sul suicidio assistito</i> ” (2002).....	72
9. Spagna.....	74
9.1. “ <i>Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica</i> ”.....	74
10. Stati Uniti d’America.....	76
10.1. Il caso Quinlan e il “ <i>Natural Death Act</i> ” (1976).....	78
10.2. Il caso Cruzan (1990).....	81
10.3. Il “ <i>Patient Self and Determination Act</i> ” (1991).....	83
10.4. Il caso Terri Schiavo.....	84
10.5. Osservazioni conclusive sulla situazione statunitense.....	87

## CAPITOLO IV

### NOTE A MARGINE DEL RECENTE DISEGNO DI LEGGE IN MATERIA DI “TESTAMENTO BIOLOGICO”: IL D.D.L. “CALABRÒ”

1. Premessa.....	91
2. Tutela della vita e della salute.....	92
3. Consenso informato.....	96
4. Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento.....	102
5. Forma e durata della dichiarazione anticipata di trattamento.....	105
6. Assistenza ai soggetti in stato vegetativo.....	108
7. Fiduciario.....	108
8. Ruolo del medico.....	110
9. Autorizzazione giudiziaria.....	112
10. Disposizioni finali.....	113
11. Note critiche sul c.d. “Progetto Calabrò”.....	114

## CAPITOLO V

### SVILUPPI RECENTI E PROSPETTIVE DI REGOLAMENTAZIONE

1. Prospettive di regolamentazione.....	119
---	-----

2. Le proposte di legge Murer, Mantero, Locatelli, Roccella, Nicchi, Binetti e Carloni in materia di direttive anticipate di trattamento.....	120
3. La responsabilità medica alla luce della riforma Balduzzi.....	128
4. <i>“Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario”</i> (d.d.l. n. 2224/2016).....	132
5. I contenuti del d.d.l. <i>“Gelli/Bianco”</i> .....	133
5.1. Sicurezza delle cure in sanità.....	133
5.2. Attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente.....	135
5.3. Osservatorio nazionale sulla sicurezza nella sanità.....	136
5.4. Trasparenza dei dati.....	137
5.5. Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida.....	137
5.6. Responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria.....	139
5.7. Responsabilità della struttura e dell’esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria.....	141
5.8. Tentativo obbligatorio di conciliazione.....	143
5.9. Azione di rivalsa.....	145
5.10. Obbligo di assicurazione.....	150
5.11. Estensione della garanzia assicurativa.....	154
5.12. Azione diretta del soggetto danneggiato.....	155
5.13. Obbligo di comunicazione all’esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità.....	156
5.14. Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria.....	157
5.15. Nomina dei consulenti tecnici d’ufficio, dei consulenti tecnici di parte e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria.....	157
5.16. Modifiche alla legge 28 dicembre 2015, n. 208, in materia di responsabilità professionale del personale sanitario.....	158

5.17. Clausola di salvaguardia e clausola di invarianza finanziaria.....	158
6. Riflessioni conclusive sul d.d.l. “Gelli/Bianco” .....	159
<b>Conclusioni.....</b>	<b>164</b>
<b>Bibliografia e sitografia.....</b>	<b>167</b>

## INTRODUZIONE

Negli ultimi secoli l'uomo si è dedicato, con costanza e dedizione sempre maggiore, a perseguire in ogni campo il progresso scientifico e tecnologico.

In una società che cogliendo i frutti di questa spasmodica ricerca consente oggi di prolungare la vita ben oltre il suo naturale corso (mediante tecniche di rianimazione moderne, strumenti di nutrizione e idratazione artificiali e in genere ogni mezzo di cui la medicina dispone, e disporrà in futuro, in virtù del progresso scientifico), si impongono al giurista riflessioni sul delicatissimo tema del “fine vita”.

Il progresso scientifico in medicina non sempre si è dimostrato, infatti, al servizio del malato, ponendosi sovente in netto contrasto con quelle che erano le volontà (più o meno manifeste) di coloro che venivano a subire un determinato trattamento sanitario.

Il presente elaborato si propone, analizzando esaurientemente (per quanto la vastità della materia ce lo consenta) le delicate questioni che si pongono in Italia (e nel mondo) in merito alla tematica delle scelte mediche effettuate dall'individuo nella fase finale della propria esistenza, di rispondere a due principali interrogativi:

- a) esiste nel nostro ordinamento un vero e proprio “diritto di autodeterminazione” in materia di salute?
- b) Un testo del tenore del d.d.l “Calabrò” (che, fino ad oggi, è parsa la legge più vicina ad acquisire pieno valore giuridico in materia di “scelte di fine vita”), può essere effettivamente considerato un efficace strumento di tutela delle volontà e dell'autodeterminazione dell'individuo?

Inizieremo la nostra analisi col fornire alcuni cenni definatori in una materia, qual è quella del biodiritto, in cui non si può prescindere dalla conoscenza di nozioni giuridiche che quasi sempre risultano connotate da caratteri medici.

Analizzeremo anzitutto la definizione giuridica di morte e le diverse accezioni che hanno connotato il termine eutanasia nel corso dei secoli, sottolineando in particolare il passaggio dalla concezione eugenica a quella pietosa e le diverse distinzioni che, all'interno della c.d. eutanasia pietosa, ha operato negli anni la dottrina.

Nel secondo capitolo ci concentreremo sulla situazione italiana, sospesa tra l'affermazione dei principi di libertà e autodeterminazione, come sanciti dalla

Costituzione, e l'affermazione di valori morali ed etici che hanno portato il legislatore a cristallizzare nel codice penale il principio di indisponibilità del "bene vita", con particolare riguardo all'esame delle fonti (costituzionali e non) e delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza nei casi Welby ed Englaro.

Passeremo poi ad una breve analisi, di natura comparatistica, delle soluzioni adottate dagli altri Paesi, europei ed extraeuropei, in materia di eutanasia e direttive anticipate di trattamento, con particolare attenzione ai casi giurisprudenziali che hanno segnato l'esperienza statunitense.

Prima di concludere il nostro lavoro effettueremo un'analisi dettagliata di due importanti disegni di legge: il c.d. "Progetto Calabrò", in materia di direttive anticipate di trattamento, e il d.d.l. "Gelli/Bianco", in materia di responsabilità professionale del personale sanitario.

Dapprima affronteremo il tanto critico e criticato d.d.l. "Calabrò", mettendone in luce i (pochi) pregi e i (molti) difetti in un'analisi condotta articolo per articolo, con particolare attenzione a contenuti, forme e durata delle direttive anticipate di trattamento.

Poi effettueremo una rapida rassegna delle più recenti proposte di legge in materia di "testamento biologico" e un'analisi approfondita dell'approvato d.d.l. n. 2224/2016 (Gelli/Bianco).

Anche qui procederemo ad un'ispezione completa e approfondita dei contenuti del testo, per meglio evidenziarne punti di interesse e criticità.

Il nostro sguardo indugerà, con particolare attenzione, sulle disposizioni contenute nell'articolo 6, che contiene le disposizioni di maggior interesse per il penalista (e che quindi maggiormente ci preme analizzare), e nell'articolo 7, che rappresenta una vera e propria rivoluzione in ambito di responsabilità civile medica.

Concluderemo l'elaborato, infine, cercando di fornire qualche risposta agli interrogativi posti in apertura e indicando una possibile strada che il legislatore potrebbe seguire per dare una soluzione definitiva ai problemi che solleva nel nostro ordinamento, in materia di eutanasia e direttive anticipate di trattamento, il contrasto tra "principio di autodeterminazione" e "diritto alla vita".

## CAPITOLO I

### BREVI CENNI DEFINITORI IN MATERIA DI “FINE VITA”

**Sommario:** 1. Premessa - 2. Radici storiche dell'eutanasia: dall'eutanasia eugenica a quella pietosa - 3. Definizione giuridica di morte - 4. Le forme di eutanasia pietosa - 4.1. Eutanasia attiva e passiva (uccidere e lasciar morire) - 4.2. Eutanasia per omissione e per commissione - 4.3. Mezzi ordinari e mezzi straordinari - 4.4. Eutanasia diretta e indiretta - 4.5. Eutanasia volontaria e non volontaria

#### 1. Premessa

La tematica delle “scelte di fine vita”, come viene spesso definita la riflessione sulla morte “*ove essa non sia un semplice fatto, ma una più o meno diretta decisione dell'individuo*”<sup>1</sup>, ha assunto con il passare degli anni dimensioni sempre più vaste e contorni sempre più sfumati.

Si tratta di un macro-tema composto di vari profili problematici che si intersecano tra loro: i problemi definatori del concetto di eutanasia, la corretta interpretazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 32 e 13 della Costituzione, le relazioni con la libertà della professione medica e con il principio del consenso informato, la problematica del “testamento biologico” con i suoi vari aspetti rilevanti, non ultimo il tema dell'attualità del consenso, e via dicendo<sup>2</sup>.

In questa sede, per evidenti motivi di spazio sarà possibile affrontare solo alcuni aspetti, con la consapevolezza di non poterli comunque esaurire del tutto.

Come anticipato la nostra analisi si propone di rispondere a due quesiti principali:

- esiste nel nostro ordinamento un vero e proprio “diritto di autodeterminazione” in materia di salute?

---

<sup>1</sup> T. CHECCOLI, *Brevi note sulla distinzione fra eutanasia attiva e passiva*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it), 2008, 1 ss.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

- Il “testamento biologico”, così come stabilito dal d.d.l. “Calabrò”, rappresenta effettivamente un’adeguata via d’uscita dalle problematiche che la realtà medica, pone quotidianamente, in tema di “scelte di fine vita”?

Dal momento che i fenomeni da cui si origina la problematica del fine vita presentano una certa complessità già sul piano descrittivo, ancor prima che su quello della loro regolazione normativa, diviene imprescindibile, prima di poter dare una risposta adeguata agli interrogativi posti, fornire alcune definizioni compiute delle situazioni concretamente riscontrabili in materia.

## **2. Radici storiche dell’eutanasia: dall’eutanasia eugenica a quella pietosa**

Il dato terminologico dal quale conviene partire è senza dubbio quello di “eutanasia”.

Si tratta di un termine caratterizzato da un’accezione “*fortemente ambigua*” e che nel corso dei secoli ha visto ricondurre a sé “*fenomeni diversi quando non opposti*”<sup>3</sup> al suo significato etimologico di “*morte dolce, felice*”<sup>4</sup>.

La parola “eutanasia”, che deriva dal termine greco “*ευθανασία*”, vocabolo a sua volta composto dai termini “*εὖ*” (bene) e “*θάνατος*” (morte), letteralmente significa “buona morte” ed è solitamente intesa nel senso di morte procurata intenzionalmente nell’interesse di un individuo la cui qualità della vita sia, in genere, permanentemente e gravemente compromessa.

Il termine ha, tuttavia, assunto un tale significato etimologico solo in epoca recente, a partire dall’utilizzo che ne ha fatto il filosofo Bacone agli inizi del XVII sec.

Bacone fu invero il primo a fornire tale termine, mutuandolo dal passato, di una valenza del tutto nuova, inerente all’ambito medico, e appunto intesa in un’accezione

---

<sup>3</sup> In questo senso M. CHARLESWORTH, *L’etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, trad. it. Roma, Donzelli, 1996, 22, che ritiene il termine eutanasia totalmente compromesso, tanto da suggerire di farne completamente a meno.

<sup>4</sup> C. TRIPODINA, *Il diritto nell’età della tecnica: il caso dell’eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, 17; L.RISICATO, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in [www.statochiese.it](http://www.statochiese.it), 2009, 6 ss.

altruistica, quale accompagnamento indolore del malato nella fase finale della vita (eutanasia pietosa)<sup>5</sup>.

Non si rinviene, infatti, nell'antichità un atteggiamento pietistico nei confronti dei malati, quanto piuttosto la tendenza a ritenere l'eutanasia come un qualcosa di socialmente imposto.

Le prime forme di eutanasia si presentano, quindi, con un'accezione di tipo più che altro economico<sup>6</sup> ed eugenico<sup>7</sup>, tese ora ad eliminare i soggetti malati, in quanto dannosi per l'economia della società, ora alla preservazione della salute della comunità per il mantenimento della stessa.

Di queste pratiche si rinviene una traccia sicura nel mondo romano arcaico, nella società spartana e presumibilmente anche in molte comunità primitive<sup>8</sup>.

Non è tuttavia necessario volgere lo sguardo ad epoche così risalenti nel tempo per riscontrare altri esempi in tal senso: non si può non ricordare, infatti, come il secolo scorso abbia visto il riaffiorare in misura corposa di tali metodi nelle sperimentazioni eugenetiche e nelle selezioni razziali operate dal regime nazista.

Le ragioni storiche più limpide di questa impostazione si possono riscontrare nella concezione assoluta di interdipendenza tra individuo e comunità di appartenenza: il singolo individuo risulta svalutato, visto unicamente in funzione della utilità che può apportare alla società cui appartiene.

Si tratta di una concezione facilmente individuabile nel pensiero politico di Platone<sup>9</sup> (favorevole anche all'eutanasia della persona adulta gravemente malata ormai “non

---

<sup>5</sup> A. GIACALONE, *Profili giuridici dell'eutanasia*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2005, 21 ss; R. BARCARO, *L'eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Franco Angeli, Milano, 1998; F. MANTOVANI, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in “Archivio Giuridico”, nn. 1-2, 1970, 37 ss.

<sup>6</sup> Sulla c.d. “eutanasia economica” cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, Giuffrè, Milano, 1992, 59 ss.

<sup>7</sup> F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 59 ss.; R. BARCARO, *op. cit.*

<sup>8</sup> A. PORCARELLI, *L'eutanasia nella storia*, in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it).

<sup>9</sup> G. LUCCHETTI, D. MASINI, F. MATTIOLI, *Spunti per un'indagine sull'eutanasia nel mondo antico*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, 26.

*utile né a sé né allo Stato*”<sup>10</sup>), per ciò che riguarda il mondo antico, e nella visione utilitaristica e collettivistica dei regimi totalitari del XX secolo<sup>11</sup>.

Della medesima impostazione risente anche l’avversione dimostrata nei confronti dell’opposta prospettiva della scelta individuale di porre fine alla propria vita tramite il suicidio.

Anche se gli atti dispositivi del proprio corpo nel mondo antico non erano soggetti allo stesso grado di disapprovazione avuto in seguito con l’avvento del cristianesimo, il suicidio non era, infatti, tanto considerato come espressione di libertà individuale quanto come un venir meno ai propri doveri nei confronti della società.

Si tratta di considerazioni facilmente estrapolabili dagli scritti di Platone e Aristotele anche in relazione ad atti motivati da condizioni di sofferenza fisica insopportabile<sup>12</sup>.

L’avvento del cristianesimo ha poi determinato una posizione ancor più oltranzista nei confronti dell’autodeterminazione e del “diritto a morire”, valori assolutamente inconciliabili con la morale cristiana, volta ad escludere l’effettiva disponibilità per l’uomo della propria vita<sup>13</sup>.

Per avere una rinnovata sensibilità verso la condizione del malato e un’apertura significativa verso l’eutanasia pietosa si è dovuto attendere il secondo dopoguerra: un’epoca in cui la concezione di completa appartenenza della propria vita alla società e a Dio ha ceduto il passo alla rinnovata visione dell’uomo quale unico e solo referente delle proprie decisioni, libero e non più sottoposto all’imposizione, dall’alto, di questa o quella visione del mondo<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> PLATONE, *La Repubblica*, III, 459c - 460c (trad. it. in *Opere complete*, Laterza, Roma-Bari, 2003).

<sup>11</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 26.

<sup>12</sup> Lo stesso giuramento di Ippocrate, di certo sensibile alle esigenze e alla dignità dell’individuo, stabilisce l’esigenza di non procurare la morte al malato, neppure su sua esplicita richiesta: v. A. PORCARELLI, *op. cit.*, in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it).

<sup>13</sup> G. LUCCHETTI, D. MASINI, F. MATTIOLI, *Spunti per un’indagine sull’eutanasia nel mondo antico*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *op. cit.*, 45; A. PORCARELLI, *op. cit.*, in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it).

<sup>14</sup> P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma.*, Giuffrè, Milano, 2007, 10 ss.

Si tratta a ben vedere della stessa concezione che ha gettato le basi per il pensiero laico e per la centralità dell’individuo, che si rinviene all’interno delle moderne Costituzioni<sup>15</sup>.

Nell’epoca attuale (e limitatamente al mondo occidentale), orientata su posizioni ben più individualiste e relativiste, si rinvengono pertanto rivendicazioni completamente nuove rispetto al passato, basate sulla libertà personale quale obiettivo fondamentale di tutela delle Costituzioni attuali.

Non sconvolge quindi che, visti i moderni valori illuministici di centralità e libertà dell’individuo posti a fondamento della moderna società occidentale, la stessa eutanasia abbia assunto una veste del tutto nuova rispetto al passato: non più eutanasia eugenica, *“eutanasia oggi è, dunque, esclusivamente eutanasia pietosa, atto individuale di un uomo verso un altro uomo, sorretto dal movente altruistico di arrecare beneficio a chi si trovi in condizione di malattia terminale e sofferenza irrimediabile”*<sup>16</sup>.

Occorre osservare, da ultimo, come i rapidissimi sviluppi della tecnica medica abbiano portato ad una significativa crescita di casi pratici, dimostrando l’esigenza indiscussa di inquadrare la questione non solo in termini etici, ma anche, e soprattutto, in termini giuridici.

L’esperienza avutasi in campo civilistico e penalistico negli ultimi anni ha portato così la dottrina ad elaborare, in relazione alla complessità dei casi riscontrabili, determinate categorie di eutanasia pietosa che, pur risentendo dei limiti propri di qualsivoglia costruzione teorica, potranno essere di ausilio ai fini della corretta comprensione delle differenze, che risultano maggiormente rilevanti ai fini della trattazione giuridica, tra le situazioni in concreto verificabili.

### **3. Definizione giuridica di morte**

---

<sup>15</sup> C. CASONATO, *Bioetica e pluralismo nello stato costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006, 3.

<sup>16</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 27 ss.

Prima di procedere all’analisi delle diverse forme di eutanasia, così come elaborate dalla dottrina, risulta quantomeno opportuno, tuttavia, fornire un ulteriore concetto: la definizione giuridica di “morte”.

Sarà necessario cioè individuare, innanzitutto, quando un soggetto possa in concreto dirsi morto e quando, invece, sia da considerare ancora in vita così da poter “*chiarire che cosa non possa essere eutanasia, perché ormai vita non vi è più*”<sup>17</sup>.

Prima che venissero alla luce le tecniche moderne di rianimazione, la morte era generalmente fatta coincidere con la cessazione delle funzioni cardiache, respiratorie e nervose<sup>18</sup>.

La considerazione che oggi si ha del valore della dignità umana e le recenti scoperte scientifiche e tecnologiche in campo medico, invece, “*impongono una valutazione più estesa della vita dell’uomo, una valutazione che abbia riguardo non solo all’aspetto meccanico (biologico) della vita, ma che tenga in grande considerazione la possibilità di ogni persona di relazionarsi con gli altri*”<sup>19</sup>.

Una concezione che voglia dirsi moderna non potrebbe quindi, secondo molti, esimersi dall’accogliere l’idea che la vita vada intesa quale possibilità di relazione con il mondo esterno e che, di conseguenza, la morte debba identificarsi con la cessazione dell’attività della coscienza, essendo questa il *quid* che caratterizza l’essere umano (teoria personalistica)<sup>20</sup>.

Si tratta di una prospettiva non incontrastata: il Comitato Nazionale per la Bioetica, tra gli altri, ha riferito come far risalire il momento della morte alla cessazione dell’attività cosciente determini numerose incertezze e come, in particolare, risulti di difficile accertamento, vista la mancanza di criteri obiettivi utilizzabili, la sicura cessazione della coscienza stessa<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 27 ss.

<sup>18</sup> L. MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *L’indice penale*, I, Cedam, Padova, 1998, 469.

<sup>19</sup> A. GIACALONE, *op. cit.*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2005, 18.

<sup>20</sup> *Ibidem*

<sup>21</sup> Parere reso dal Comitato Nazionale per la Bioetica il 18 giugno 1991, in *Riv. It. Med. Leg.*, Milano, 1991, 944 ss.

Entrambe le opinioni sull’effettivo inquadramento della nozione di morte devono comunque tener conto dell’espressa presa di posizione del legislatore che ha definito in maniera puntuale il confine tra la vita e la morte.

Si segnala in prima battuta, quale parametro fondamentale di valutazione, l’art. 4 della legge 2 dicembre 1975, n. 644, in base al quale “...lo stato di morte dipende dall’accertamento e dall’intervallato controllo di uno stato di coma profondo, di assenza di respirazione spontanea dopo sospensione, per due minuti, di quella artificiale e di assenza di attività elettrica cerebrale spontanea o provocata”.

Si tratta di una norma, elaborata dal legislatore in materia di trapianti d’organi, da subito inquadrata come scientificamente autorevole, al punto che la sua *ratio* è stata poi incamerata dal successivo art. 1 della legge 29 dicembre 1993, n. 578 (*Norme per l’accertamento e la certificazione di morte*), ai sensi del quale: “la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo”<sup>22</sup> (la c.d. morte cerebrale<sup>23</sup>).

Più nel dettaglio, ai sensi della predetta legge, la morte è accertata quando si riscontra la presenza simultanea delle seguenti condizioni<sup>24</sup>: 1) stato di incoscienza; 2) assenza di riflessi del tronco encefalico e di respiro spontaneo; 3) silenzio elettrico cerebrale documentato dall’encefalogramma (EEG piatto); 4) in particolari circostanze (ad esempio per i bambini di età inferiore a un anno o per particolari patologie), assenza di flusso ematico cerebrale.

---

<sup>22</sup> Per cervello (o encefalo) si intende “l’insieme degli emisferi cerebrali (di cui la corteccia costituisce la parte più superficiale) e del tronco encefalico: i primi sono fattori indispensabili, anche se non unici, nel determinare lo stato di coscienza; il secondo controlla le funzioni vegetative. La morte cerebrale viene accertata [...] quando scompaiono i segni della funzione dell’encefalo nel suo complesso - e non solo di una delle sue parti - su un arco di tempo di diverse ore”. (C. CASALONE, *La medicina di fronte alla morte. Tra eutanasia e accanimento terapeutico*, in *Aggiornamenti sociali on-line*, nn. 7-8, 2002, 2).

<sup>23</sup> L’identificazione della morte con la morte cerebrale si ha la prima volta in AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible Coma*, in *Journal of American Medical Association*, 205, 1968, 337 ss.

<sup>24</sup> Il momento della morte coincide con l’inizio dell’esistenza contemporanea delle condizioni descritte. Il periodo di osservazione ai fini dell’accertamento di morte non deve essere inferiore a 6 ore per gli adulti, mentre per i bambini di età inferiore a 5 anni e per i neonati valgono criteri diversi. *Ex* legge 1 aprile 1999, n. 91, (*Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*), l’accertamento della morte viene affidato a un collegio medico, che “deve esprimere un giudizio unanime sul momento della morte”.

Oltre a fornire un elemento di certezza giuridica, l'identificazione giuridica della nozione di morte acquisisce anche portata generale, atteso che, come sottolinea autorevole dottrina, ad oggi non può che ritenersi un elemento normativo della fattispecie penale<sup>25</sup>.

Il dato positivo non solo sembra coincidere con i propositi della teoria personalistica, nella misura in cui la cessazione dell'attività dell'encefalo provocherebbe la fine anche della coscienza dell'individuo, ma trova persino il consenso del Comitato Nazionale per la Bioetica, quale unico criterio neurologico accoglibile<sup>26</sup>.

È risaputo infatti come l'encefalo sia la sede del sistema nervoso centrale e come rappresenti quindi il meccanismo di regolazione di qualsivoglia capacità dell'individuo nella sua dimensione di essere vivente.

La coincidenza tra dato positivo e teoria personalistica è, tuttavia, solo apparente: vita biologica e coscienza non sono collegati in modo perfetto da un nesso di reciprocità, ben potendo accadere, anzi, che una persona, pur perdendo le funzioni controllate dalla corteccia cerebrale, conservi la funzionalità del tronco encefalico, dovendo essere quindi considerata, alla luce del dettato normativo, che come anticipato richiama “*tutte*” le funzioni dell'encefalo, ancora in vita.

Si tratta di un “*punto di rottura*” tra il concetto normativo di morte e la teoria personalistica, ove “*il primo mostra di non comprendere interamente la seconda*”<sup>27</sup>.

Alla luce del diritto positivo, quindi, “*è escluso si possa parlare di uccisione di un uomo - e di conseguenza di eutanasia - quando si intervenga con atti diretti a interrompere l'assistenza artificiale in un soggetto a encefalogramma piatto, in quanto si tratta di soggetto giuridicamente già morto*”<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, Milano, 1997, 102.; *Contra*, nel senso che il concetto di morte debba essere individuato in concreto, v. Ass. App. Milano 23/2003 in *Guida al diritto*, n. 40, del 19/10/2002, 42 ss.

<sup>26</sup> L. MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *op. cit.*, 471.

<sup>27</sup> In questi termini A. GIACALONE, *op. cit.*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2005, 20.

<sup>28</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 33.

E, anzi, *“in tali casi diviene doveroso non accanirsi nel voler tenere in vita un cadavere, salvo che mantenere attive certe funzioni sia necessario per effettuare un prelievo di organi a scopo di trapianto”*<sup>29</sup>.

#### **4. Le forme di eutanasia pietosa**

Come abbiamo visto già da una parziale e riassuntiva ricostruzione del termine eutanasia emerge un’area semantica di notevole ampiezza che, per poter essere analizzata correttamente, necessita di essere ristretta.

In primo luogo si dovranno escludere tutte quelle forme di eutanasia eugenetica ed economica per lasciar spazio unicamente a quella forma di eutanasia c.d. “pietosa”, *“da intendersi quella in cui l’unico scopo sia quello di andare incontro ad un desiderio, esplicito o presunto, di un individuo, il quale, a causa di una condizione di vita resa inaccettabile da gravi sofferenze, voglia che la sua vita abbia termine, generalmente dovendosi servire, in modo più o meno consistente, dell’intervento altrui per raggiungere detto obiettivo”*<sup>30</sup>.

All’interno dell’eutanasia c.d. “pietosa” la dottrina ha individuato, nel corso degli anni, diverse categorie.

Presto abbandonato il binomio eutanasia attiva/passiva a causa della limitata capacità descrittiva, la dottrina è approdata all’individuazione delle seguenti combinazioni di eutanasia pietosa:

- a) sotto il profilo della condotta del soggetto agente, la coppia eutanasia per omissione/per commissione, entro le quali si rilevano rispettivamente,
  - nell’eutanasia per omissione, la distinzione tra mezzi ordinari e mezzi straordinari;
  - nell’eutanasia per commissione, la distinzione tra uccisione diretta e indiretta;
- b) sotto il profilo della volontà del paziente, la coppia eutanasia volontaria/non volontaria.

---

<sup>29</sup> In tal senso la legge 1 aprile 1999, n. 91, (*Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*).

<sup>30</sup> In questi termini T. CHECCOLI, *op. cit.*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it), 2008, 4.; per un’analisi approfondita delle accezioni che il termine “eutanasia” ha assunto v. C. TRIPODINA, *op.cit.*, 28 ss.

#### 4.1. Eutanasia attiva e passiva (uccidere e lasciar morire)

La prima distinzione che generalmente viene operata è quella tra “eutanasia attiva” ed “eutanasia passiva”.

Come evidenzia la dottrina le due ipotesi possono icasticamente ricondursi, rispettivamente, all’uccidere o al lasciar morire<sup>31</sup> (*mercy-killing* e *letting die*)<sup>32</sup>.

L’eutanasia attiva si traduce nel fatto del terzo (medico o altro soggetto) che, mediante un comportamento attivo, cagiona la morte del paziente ovvero ne anticipa il momento. La caratteristica che viene in rilievo al fine di distinguere l’eutanasia attiva da quella passiva è ovviamente l’azione che, nella forma attiva, determina la morte come causa ovvero concausa<sup>33</sup>: si comprende facilmente, perciò, come tale comportamento, che presenta tutti gli elementi tipici della fattispecie di omicidio (l’elemento soggettivo, l’azione, il nesso di causalità e l’evento morte) e che se ne differenzia soltanto per le particolari circostanze dell’azione, venga di frequente fatto ricadere nell’alveo dell’art. 575 c.p.<sup>34</sup>

L’eutanasia passiva si connota, invece, per il carattere omissivo della condotta: carattere che all’atto pratico, tuttavia, risulta spesso di non facile identificazione.

La dottrina, invero, “*ha da tempo rilevato come, se questa differenza di causalità poteva risultare efficace per distinguere situazioni in un tempo in cui, dal punto di vista tecnico, vi era una grande povertà di strumenti di lotta e di intervento per contrastare il sopraggiungere della morte dei malati terminali, la sempre crescente complessità dei trattamenti medici, in specie di quelli ad alta tecnologia applicati nella*

---

<sup>31</sup> M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001, 134; A. GIACALONE, *op. cit.*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2005, 27.

<sup>32</sup> Il principio di simmetria morale tra uccidere e lasciar morire è stato avanzato in origine da Micheal Tooley in un articolo dedicato ad aborto ed infanticidio (M. TOOLEY, *Aborto e infanticidio*, in G. FERRANTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Introduzione alla bioetica*, Liguori, Napoli, 1992, 25 ss.) e poi ripreso e applicato al caso dell’eutanasia da J. RACHELS, *Uccidere, lasciar morire, e il valore della vita*, in “*Bioetica*”, n. 2, 1993, 279 ss. (ma le stesse tesi sono sviluppate più ampiamente anche in J. RACHELS, *La fine della vita: la moralità dell’eutanasia*, trad. it. Torino, Sonda, 1989, 121).

<sup>33</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 34 ss.

<sup>34</sup> Occorre precisare come “*Sicuramente illecita, invero, è l’eutanasia attiva non consensuale, ovvero quella che, in assenza di qualsivoglia manifestazione di volontà dell’interessato, provochi la morte dello stesso*”: A. GIACALONE, *op. cit.*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2005, 28.

*fase finale della vita, abbia reso più oscura la distinzione tra ciò che è uccidere e ciò che è lasciar morire*<sup>35</sup>.

Se risulta, infatti, tutto sommato semplice identificare il carattere omissivo del comportamento del medico che manchi di somministrare un farmaco necessario alla sopravvivenza del paziente, altrettanto non potrà dirsi, invece, per l'identificazione del carattere omissivo del comportamento di chi sospenda una terapia con una condotta di fatto attiva (come spegnere un'apparecchiatura o rimuovere un sondino nasogastrico per l'alimentazione): in questi casi la dottrina generalmente parla di “eutanasia passiva per commissione”<sup>36</sup>.

Parimenti si osserva come quella che tradizionalmente viene definita eutanasia attiva possa attuarsi non solo mediante azione, ma anche mediante omissione (c.d. “eutanasia attiva per omissione”)<sup>37</sup>, laddove, nella fase terminale di una malattia mortale il medico, verificandosi complicazioni capaci di provocare la morte, decida di astenersi dall'intervenire con presidi terapeutici ordinari che avrebbero agevolmente arginato le complicazioni stesse<sup>38</sup>.

La problematicità di questa distinzione non è da sottovalutare, soprattutto alla luce del fatto che, come vedremo in seguito, si tratta di categorie utilizzate da gran parte della dottrina come strumento di discernimento tra condotte lecite e condotte illecite.

#### **4.2. Eutanasia per omissione e per commissione**

Come si è visto il binomio eutanasia attiva/eutanasia passiva, *“benché di grande impatto sintetico-evocativo, risulta ormai non più nitido e fuorviante se assunto come base di partenza per chiarire il concetto di eutanasia”*<sup>39</sup>.

Più idoneo come punto di avvio appare, invece, il binomio omettere/commettere.

---

<sup>35</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 35.

<sup>36</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 37; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *op. cit.*, 86.

<sup>37</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 36.

<sup>38</sup> È il caso del malato terminale di cancro al quale viene diagnosticata un'infezione polmonare che il medico decide di non curare - come agevolmente potrebbe - con gli antibiotici, provocando direttamente con la sua omissione un rapido decesso del paziente per polmonite.

<sup>39</sup> Così C. TRIPODINA, *op. cit.*, 38.

Nella distinzione tra l’eutanasia per omissione e quella operata mediante commissione, per omettere s’intende “*non fare, tralasciare o evitare di compiere un’azione che rientra nell’ambito di ciò che si sa e si può fare*”; per commettere s’intende “*fare, eseguire o mettere in atto un’azione che non si dovrebbe compiere*”<sup>40</sup>.

Sia compiere un atto che conduce alla morte, sia ometterne un altro che la potrebbe impedire possono quindi essere oggetto di disapprovazione morale e responsabilità giuridica.

In determinati casi, tuttavia, se esistono determinati elementi discriminanti, tali comportamenti possono risultare legittimi se non addirittura doverosi:

- nell’eutanasia mediante omissione, l’elemento di discriminazione è la doverosità dell’intervento che si omette e la distinzione che viene in rilievo è quella tra mezzi ordinari e mezzi straordinari;
- nell’eutanasia per commissione, invece, l’elemento discriminante tra azione lecita e azione illecita è rappresentato dall’intenzione dell’agente e la distinzione che rileva è, quindi, quella tra uccisione diretta e uccisione indiretta.

### **4.3. Mezzi ordinari e mezzi straordinari**

Non sempre chi ha ommesso di fare qualcosa per impedire che un evento mortale si verificasse può essere considerato responsabile della successiva avvenuta morte: ciò che generalmente rileva ai fini dell’individuazione di una qualsivoglia responsabilità è la doverosità dell’azione omessa.

Come lo stesso art. 40, comma 2, c.p. afferma “*Non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”.

La soluzione non è, tuttavia, assoluta nemmeno nei rapporti in cui esistono doveri precisi: a determinati doveri spesso conseguono determinati limiti applicativi.

Diviene quindi opportuno stabilire quali circostanze rendano l’omissione, anche nei casi di doverosità dell’azione, giustificata.

---

<sup>40</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 38.

La distinzione che tradizionalmente rileva in dottrina, al fine di determinare i casi in cui l’omissione sia giuridicamente lecita, è quella tra mezzi terapeutici ordinari e straordinari.

La dottrina nel corso degli anni, nel tentativo di stabilire i criteri in base ai quali un mezzo potesse essere giudicato ordinario ovvero straordinario, ha elaborato diverse soluzioni classificatorie<sup>41</sup>:

- un primo criterio classificava come ordinari i mezzi terapeutici che giovassero al prolungamento della vita, mentre bollava come straordinari tutti quei trattamenti che invece prolungassero semplicemente il processo di morte;
- un secondo criterio indicava come ordinari i trattamenti comuni, e come straordinari i trattamenti eccezionali, particolari, sperimentali ovvero particolarmente onerosi;
- un terzo criterio sottolineava invece la natura circostanziale di quel che viene considerato ordinario o straordinario, una pratica doveva cioè essere considerata straordinaria se esisteva una qualsivoglia grave ragione per cui la stessa non doveva essere eseguita su quel determinato soggetto in quelle precise circostanze.

Alla luce della revisione del codice deontologico del 2006, il criterio che ad oggi sembra incontrare maggior consenso è proprio quest’ultimo<sup>42</sup>.

L’art. 16 del codice deontologico stabilisce infatti che *“il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall’ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita”*.

Si sancisce, sostanzialmente, l’impossibilità di costruire un elenco tassativo dei mezzi ordinari e dei mezzi straordinari e, contestualmente, la necessità di valutare di caso in caso costi e benefici del mezzo terapeutico impiegato: dalla distinzione mezzi ordinari/straordinari si passa, quindi, a quella mezzi proporzionati/sproporzionati.

#### **4.4. Eutanasia diretta e indiretta**

---

<sup>41</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 41 ss.

<sup>42</sup> Cfr. C. A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, 583 ss.

All'interno della categoria dell'eutanasia per commissione rileva invece, ulteriormente, la distinzione basata essenzialmente sul movente della condotta tra “eutanasia diretta” ed “eutanasia indiretta”<sup>43</sup>.

Per eutanasia diretta si intende, infatti, quella cagionata mediante un'azione nella quale la morte è prevista e perseguita volontariamente dal soggetto agente quale fine primario o quale mezzo per raggiungere fini ulteriori.

L'eutanasia indiretta è, al contrario, quella in cui la morte, come conseguenza dell'azione eutanasiaca, non è prevista o, seppure prevista, non è voluta<sup>44</sup>.

Si tratta di una distinzione che origina dalla constatazione che cagionare la morte di un uomo è sempre un male, ma talvolta non si può evitare di compiere tale male<sup>45</sup>.

Partendo da queste premesse e dalla giustificazione dell'uccisione per legittima difesa, si è sviluppata, in seguito, una complessa teoria nota come “dottrina del doppio effetto”, volta a stabilire le condizioni in base alle quali un agente può cagionare il male senza perdere la propria integrità morale<sup>46</sup>.

La distinzione tra eutanasia diretta e indiretta è, perciò, chiaramente intesa a distinguere l'aiuto nel morire (eutanasia indiretta) dall'aiuto a morire (eutanasia diretta) per “*lasciar filtrare nella sfera del morale e del lecito il primo e non anche il secondo*”<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 46 ss.

<sup>44</sup> Tale distinzione, come ricorda D. NERI, *Eutanasia*, Laterza, Roma-Bari, 1995, cit. 34 ss., risale ai primi secoli di vita del cristianesimo e venne introdotta quando i cristiani dovettero abbandonare l'originario e radicale pacifismo basato sull'insegnamento di Gesù per venire a patti con faccende mondane come la guerra.

<sup>45</sup> Tommaso D'Aquino chiarì il concetto mediante l'esempio dell'autodifesa (TOMMASO D'AQUINO, *La somma Teologica*, trad. it. Bologna, Edizioni studio domenicano, 1985-1988).

<sup>46</sup> Tale dottrina parte dall'idea che spesso le azioni degli uomini, insieme alle conseguenze buone espressamente volute, possono essere causa anche di azioni non volute e non desiderate, che tuttavia si prevede accompagneranno quelle volute. In tali ipotesi, l'alternativa è tra scegliere di non compiere l'azione, ovvero decidere di compierla ugualmente dopo aver effettuato un attento bilanciamento tra le possibili conseguenze e aver determinato che quelle buone sono superiori alle cattive. I criteri guida che possono aiutare l'uomo in questo dilemma sono quattro: 1) l'atto stesso deve essere in sé moralmente buono o perlomeno indifferente, ma non può essere intrinsecamente cattivo. Se è tale, per quanto possa essere buono l'effetto che si attende in confronto a quelli cattivi, l'atto non può essere compiuto; 2) l'effetto buono deve essere quello direttamente inteso dall'agente, mentre quello cattivo deve essere solo previsto e permesso, ma non inteso direttamente; 3) l'effetto cattivo non deve essere il mezzo per ottenere il bene; 4) l'effetto buono deve essere proporzionalmente maggiore di quello cattivo.

<sup>47</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 46 ss.

Forme di eutanasia indiretta si rinvencono talvolta, in concreto, nell’ambito della c.d. “terapia del dolore”<sup>48</sup>.

Concettualmente prossimo all’eutanasia attiva diretta è invece l’aiuto al suicidio, in cui la morte è conseguenza di un atto suicida del malato terminale, ma consigliato e aiutato da un terzo: l’elemento che consente di discernere tra le due è la riconducibilità dell’ultima azione, nella catena che conduce alla morte, al medico ovvero al paziente.

#### **4.5. Eutanasia volontaria e non volontaria**

L’ultima distinzione è quella che si basa sulla volontà del malato: si parla generalmente di “eutanasia volontaria” (o su richiesta) nei casi in cui si tratti di *“morte benefica procurata da altri a chi sia affetto da malattia inguaribile a esito letale, su richiesta valida di questi, per porre fine a uno stato di sofferenza considerato dal paziente inutile e intollerabile”*<sup>49</sup> e di “eutanasia non volontaria”, invece, quando - ove il paziente non sia mai stato, e presumibilmente non sarà mai, in grado di formare una sua volontà in proposito, ovvero lo sia stato un tempo ma non lo sia più al momento in cui subisce l’eutanasia - si prescinda del tutto da un’espressa richiesta di morte e si faccia ricorso a forme di giudizio sostitutivo.

Riguardo l’eutanasia volontaria gran parte della dottrina è concorde nel ritenere che, in caso di valida ed espressa manifestazione di volontà (sia che questa venga fatta nella contingenza della malattia incurabile sia che venga predisposta dal paziente nel momento del benessere mediante le c.d. “direttive anticipate”), il rispetto dell’autodeterminazione - ossia del diritto che ciascuno ha di prendere da sé le decisioni fondamentali sulla propria vita - imponga che sia consentito al paziente di ottenere che si metta fine alla sua vita quando lo richieda<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> A. GIACALONE, *op. cit.*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2005, 29.

<sup>49</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 56 ss., riportando le parole di D. NERI, *op. cit.*, cit., 57.

<sup>50</sup> In dottrina si ravvisa unanimità di consensi in merito all’irrelevanza penale dell’omissione o dell’interruzione delle cure nel caso sia lo stesso malato a rifiutare l’intervento medico. Cfr., *ex multis*, S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi, le diverse tipologie di eutanasia; una legislazione possibile*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, 225; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di omicidio ed eutanasia*, in “*Riv. it. dir. e proc. pen.*”, 1995, 692; F. STELLA, *Il problema giuridico dell’eutanasia: l’interruzione e l’abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1018; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, Zanichelli, Roma, 2014, 38.

Decisamente più controversa appare la liceità delle forme di eutanasia non volontaria: *“si tratta di situazioni controverse che la dottrina non accetta unanimemente vengano accolte sotto la definizione di eutanasia pietosa, potendo in tali casi essere assenti tanto la prossimità della morte quanto la sofferenza fisica della vittima, che normalmente si ritengono costituire elementi oggettivi dai quali non è possibile prescindere per parlare di eutanasia pietatis causa”*<sup>51</sup>.

Gran parte della dottrina, tuttavia, ritiene giuridicamente lecita anche l'eutanasia non volontaria ove sia possibile ricostruire la volontà del paziente dalle sue convinzioni pregresse, manifestate quando era ancora in uno stato di coscienza: il ricorso alla c.d. “volontà presunta” rimane, comunque, tutt'ora controverso alla luce dell'evidente delicatezza richiesta dall'operazione ricostruttiva della stessa<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 58.

<sup>52</sup> Sulle incertezze relative alle presunzioni di volontà, con particolare riguardo al caso Englaro: P. A. DE SANTIS, *Il caso Englaro. Se il diritto alla autodeterminazione terapeutica diventa "diritto di morire"*, in [www.ildirittoconcorsi.it](http://www.ildirittoconcorsi.it), 2008; C. CASONATO, *Fine vita: il diritto che c'è*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2008, 1 ss.; G. DI COSIMO, *La Cassazione fra coscienza e incoscienza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009, 2 ss.

## **CAPITOLO II**

### **RIFIUTO DI CURE E RESPONSABILITÀ PENALE: LA SITUAZIONE ITALIANA TRA AUTODETERMINAZIONE E DIRITTO ALLA VITA**

**Sommario:** **1.** L'ordinamento giuridico italiano in materia di autodeterminazione - **1.1.** La libertà di autodeterminazione sancita dalla Costituzione - **1.2.** Le fonti sovranazionali: la Convenzione di Oviedo e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. - **1.3.** La libertà di autodeterminazione ridimensionata alla luce dei principi penali - **2.** La teoria del bene giuridico come possibile sostegno al diritto di autodeterminazione - **3.** Ricadute verso la svalutazione del diritto di autodeterminazione - **4.** Responsabilizzazione delle condotte contigue - **4.1.** Agevolazione nell'esercizio del rifiuto di cure - **4.2.** Limitazione del diritto di autodeterminazione - **4.3.** L'intervento medico arbitrario "a fin di bene": possibili giustificazioni - **5.** Il diritto alla vita e l'autodeterminazione nei casi Welby ed Englaro - **5.1.** Il caso Welby - **5.2.** Il caso Englaro - **6.** Osservazioni conclusive in materia di autodeterminazione in Italia

#### **1. L'ordinamento giuridico italiano in materia di autodeterminazione**

##### **1.1. La libertà di autodeterminazione sancita dalla Costituzione**

Fatte le dovute premesse di carattere terminologico possiamo passare quindi all'inquadramento giuridico della problematica.

Per "diritto di autodeterminazione" si intende, nel linguaggio corrente, il riconoscimento normativo dato alla capacità di ciascun individuo di compiere scelte in via autonoma e indipendente.

Come efficacemente sostenuto da buona parte della nostra dottrina, anche *"se è vero che sulla questione di autodeterminazione terapeutica nelle fasi finali della vita - e in particolare sulla questione se un paziente abbia il diritto di chiedere la non applicazione o la sospensione di determinati trattamenti terapeutici, anche qualora*

*siano esiziali per il suo mantenimento in vita - in Italia manca una legge che ne detti una disciplina compiuta, non si può dire che su di essa vi sia un vuoto di norme”<sup>1</sup>.*

In materia di autodeterminazione e salute la nostra Carta costituzionale presenta infatti un’articolata serie di principi (ovvero norme giuridiche caratterizzate da un elevato grado di genericità) e regole (dettami ben più precisi e definiti) che risultano del tutto omogenee, compatibili e coerenti con la previsione di un vero e proprio “diritto di autodeterminazione” in materia di salute<sup>2</sup>.

Partendo dai principi, in primo luogo, si osserva come sia il principio personalista, richiamato dagli artt. 2, 3, comma 2 e numerosi altri della Cost., ponendo al centro del nostro ordinamento “*non già l’individuo astratto bensì la persona concreta*”<sup>3</sup>, a tener banco imponendo di creare le condizioni migliori per il “*pieno sviluppo*” della persona. L’art. 3 precisa infatti come tutti i cittadini abbiano “*pari dignità sociale*” e siano “*eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*” e come sia “*compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”.

Se ne ricava, pertanto, il divieto per lo Stato, per i suoi apparati e per chiunque altro di utilizzare il singolo individuo come strumento per sostenere le proprie (e non del singolo) convinzioni etiche, filosofiche, religiose e via dicendo.

Il principio personalista risulta strettamente collegato ad un altro principio: il principio pluralista.

Il personalismo e il fatto che gli individui possano scegliere le modalità più disparate per raggiungere quel “*pieno sviluppo*”, cui tanto risalto dà l’art. 3, implicano

---

<sup>1</sup> Per tutti v. C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 58.

<sup>2</sup> P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, Torino, 2011, 55.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

necessariamente, infatti, l'ammissibilità e la coesistenza tutelata di una molteplicità di punti di vista etico-religiosi<sup>4</sup>.

Il combinato disposto dei due principi, personalista e pluralista, sul fronte del diritto alla salute recepito come diritto individuale, sottintende quindi, necessariamente, che differente possa essere il modo di porsi del singolo nei confronti del dolore, delle terapie, dei trattamenti sanitari e delle stesse decisioni mediche relative ai momenti iniziali e finali della sua esistenza<sup>5</sup>.

Al di là dei principi la nostra Costituzione prevede poi una serie di norme ben più dettagliate nel garantire la libertà di autodeterminazione del singolo in materia di salute.

L'art. 32, comma 2, Cost. in particolare, dettando la disciplina della libertà personale<sup>6</sup> con specifico riguardo ai trattamenti sanitari, stabilisce 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”*.

Come si osserva, dall'art. 32 emerge, con *“rara chiarezza”*<sup>7</sup>, *“un vero e proprio diritto soggettivo perfetto a rifiutare liberamente e consapevolmente una terapia, anche nel caso in cui quest'ultima consentirebbe di salvare la vita al paziente”*.

E ciò *“in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”*<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 56.

<sup>5</sup> Così P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 55 e C. TRIPODINA, *op. cit.*, 253 ss. che opportunamente richiama la sentenza Cost. n. 467/1991.

<sup>6</sup> Già stabilita, in termini generali, dall'art. 13 Cost. il quale dispone che *“La libertà personale è inviolabile”* e *“Non è ammessa forma alcuna di restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”*.

<sup>7</sup> Così C. TRIPODINA, *Il risvolto negativo del diritto alla salute: il diritto di rifiutare le cure. Studio in prospettiva comparativa di due recenti casi italiani: il caso Welby e il caso Englaro*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Il Mulino, Bologna, 2009, 369.

<sup>8</sup> Ordinanza Trib. Roma, sez. I, 15-16 dicembre 2006 n. 78596/2006, Giud. Salvio, in *Guida al dir.*, 2007, n. 1, 32 ss. Anche se è stato ritenuto da molti che, in questa pronuncia iniziale sulla vicenda, il giudice non abbia poi tratto le conseguenze che, a partire dalle sue stesse (e corrette) premesse, apparivano più naturali: v., ad esempio, F. VIGANÒ, *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”? Considerazione in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, n. 1, 9.

In maniera del tutto libera e autonoma il paziente potrà quindi scegliere le terapie cui intenda sottoporsi e quelle cui intenda rinunciare: potrà sottoporsi ad ogni trattamento che gli viene proposto o, all'inverso, rifiutare ogni cura, anche nell'ipotesi in cui appaia *life-saving*<sup>9</sup>.

Più complicata si prospetta la situazione nell'eventualità in cui l'esercizio del diritto, di cui all'art. 32, comma 2, richieda la partecipazione attiva di un terzo<sup>10</sup>: in quest'ipotesi la dottrina prevalente è concorde nel ritenere che l'ordinamento debba necessariamente tener conto del senso fatto palese dall'art. 32 Cost., che prevedendo il diritto di rifiutare i trattamenti o di scegliere solo alcuni di essi prescindendo dal momento effettivo della loro attivazione, pone la volontà del paziente sempre e comunque in una posizione di superiorità<sup>11</sup>.

Alla luce di questa chiarezza di testo e di intenti l'unica eccezione costituzionalmente ammessa alla libertà di rifiutare i trattamenti sanitari, desumibile dall'art. 32 Cost., comma 2, è quella dei "*Trattamenti Sanitari Obbligatori*" (TSO).

La dottrina e la giurisprudenza dominanti si risolvono infatti nel ritenere che, alla luce del dettato costituzionale, un determinato trattamento sanitario possa essere imposto legittimamente solo ed unicamente nei casi, del tutto eccezionali e tassativi, in cui sia una legge a prevederlo e in cui tale legge sia necessaria "*non solo a preservare lo stato*

---

<sup>9</sup> Si tratta della tesi più diffusa: v., per tutti, P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 59; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 780 ss. e B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, 35 ss., Prima ancora negli stessi termini C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in ID., *Raccolta di scritti, II, Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1972, 437 ss. V. anche l'ampia bibliografia riportata sull'argomento da F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008, cit., 110, nota 106.

<sup>10</sup> Si tratta del caso in cui, ad esempio, un trattamento già in corso non può essere interrotto senza l'intervento del personale medico specializzato.

<sup>11</sup> V. per tutti P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 60 e G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2008 cit., 95 ss. che arriva perfino ad ipotizzare l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. (aiuto al suicidio) nella parte in cui punisce chi aiuta materialmente il soggetto capace nel suicidio senza tener conto dei casi in cui la persona abbia ragioni oggettive per chiedere un aiuto a morire (110 ss.).

*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”*<sup>12</sup>.

L'art. 32 conclude, poi, stabilendo che *“La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*.

Quindi perché il TSO sia legittimo sarà sempre necessario che esso, oltre all'interesse collettivo, tuteli anche il concreto interesse dello stesso soggetto su cui agisce<sup>13</sup>.

La nostra Costituzione traccia poi altre strade per mezzo delle quali il diritto di autodeterminazione potrà trovare residenza nel nostro ordinamento: si vedano in particolare l'art. 117, comma 1, Cost. e le sue conseguenze, efficacemente evidenziate dalle sentenze Cost. nn. 348-349/2007 e n. 80/2011, che impongono allo Stato di far propri i principi e i contenuti che, in materia di salute e autodeterminazione, sono riconducibili ai trattati internazionali cui l'Italia ha aderito (CEDU e interpretazioni della Corte di Strasburgo incluse).

---

<sup>12</sup> Corte Costituzionale, sent. 307/1990. *Ex multis*, si vedano anche Corte Costituzionale, sentt. 88/1979; 471/1990; 238/1996; 257/1996. In dottrina fra gli altri, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 385 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. e soc.*, n. 1/1994, 55 ss.; L. CARLASSARE, *L'art 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 105 ss.; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, 149; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. e soc.*, 1982, 557 ss.; A. D'ALOIA, *Diritto di morire?, La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”*, in *Politica del diritto*, n. 4/1998, 611; M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 9 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 303 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, I, 1961, 1 ss. (anche in *op. cit.*, 435 ss.); M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Diritto a morire*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, IV, Torino, Utet, 1990, 5; R. ROMBOLI, *Commento all'articolo 5 del codice civile (Eutanasia)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1988, 174 ss.; P. VERONESI, *op. cit.*, Milano, Giuffrè, 2007, 209 ss.; C. TRIPODINA, *Articolo 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. BARTOLE, R. BIN, Padova, Cedam, 2008, 321 ss.

<sup>13</sup> Sui rischi collegati alla *“tentazione della via maggioritaria”* v., C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2009, 112 ss.

Anzi, tali norme dovranno essere considerate addirittura come parametri interposti, utilizzabili anche ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme interne che siano con esse incompatibili.

## **1.2. Le fonti sovranazionali: la Convenzione di Oviedo e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.**

Tra i principi e i contenuti che lo Stato italiano dovrebbe “*far propri*”, si segnalano in particolare quelli dettati, in materia di salute, dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (c.d. “Convenzione di Oviedo”) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In primo luogo la Convenzione di Oviedo, firmata il 4 aprile 1997, pur non essendo stata ancora resa esecutiva - nonostante l'autorizzazione parlamentare (legge 28 marzo 2001, n. 145), manca infatti la ratifica del Presidente della Repubblica - può guidare l'interprete nell'applicazione del diritto nazionale<sup>14</sup>.

Di particolare interesse sono, nello specifico, i principi dettati, in materia di “fine vita” dagli artt. 5, 6 e 9.

L'art. 5 prevede espressamente che nessun intervento in campo sanitario può essere effettuato (o prolungato) nel tempo, se non dopo che la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato.

L'art. 6 concerne la protezione dei soggetti incapaci di esercitare il proprio diritto di autodeterminazione, ovvero di prestare il proprio consenso a trattamenti medico-sanitari.

Dopo aver sancito in generale, al primo comma di detto articolo, come non possano essere effettuati interventi sanitari su una persona che non sia in grado di prestare il consenso “*tranne che per suo diretto beneficio*”, la norma prosegue: “*Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa [...] di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere*

---

<sup>14</sup> Per un'analisi dettagliata v. F. VIGANÒ, *I presupposti di liceità del trattamento medico*, in *Il corriere del merito* n. 4/2009, 345 ss.

*effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge*"<sup>15</sup> (comma 3).

Il Rapporto esplicativo (punto 43) chiarisce: *"The term 'similar reasons' refers to such situations as accidents or states of coma, for example, where the patient is unable to formulate his or her wishes or to communicate them"*.

L'ultima parte del terzo comma precisa, poi, come *"La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione"*<sup>16</sup>.

L'art. 9 riguarda, invece, i desideri precedentemente espressi (*Previously expressed wishes*): *"I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione"*.

Il Rapporto esplicativo (punto 60) precisa come per consenso si debba intendere *"either assent or refusal"*: la situazione prevista è tanto quella di urgenza quanto quella di prevedibile stato di incapacità a prestare validamente il consenso *"for example in the event of a progressive disease such a senile dementia"* (punto 61).

Il testo specifica, poi, come tali dichiarazioni anticipate non dovranno essere obbligatoriamente rispettate, ma solo tenute in considerazione dal medico, al quale

---

<sup>15</sup> Trad. it. a cura di C. CAMPIGLIO, *Rifiuto di cure e direttive anticipate: la prospettiva europea*. in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 112 ss.

<sup>16</sup> Analoga la disciplina prevista dal comma 2 per il caso dei minori. Una vicenda di contrasto tra rappresentante legale e medici sulle terapie su un minore in fase terminale è stata decisa dalla Corte europea il 9 marzo 2004, *Glass c. Regno Unito*: la Corte ha dichiarato illegittimo il comportamento dei medici che hanno agito contro il volere della madre del minore (sommministrandogli morfina e ordinando poi di non rianimare in caso di ulteriori crisi respiratorie) senza coinvolgere l'autorità giudiziaria.

spetterà poi la valutazione, come uno dei fattori decisionali (“*shall be taken into account*”)<sup>17</sup>.

Si tratta di norma che, pur con qualche ambiguità<sup>18</sup> e lacunosità<sup>19</sup>, in qualche modo apre la strada al riconoscimento giuridico delle direttive anticipate di trattamento.

Un ruolo ancor più decisivo nel guidare l’interprete verso il riconoscimento del diritto di autodeterminazione svolge, poi, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: l’art. 3 sancisce espressamente che, nell’ambito della medicina e della biologia, devono essere rispettati, in particolare, il diritto all’integrità fisica e psichica del soggetto nonché il consenso libero e informato della persona interessata.

Si tratta di una norma di grande rilevanza alla luce della sua collocazione tra i primi articoli della Carta, all’interno del capo I, dedicato alla dignità, e del fatto che, come confermato ormai dalla recente sentenza Cost. n. 80/2011, la Carta dei diritti

---

<sup>17</sup> *Parliamentary Assembly, Doc. 10455, 9 February 2005, Assistance to patients at end of life, Report, Social, Health and Family Affairs Committee, par. 19: “On the issue of whether the ‘living will’ must be respected, the Committee of Ministers noted [...] that the wondering of Article 9 of the Council of Europe’s Convention on Human Rights and Biomedicine (“The previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account”) reflected the ‘maximum convergence of views’, at the time of drafting, as regards patient self-determination and medical responsibility”.* Può essere utile ricordare qualche considerazione svolta dall’*International Bioethics Committee* dell’UNESCO, nel Rapporto sul consenso del 2008. Contrariamente al passato, oggi viene riconosciuta sempre più la vincolatività delle direttive anticipate per i sanitari, che possono contravvenirvi solo per gravi ragioni. In mancanza di direttive e di rappresentante legale, il personale sanitario ha l’obbligo di ottenere il parere di parenti o amici circa le preferenze del soggetto. In caso di contrasto tra medici e parenti/amici, alcuni ordinamenti richiedono l’intervento dell’autorità giudiziaria (punti 69-70). Nella valutazione delle direttive i medici devono essere prudenti, perché possono essere vecchie, non più attuali e il paziente potrebbe aver cambiato idea. Inoltre può trattarsi di direttive puramente ipotetiche: è necessario conoscere le circostanze in cui esse sono state date (punto 97). Nel 2001 il Comitato direttivo per la bioetica (CDBI) ha sottoposto agli Stati membri del Consiglio d’Europa un questionario relativo all’eutanasia: le risposte di 35 Stati sono analizzate nel documento del 20 gennaio 2003 (CDBI/INF (2003) 8). Da segnalare anche i rapporti del 2008 su “*Les souhaits précédemment exprimés au sujet des soins de santé. Principes communs et différentes règles applicables dans les systèmes juridiques nationaux*” e “*les décisions médicales dans les situations de fin de vie et les implications éthiques des choix possibles*”.

<sup>18</sup> La norma impiega l’espressione “*intervento medico*” (*medical intervention*) che a rigore non comprende i trattamenti vitali. Non precisa, inoltre, né le formalità minime richieste (si propende per l’ammissibilità anche di una semplice manifestazione verbale) né le ragioni che potrebbero legittimare il medico a disattendere le volontà dell’interessato. [Il Rapporto esplicativo (punto 62) si limita infatti ad una esemplificazione: “*For example, when the wishes were expressed a long time before the intervention and science has since progressed, there may be grounds for not heeding the patient’s opinion. The practitioner should thus, as far as possible, be satisfied that the wishes of the patient apply to the present situation and are still valid, taking account in particular of technical progress in medicine*”].

<sup>19</sup> Non solo per la vaghezza di formulazione, ma anche e soprattutto, per la mancata previsione di un’alternativa alla nomina di un rappresentante in grado di sostituirsi all’incapace nelle decisioni inerenti la sua salute.

fondamentali dell'Unione Europea, ai sensi del Trattato di Lisbona, *“rappresenta una sorta di Bill of Rights dell'Unione Europea”*<sup>20</sup>.

### **1.3. La libertà di autodeterminazione ridimensionata alla luce dei principi penali**

Nonostante la chiarezza di questo disegno costituzionale, *“il rifiuto delle cure è invece ancora lontano dall'essere diritto garantito”*<sup>21</sup>.

In primo luogo la normativa dettata dal codice Rocco, soffrendo ancora oggi delle scelte prese in sede di redazione sotto l'influenza del regime fascista, sembra porsi in netto contrasto con le disposizioni costituzionali.

Per il Catechismo della Chiesa cattolica infatti, *“ciascuno è responsabile della propria vita davanti a Dio che gliel'ha donata. È lui che ne rimane il sovrano Padrone. Noi siamo tenuti a riceverla per riconoscenza e a preservarla per il suo onore e per la salvezza delle nostre anime. Siamo gli amministratori non i proprietari della vita che Dio ci ha affidato. Non ne disponiamo”*<sup>22</sup>: si tratta del medesimo esito di spossessamento cui era giunto il totalitarismo fascista affermando che *“Antiindividualistica, la concezione fascista è per lo Stato; ed è per l'individuo in quanto esso coincide con lo Stato, coscienza e volontà universale dell'uomo nella sua esistenza storica. [...] Il liberalismo negava lo Stato nell'interesse dell'individuo particolare; il fascismo riafferma lo Stato come realtà vera dell'individuo. [...] Giacché, per il fascista, tutto è nello Stato, e nulla di umano o spirituale esiste, e tanto meno ha valore, fuori dello Stato”*<sup>23</sup>.

In secondo luogo la giurisprudenza, avendo assunto di sovente posizioni ancor più radicali e oltranziste, si è sempre mostrata piuttosto recalcitrante nel riconoscere un vero e proprio diritto di autodeterminazione in capo al malato.

---

<sup>20</sup> P. VERONESI, *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 70.

<sup>21</sup> Come acutamente osservato da C. TRIPODINA, *op. cit.*, 58.

<sup>22</sup> *Catechismo della Chiesa cattolica*, pt. III, seconda sez., cap. II, art. 5, n. 2280.

<sup>23</sup> MUSSOLINI, voce *“Fascismo”*, in *Enc. it.*, XIV, Milano, Ist. giur. Treccani, 1932, 847.

La normativa penale vigente si caratterizza quindi per la tutela assoluta data al bene vita che *“viene tutelato dall’ordinamento per il suo valore in sé, come diritto inviolabile spettante a ciascun individuo per il fatto di essere tale”*<sup>24</sup>.

Si tratta di un assunto che mantiene valenza logica ed etica finché il soggetto sia effettivamente intenzionato a vivere o non abbia comunque espresso il desiderio di morire.

Il codice penale del 1930, invece, pur non reprimendo condotte come il suicidio o le forme più gravi di automutilazione<sup>25</sup>, erige una soglia di tutela del bene vita negli artt. 579 (omicidio del consenziente) e 580 (istigazione o aiuto al suicidio) c.p., e del bene dell’integrità fisica, nei limiti definiti dall’art. 5 c.c. (atti di disposizione del proprio corpo)<sup>26</sup>, talmente elevata da fissarne, di fatto, l’intangibilità e l’indisponibilità anche per chi abbia espresso una cosciente richiesta di essere ucciso o, comunque, aiutato nella sua intenzione suicida.

Non vi sono dubbi che la vita costituisca un bene di rango primario, cui il diritto penale ha sempre garantito la più vasta tutela; altrettanto indiscusso è che la sanzione penale debba assolvere ad una funzione di prevenzione generale e speciale a tutela dei beni giuridici considerati meritevoli di tutela dalla comunità.

Il problema è che nel nostro ordinamento la sanzione penale, nel punire il fatto di chi *“cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui”*<sup>27</sup> o *“determina altri al suicidio o rafforza l’altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo*

---

<sup>24</sup> S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, I, Giuffrè, Milano, 2011, 198.

<sup>25</sup> Per un’analisi approfondita in merito alla tutela dell’integrità fisica rispetto a lesioni cagionate da terzi con il consenso dell’interessato v. S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 199 ss.

<sup>26</sup> Il quale, introdotto con lo scopo di vietare gli atti di disposizione patrimoniale del proprio corpo, ha acquisito un ruolo interpretativo di spicco nel fornire una definizione ai limiti di disponibilità del diritto in capo all’art. 50 c.p. (v. S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, 214 ss.)

<sup>27</sup> Art. 579 c.p.

*l'esecuzione*<sup>28</sup>, ha finito per affermare con solennità, cosa che in un ordinamento laico e pluralista qual è il nostro non dovrebbe avvenire<sup>29</sup>, principi etici o religiosi.

Nel nostro ordinamento infatti il carattere di bene supremo conferito al bene vita, bene indubbiamente personalissimo, ha avuto l'effetto di accentuarne talvolta il profilo pubblicistico di interesse collettivo<sup>30</sup>, talvolta il connotato della sacralità<sup>31</sup>, rendendo perciò assoluta, in entrambe le ipotesi, la sua indisponibilità.

Si deve precisare tuttavia come non sia stato tanto il dettato normativo a sancire l'indisponibilità del bene vita e l'incredibile latitudine conferita alla tutela penale di un bene così personale, quanto, più che altro, *“l'interpretazione in chiave pubblicistica o di etica di sacralità della vita, che ha finito per supportare il principio di indisponibilità da parte del loro titolare, visto più come semplice amministratore del bene che come effettivo titolare”*<sup>32</sup>.

L'interpretazione data alle norme del codice Rocco si è infatti risolta nel dare alle stesse un'indebito rango costituzionale a scapito di quello che invece è, come abbiamo visto, il vero dettato della Costituzione in materia.

Concretizzando la tutela della vita e dell'integrità fisica in un'ottica esclusivamente biologica, la soluzione interpretativa adottata ha finito così per non tener conto del dettato costituzionale e, in particolare, di come questo sancisca a partire dagli artt. 2 (che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo), 13 (che sancisce l'inviolabilità della libertà personale) e 32, comma 2, Cost. (che stabilisce come *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”* e come *“la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della*

---

<sup>28</sup> Art. 580 c.p.

<sup>29</sup> Sul principio di laicità v. A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law*. In ricordo di Joel Feinberg, Giuffrè, Milano, 2010, 1563; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55.

<sup>30</sup> O. VANNINI, *I delitti contro la vita e la integrità di stirpe e l'omicidio del consenziente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 163.

<sup>31</sup> Per questa prospettiva v. E. SGRECCIA, *Bioetica cattolica e bioetica laica: a proposito dei “paradigmi”*, in *Bioetica*, 2011, 27 ss.

<sup>32</sup> Così M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 88.

*persona umana*”) la libertà di autodeterminazione dell’individuo anche in merito alle decisioni che implicano un’altrui intromissione sulla propria integrità fisica.

## **2. La teoria del bene giuridico come sostegno al diritto di autodeterminazione**

Secondo la concezione tutt’ora dominante nella scienza penalistica, il diritto penale “*contribuisce tendenzialmente ad assicurare le condizioni essenziali della convivenza, predisponendo la sanzione più drastica a difesa dei beni giuridici*”<sup>33</sup>.

Storicamente la paternità del concetto di bene giuridico si fa risalire ad uno scritto, del 1834, appartenente al giurista tedesco Birnbaum<sup>34</sup> e alla successiva elaborazione che del concetto stesso, sulla scorta delle sue riflessioni, ha operato Franz v. Liszt.

La concezione del reato come lesione di un bene giuridico ha ricevuto, in Italia, una prima compiuta esposizione nell’opera di Arturo Rocco su “*l’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*” risalente al 1913<sup>35</sup>.

Di lì in avanti la vicenda della teoria del bene giuridico è sempre stata contrassegnata, storicamente, da un’oscillazione tra orientamenti che ne hanno privilegiato ora la funzione dogmatica e sistematica in rapporto a uno specifico ordinamento positivo, ora la funzione politico-criminale anche in prospettiva *de jure condendo*<sup>36</sup>.

Ora, in questo “*contesto teso tra affermazione di principi costituzionali e rivendicazioni di posizioni morali*”<sup>37</sup>, la teoria generale del reato, stabilendo quale condizione costitutiva dell’illecito penale un fatto offensivo di un bene giuridico (quale che sia la concezione che in concreto se ne accolga), può rappresentare un elemento ulteriore a sostegno del riconoscimento della libertà di autodeterminazione dell’individuo.

---

<sup>33</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Roma, 2014, 4.

<sup>34</sup> BIRNBAUM, *Über das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, 149 ss.

<sup>35</sup> A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.

<sup>36</sup> Per un’analisi dettagliata della genesi del concetto di bene giuridico e delle concezioni susseguitesi nel corso del tempo v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 4 ss.

<sup>37</sup> Così M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 91.

Infatti occorre osservare, da un lato, come sarebbe sbagliato fissare la tutela penale senza prendere in considerazione l'attuale sensibilità sociale o il dettato costituzionale, unicamente alla luce di quanto stabiliscono le norme di legislazione ordinaria.

Lo stesso Franco Bricola, più di quarant'anni fa, ha osservato invero come i beni non costituiscano entità statiche, ma valori dinamici da leggere e reinterpretare alla luce dell'evoluzione della società e dei parametri che i principi costituzionali dettano in materia di limiti e oggetti di tutela<sup>38</sup>.

Dall'altro lato non si può far a meno di notare come la dottrina tedesca, sul significato di bene giuridico, abbia rivalutato negli anni l'importanza dell'interesse del titolare del bene alla sua effettiva tutela.

Si tratta di una lettura tesa a riconoscere l'autodeterminazione come interesse meritevole di tutela secondo due diverse interpretazioni date al rapporto tra bene giuridico e interesse del titolare alla sua conservazione:

- il modello di integrazione (*Integrationsmodell*) che, proponendo una ricostruzione personale del bene giuridico, ricomprende il diritto di autodeterminazione del titolare dell'interesse all'interno della sfera di tutela dell'interesse stesso;
- il modello di collisione (*Kollisionmodell*) che, al contrario, fonda la tutela penale sull'accezione oggettiva data al bene giuridico, che va tuttavia bilanciata con il diritto del titolare di decidere in ordine alla conservazione del bene<sup>39</sup>.

Entrambe le ricostruzioni sanciscono, considerandolo come componente dell'interesse da tutelare ovvero ponendolo in bilanciamento con l'oggetto della tutela, la grande importanza che deve essere riconosciuta al diritto di autodeterminazione del titolare del bene.

### **3. Ricadute verso la svalutazione del diritto di autodeterminazione**

La libertà di autodeterminazione dell'individuo, pur con qualche ricaduta, di recente ha iniziato tuttavia a venir adeguatamente valorizzata dall'evoluzione normativa e

---

<sup>38</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1973, 7 ss.

<sup>39</sup> Sul rapporto tra bene giuridico e diritto di autodeterminazione e sulla contrapposizione tra i modelli dogmatici proposti dalla dottrina, v. l'ampia analisi di S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bonomia University Press, Bologna, 2008, 143 ss.

giurisprudenziale in materia: da un lato leggi e decreti<sup>40</sup> hanno dato importanza sempre maggiore al consenso informato e, dall'altro, anche la giurisprudenza, con la Corte Costituzionale<sup>41</sup> prima e con la giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>42</sup> poi, si è fatta garante di questa rinnovata sensibilità nei confronti del diritto di autodeterminazione.

Nonostante la giurisprudenza recente si sia spinta verso posizioni libere da quelle impostazioni di rigida indisponibilità dei beni della vita e dell'integrità fisica, che caratterizzano il nostro codice penale, *“non mancano talvolta, nei passaggi argomentativi e nelle soluzioni offerte, accenni che chiudono ad aperture a favore del pieno riconoscimento della libertà di autodeterminazione del malato”*<sup>43</sup>.

Nel 2002 (caso Volterrani)<sup>44</sup>, in un caso riguardante un intervento medico in mancanza di consenso, la Cassazione giunse ad escludere la responsabilità penale del medico sulla base di due argomenti principali:

- a) il riconoscimento dell'attività medico-chirurgica come uno stato di necessità *“istituzionalizzato, intrinseco, cioè, ontologicamente, all'attività terapeutica”*, che rende *“la pratica sanitaria e specialmente quella chirurgica sempre obbligata”*;
- b) la svalutazione del consenso informato.

Secondo la Cassazione il consenso rileva solo ed esclusivamente entro i limiti fissati dall'art. 50 c.p., ovvero soltanto rispetto a beni disponibili, tra i quali non possono essere annoverati né la vita né l'integrità fisica, se non nei limiti fissati dall'art. 5 c.c.

---

<sup>40</sup> L'art 2, legge 26 giugno 1967, n. 458 in materia di trapianto di rene tra persone viventi; la legge 13 maggio 1978, n. 180 e l'art. 33, legge 23 dicembre 1978, n. 833 quanto ai trattamenti sanitari obbligatori; l'art. 3 legge 4 maggio 1990, n. 107 sulla disciplina delle trasfusioni; l'art. 5, legge 5 giugno 1990, n. 135 in materia di accertamento dell'infezione da HIV; l'art. 7, legge 2 maggio 1992, n. 210 sull'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie; la legge n. 91/1999 che ha disciplinato il consenso all'espianto di organi *post mortem*; gli artt. 19, 26, 28, 31 e 34 d.m. 15 gennaio 1991 sull'accertamento dell'idoneità del donatore di sangue ed emoderivati; i decreti-legge 17 febbraio 1998, n. 23 e 16 giugno 1998 n.186, nonché i decreti ministeriali 15 luglio 1997 e 6 novembre 1998 in materia di sperimentazioni cliniche.

<sup>41</sup> Che nella sentenza n. 438/2008 ha valorizzato il consenso informato in *“funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell'autodeterminazione e quello alla salute”*.

<sup>42</sup> Che sia nei confronti dei soggetti capaci (caso Welby) sia nei confronti dei soggetti incapaci (caso Englaro) ha infine riconosciuto il fondamento costituzionale del diritto a rifiutare le cure.

<sup>43</sup> Così M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 94.

<sup>44</sup> Cass., sez. I, 29 maggio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 1945 ss.

Il passaggio che più lascia perplessi è tuttavia quello in cui la Cassazione afferma che *“l'uomo non è illimitatamente dominus membrorum suorum, perché la sua vita ed efficienza fisica e psichica sono considerate dal diritto di importanza fondamentale per l'esplicazione delle funzioni sociali e familiari assegnategli e per il contenimento dei costi gravanti sulla collettività costretta a sopperire alle deficienze di questo o quello dei suoi membri”*: si tratta di una lettura in chiave utilitaristica dei beni della vita e dell'integrità fisica che non si spinge al di là dell'impostazione che Alfredo Rocco diede al problema dell'indisponibilità del bene vita molti anni prima<sup>45</sup>.

Ulteriori esempi di svalutazione del diritto di autodeterminazione del malato possono essere rivenuti:

- a) nella pronuncia del Tribunale di Roma in relazione al caso Welby;
- b) nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2008 in merito all'intervento medico in assenza di consenso con esito fausto.

Nell'ipotesi di cui al punto a) il tribunale, pur riconoscendo che *“il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute”*, ha ritenuto inammissibile il ricorso in quanto il diritto di autodeterminazione terapeutica è privo di tutela per mancanza di una disciplina legislativa<sup>46</sup>: si tratta di una pronuncia che svaluta le norme costituzionali a norme, di per sé, improduttive di diritti azionabili in via autonoma.

Nel caso di cui alla lettera b), invece, le Sezioni Unite, approdano ad una nozione di malattia ancora troppo legata ad un'accezione oggettiva del bene salute: per il supremo collegio infatti *“sul piano del fatto tipico descritto dall'art 582 c.p. [...] il concetto di malattia - e di tutela della salute - non può che ricevere una lettura obiettiva, quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa”*<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Come correttamente osservato da M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 95.

<sup>46</sup> Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2638.

<sup>47</sup> Cass., Sez. Un., 18 dicembre, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 447 ss.

#### **4. Responsabilizzazione delle condotte contigue**

Come osservato, il diritto penale svolge dunque un ruolo marginale nel fondare la libertà di autodeterminazione.

Il diritto dell'individuo di autodeterminarsi trova riscontro essenzialmente nei principi, tesi precipuamente a definirne le condizioni di legittimazione, affermati dal diritto costituzionale.

In questo contesto il diritto penale svolge un ruolo sussidiario e strumentale.

Un ruolo che si sostanzia nel contribuire a tracciare i confini entro i quali le condotte dei soggetti che si confrontano col malato, ostacolandone o agevolandone l'autodeterminazione, risultino in concreto penalmente rilevanti.

Il diritto penale distingue infatti due diversi tipi di condotte che possono essere poste in essere da tali soggetti:

- a) quelle tese ad agevolare il diritto dell'individuo ad autodeterminarsi rifiutando le cure;
- b) quelle che invece rappresentano un ostacolo all'esercizio di tale diritto.

##### **4.1. Agevolazione nell'esercizio del rifiuto di cure**

Le condotte tese ad agevolare l'esercizio del diritto a rifiutare le cure possono assumere, come visto nel primo capitolo, duplice natura: omissiva e commissiva.

Se le condotte omissive non sembrano porre problemi, ben più problematiche appaiono invece, tanto sotto il profilo etico quanto sotto quello giuridico, le condotte commissive.

Nella prima tipologia di condotta il medico è titolare di una posizione di garanzia, la quale fonda una responsabilità a titolo di omesso impedimento dell'evento *ex art. 40 cpv. c.p.*, che viene meno dinanzi al rifiuto del malato espresso dopo esauriente informazione: risulta quindi palese come, alla luce della libertà di scelta e

autodeterminazione del paziente, anche nei confronti dei trattamenti *life-saving*, non vi sia alcuna omissione penalmente rilevante in capo al medico<sup>48</sup>.

Ben più pregena di problemi, come detto, è invece la condotta attiva del medico che, in attuazione della volontà del paziente di porre fine alle cure e in rapporto alla sua incapacità di darvi autonomamente esecuzione, assume una condotta tesa alla disattivazione di un sostegno vitale.

La dottrina ha prospettato diverse soluzioni che approdano tutte, mediante il riconoscimento del carattere attivo o omissivo della condotta interruttiva del sostegno vitale, all'assoluzione del medico.

Una prima soluzione consiste nel ritenere, aderendo alla teoria dell'*Unterlassen durch Tun*, propugnata da Claus Roxin sin dal 1969, molto comune nella dottrina tedesca e, limitatamente, anche in quella italiana<sup>49</sup>, che la condotta attiva debba esser considerata omissiva dal punto di vista giuridico: pur essendo attiva, da un punto di vista meramente materialistico, normativamente tale condotta andrebbe più correttamente inquadrata come omissione del proseguimento del trattamento e, quindi, come condotta consentita, atteso che *“il medico non ha alcun dovere giuridico riconosciuto di prolungare con mezzi artificiali la vita che si va spegnendo”*<sup>50</sup>.

È quindi il *“significato sociale”* della condotta stessa a far assumere una connotazione omissiva al protrarsi dell'azione<sup>51</sup>.

In quest'ipotesi la ricostruzione in termini giuridicamente omissivi della condotta attiva permette, sulla scorta degli stessi argomenti adottati per le condotte omissive, di escluderne la rilevanza penale<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> A. SANTOSUOSSO, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale ruolo dei familiari?* in *Dir. pen. proc.*, 1996; D. NERI, *Il diritto di decidere la propria fine*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, II, Giuffrè, Milano, 2011, cit., 1785 ss.

<sup>49</sup> Si veda ad es. F. VIGANÒ, *op. cit.*, 7 ss.

<sup>50</sup> C. ROXIN, *An der Grenze von Begehung und Unterlassen*, in *Festschrift für Engisch*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, 396; ID., *Die Sterbehilfe*, *xit.*, 351; V. KREY, M. HEINRICH, *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, Kohlhammer, Stuttgart, 2008, 7.

<sup>51</sup> C. ROXIN, *Zur Strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in C. ROXIN, U. SCHROTH (a cura di), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Boorberg, Stuttgart, 2010, 95.

<sup>52</sup> Sull'argomento v. C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.3/2009, 1166 ss..

Coloro che ritengono invece attiva la condotta di interruzione di un trattamento di sostegno vitale giungono, anch'essi, all'assoluzione del medico mediante espedienti diversi.

Alcuni propugnano la necessità di una interpretazione in chiave restrittiva delle norme sull'omicidio, dal momento che, in ragione dello scopo della norma, non ritengono che il bene giuridico vita venga ad essere leso dalla condotta, sia pure attiva, tenuta dal medico in uno scenario di malattia irreversibile ed in fase terminale<sup>53</sup>.

Altri non condividono l'idea che la criticità delle condizioni cliniche possa far venire meno il bene giuridico da tutelare e ritengono che il distacco del respiratore integri *“l'interruzione di una serie causale salvifica, il cui ulteriore decorso avrebbe avuto nella situazione concreta l'effetto di mantenere il precedente stato”* e che, quindi, non potendo pretendersi alcuna condotta salvifica del bene, verrebbe a mancare un elemento della fattispecie oggettiva<sup>54</sup>.

Altre soluzioni sono state invece ricercate sul piano delle cause di giustificazione, come avvenuto nel caso Welby.

Recentemente è stata poi prospettata una soluzione ulteriore che, rifacendosi alla teoria delle scriminanti non codificate, ritiene si debba riconoscere la scriminante dell'esercizio dell'attività medica in tutti i casi in cui, *“sulla base di una nozione di benessere fisiopsichico dell'individuo estesa sino a comprendere la cessazione delle sue sofferenze”*, il medico operi *“nell'interesse del paziente e in conformità alla sua libera genuina volontà”*<sup>55</sup>.

Vi è infine chi, sempre sul piano delle cause di giustificazione, arriva a prospettare un'ulteriore soluzione, ritenendo che il rifiuto di cure, dovendo essere qualificato come diritto costituzionalmente garantito, renda legittime le condotte di cooperazione all'esercizio del diritto stesso: tali condotte, cioè, *“non dovrebbero essere considerate penalmente rilevanti per le stesse ragioni che giustificano, ai sensi dell'art. 119,*

---

<sup>53</sup> W. SAX, *Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung*, in JZ, 1975, 149 ss.

<sup>54</sup> H.J. HIRSCH, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, in *Festschrift für Lackner, De Gruyter*, 1987, 605-606

<sup>55</sup> S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *op. cit.*, cit., 221 ss.

*comma 2, c.p., l'estensione a tutti i concorrenti delle cause oggettive di esclusione della pena*"<sup>56</sup>.

Si tratta di una soluzione che tuttavia, come il suo stesso autore osserva, *"condurrebbe a sostenere la legittimità delle condotte attive di interruzione del trattamento terapeutico anche al di fuori del rapporto medico-paziente: non sarebbe cioè più legittimato a staccare la macchina solo il medico, ma anche un qualsiasi terzo al quale il malato si rivolga"*<sup>57</sup>.

#### **4.2. Limitazione del diritto di autodeterminazione**

Eguale problematico è l'inquadramento penale della condotta attiva del medico che, nonostante la mancanza di un esplicito consenso del paziente, prosegue nelle cure. La dottrina nel corso degli anni ha prospettato possibilità diverse, riconducibili essenzialmente a tre soluzioni:

- a) una prima ricostruzione riconduce le suddette ipotesi al reato di lesioni personali (art. 582 c.p.), ritenendo che il trattamento medico arbitrario integrerebbe una offesa all'integrità fisica, anche qualora abbia esito fausto. Nel caso di esito infausto dell'intervento e di morte del paziente, invece, l'evento dovrebbe essere attribuito al medico a titolo di omicidio preterintenzionale<sup>58</sup>;
- b) una seconda tesi ritiene che la condotta del medico, il quale agisca in assenza del consenso del malato, verrebbe a ledere non tanto l'integrità fisica, quanto la libertà morale del paziente, configurando, di conseguenza, il reato di violenza privata di

---

<sup>56</sup> M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 101.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> In tal senso si è pronunciata anche la Corte di Cassazione, nella sentenza 11 luglio 2001: *"Qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito fausto, implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità estrinsecano l'elemento oggettivo del reato di lesioni personali, ledendo l'integrità corporea del soggetto"*.

cui all'art. 610 c.p. Nell'ipotesi di esito infausto e di morte del paziente il medico dovrebbe invece rispondere *ex art.* 586 c.p.<sup>59</sup>;

- c) la terza, e ultima, ricostruzione sostiene, aderendo alla teoria dell'autolegittimazione dell'attività medica, l'irrilevanza penale della condotta del medico il quale effettui un trattamento terapeutico che pur essendo sprovvisto di consenso sia comunque conforme alla *leges artis*<sup>60</sup>.

Le Sezioni Unite si sono pronunciate in merito con la sentenza n. 2437 del 18 dicembre 2008 (caso Giulini).

Nello specifico la Corte, pronunciandosi nel merito della rilevanza penale del trattamento medico con esito fausto, effettuato in mancanza di esplicito consenso del paziente (capace), ha sancito come la condotta del medico sia penalmente irrilevante, trattandosi di intervento conforme alla *leges artis* e avendo avuto lo stesso esito fausto: la condotta del medico non integra, insomma, gli estremi né delle lesioni personali, perché mancherebbe l'evento rappresentato dalla malattia, né della violenza privata, perché non si configurerebbe né una costrizione<sup>61</sup> né, tantomeno, una violenza<sup>62</sup>.

In merito alle ipotesi di trattamento medico arbitrario con esito infausto la Corte è giunta, invece, a conclusioni differenti: “*la condotta del sanitario, avendo cagionato una malattia, realizzerà un fatto conforme al tipo*” e potrà integrare, ove ne siano provati gli elementi costitutivi, il delitto di lesioni personali.

---

<sup>59</sup> Si tratta di una ricostruzione che dà particolare valore al profilo della lesione alla libera formazione della volontà del paziente, facilmente configurabile nei casi in cui il paziente abbia manifestato il suo dissenso esplicito, ma di difficile individuazione in tutte quelle eventualità in cui il medico agisca senza previo consenso perché, nel corso dell'intervento (al quale il paziente aveva invece prestato il consenso) ha rinvenuto una patologia differente da quella diagnosticata che renda necessario un intervento di carattere diverso da quello a cui il paziente aveva acconsentito.

<sup>60</sup> La Cass. pen., sez. I, con sentenza del 29 maggio 2002 ha affermato come “...*il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte*”.

<sup>61</sup> In quanto manca un effettivo contrasto di volontà nei confronti di un paziente anestetizzato.

<sup>62</sup> In quanto l'operazione chirurgica costituirebbe allo stesso tempo la “violenza” perpetrata dal medico e la condotta che si sarebbe obbligati a sopportare.

La Corte, aderendo alla concezione c.d. “*funzionalistica*”<sup>63</sup> di malattia, evidenzia come, in tali ipotesi, si possano ritenere configurati tutti gli elementi costitutivi del delitto di lesioni, incluso l’evento costituito dalla malattia.

Le Sezioni Unite sembrano distinguere, quindi, tra intervento medico senza consenso con esito fausto e intervento medico, sempre senza consenso, con esito infausto.

Tale distinzione cade, tuttavia, nei casi di intervento medico effettuato in presenza del dissenso espresso del paziente: in tali ipotesi la Corte sancisce “*la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili contro la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall’esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell’altrui volere*”

In conseguenza del riferimento, operato dalla Corte, a “*una condotta che quantomeno realizza una illegittima coazione del volere*” pare, quindi, potersi ritenere applicabile, nei casi di dissenso espresso, il delitto di violenza privata, di cui all’art. 610 c.p., posto a tutela della libertà morale, intesa come libertà di autodeterminazione<sup>64</sup>.

Alcuni ritengono, poi, che nel caso di intervento medico arbitrario con esito infausto, l’apertura dimostrata dalla Cassazione al delitto di lesioni personali possa comportare anche la possibile applicazione del delitto di omicidio preterintenzionale nel caso in cui all’intervento eseguito con il dissenso del paziente sia seguito l’evento morte<sup>65</sup>.

Un’applicazione che viene fatta dipendere dal rispetto di due requisiti:

- in primo luogo si richiede l’accertamento del dolo intenzionale o, quantomeno, diretto rispetto alle lesioni personali. La Cassazione ha infatti, oramai, stabilito da tempo come la finalità terapeutica escluda che la consapevolezza del medico in

---

<sup>63</sup> Malattia intesa cioè quale “*processo patologico evolutivo, necessariamente accompagnato da una compromissione dell’assetto funzionale dell’organismo*”.

<sup>64</sup> Cass., sez. I, 25 novembre, n. 3478, in CED, 245972.

<sup>65</sup> M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 101.

ordine alla mancanza di consenso possa di per sé integrare una forma di dolo compatibile con l'art. 584 c.p.<sup>66</sup>;

- il secondo requisito riguarda l'accertamento della colpa che, come indicano gli orientamenti giurisprudenziali recenti<sup>67</sup> (particolarmente attenti al rispetto del principio di colpevolezza), deve sussistere relativamente all'imputazione dell'evento morte: sarà cioè richiesto l'accertamento della violazione di una regola cautelare.

#### **4.3. L'intervento medico arbitrario "a fin di bene": possibili giustificazioni**

Nei casi di urgenza in cui non vi sia la possibilità di acquisire il consenso del paziente, l'intervento medico arbitrario viene solitamente giustificato mediante diversi percorsi argomentativi<sup>68</sup>:

- per mancanza di tipicità del fatto, atteso che la condotta tenuta dal medico è tenuta sulla base di un consenso presunto e con finalità terapeutiche;
- per l'applicazione della scriminante dell'esercizio di un diritto o dell'adempimento di un dovere stabilita dall'art. 51 c.p., atteso che il medico è costretto, in virtù della posizione di garanzia da lui rivestita, a impedire l'evento;
- per il riconoscimento come scriminante tacita dell'attività medica;
- sulla base dell'art. 54 c.p.

L'ultima soluzione, tra le quattro, sembra sicuramente la meno corretta, dal momento che il medico ha l'obbligo di intervenire, mentre lo stato di necessità configura una mera facoltà di intervento<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Dalla sentenza del caso Massimo, nella quale si erano ravvisati gli estremi dell'omicidio preterintenzionale (Cass., sez. V, 21 aprile 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 63 ss.), la Cassazione ha in seguito sempre escluso l'applicabilità dell'omicidio preterintenzionale a partire dal caso Barese, Cass., sez. IV, 9 marzo 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 517 ss.

<sup>67</sup> v. P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale. I. Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Cedam, Padova, 2006, 113 ss.; L. MASERA, *Delitti contro la vita*, in F. VIGANÒ, C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2011, 79 ss.

<sup>68</sup> Sulla necessità/obbligo del medico di curare v. F. BELLAGAMBA, *Stato di necessità ed attività medico-chirurgica: profili di una relazione di incompatibilità*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Napoli, 2009, 15 ss. e I. LEONCINI, *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, ivi, 45 ss.

<sup>69</sup> M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 104; soluzione condivisa anche in sede civile da M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *op. cit.*, 260.

Sul versante dell'intervento medico arbitrario, non supportato dal consenso del paziente e realizzato in un momento in cui lo stesso avrebbe potuto esprimersi al riguardo, ci si domanda se la rilevanza penale del comportamento tenuto dal medico potrebbe parimenti essere esclusa argomentando che l'intervento medico è in ogni caso finalizzato a salvare la vita al paziente.

La risposta dipende chiaramente dal modo in cui ci si pone nei confronti del bene vita: che lo si consideri, cioè come bene assolutamente indisponibile o, all'inverso, pienamente disponibile.

Nella prima ipotesi, quella che si basa cioè sul presupposto dell'indisponibilità del bene vita, il rifiuto di cure dovrà essere considerato illegittimo e, pertanto, la condotta del medico dovrà ritenersi giustificata, richiamando ora l'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), derivante dalla posizione di garanzia rivestita dal medico nei riguardi del paziente, ora lo stato di necessità (art. 54 c.p.), dando allo stesso pieno riconoscimento anche contro la volontà dell'interessato<sup>70</sup>.

Ove si consideri, invece, la disponibilità del bene vita nei limiti del legittimo rifiuto di cure, non dovrà ritenersi possibile l'applicazione delle predette cause di giustificazione: non sarà applicabile l'art. 51 c.p., poiché la posizione di garanzia del medico cessa di fronte al rifiuto opposto dal paziente; non sarà applicabile l'art. 54 c.p., poiché in assenza del requisito della necessità costrittiva non si potrà ritenere che il medico sia stato obbligato a intervenire anche a fronte del dissenso opposto dal paziente.

Dunque, per escludere la responsabilità penale del medico, nei casi di dissenso manifestato dal paziente, l'applicabilità delle cause di giustificazione finirebbe, in definitiva, per rendere vano il principio di autodeterminazione, che invece andrebbe salvaguardato anche nei riguardi di scelte estreme, quali sono gli atti di "*disposizione su come vivere quel che resta da vivere*"<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Sui problemi relativi all'applicazione dell'art. 54 c.p. nei casi in cui il soccorso di necessità si pone in contrasto con la volontà dell'interessato, v. F. VIGANÒ, *Art. 54*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Ipsoa, Milano, 2006, 669 ss.

<sup>71</sup> D. PULITANÒ, *L'attività terapeutica*, in D. PULTIANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino, 2011, 46.

## **5. Il diritto alla vita e l'autodeterminazione: rischi di svuotamento nei casi Welby ed Englaro**

I due casi giudiziari principe che hanno tracciato in Italia il quadro delle decisioni critiche in medicina riguardo alle questioni di fine vita sono quelli di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro.

Entrambi hanno un valore emblematico: il primo, della situazione del paziente cosciente e capace (ma paralizzato a causa della malattia), che chiede di essere staccato dal respiratore che lo tiene in vita; il secondo, della situazione della paziente incosciente e non capace (come di chi giace in stato vegetativo permanente - SVP)<sup>72</sup>.

Dei casi suddetti si parlerà diffusamente più avanti.

Qui ci si limita a richiamare due provvedimenti, risalenti entrambi al dicembre 2006, con cui giudici diversi hanno rigettato le diverse richieste di Welby e di Englaro padre, seguendo però un comune *iter* argomentativo, basato proprio sul diritto alla vita e sulla svalutazione del principio di autodeterminazione.

Il Tribunale di Roma, dopo aver affermato il carattere costituzionale dei diritti e delle libertà della persona rispetto al proprio corpo e del diritto all'autodeterminazione, afferma poi, in modo conclusivo, che essi non possono avere pratica attuazione perché il principio di fondo ispiratore dell'ordinamento è quello della indisponibilità del bene vita (v. art. 5 del codice civile, che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo tali da

---

<sup>72</sup> "Lo stato vegetativo permanente (SVP) è uno stato patologico grave, dovuto alla distruzione degli emisferi cerebrali, ma con un danno limitato o nullo del tronco cerebrale (ed è questa la distinzione cruciale rispetto alla morte encefalica), solitamente causato da una mancanza di ossigenazione del cervello, ad esempio in seguito a un arresto cardiaco non tempestivamente corretto (encefalopatia postanossica), oppure da un trauma (encefalopatia traumatica). Si è stabilita una soglia differenziata, in base alla natura della causa, dopo la quale lo stato vegetativo da persistente diviene permanente: 12 mesi se la causa è traumatica, 3 mesi se non è traumatica. La prognosi di permanenza indica un'elevata probabilità di irreversibilità. Il paziente in SVP è in stato di incoscienza, ma mantiene funzioni fondamentali come respirazione, circolazione, termoregolazione, attività gastrointestinale e renale. Inoltre sono presenti i riflessi del tronco cerebrale e possono riscontrarsi movimenti spontanei come deglutizione, tosse, risposta mimica del volto a stimoli dolorifici. Sembra esserci un'alternanza sonno-veglia, poiché si susseguono cicli spontanei di apertura e chiusura degli occhi. La motilità volontaria è però del tutto assente, e manca qualsiasi coscienza o capacità sensibile, inclusa la capacità di percepire la fame o la sete (il soggetto in SVP possiede vigilanza ma non consapevolezza). Senza intervento medico e infermieristico il decorso spontaneo di questa situazione patologica conduce ordinariamente alla morte entro una/due settimane, solitamente per disidratazione e squilibrio elettrolitico. Ma, se si garantiscono la nutrizione e l'idratazione artificiale (NIA) per via parenterale o tramite una sonda nasogastrica e l'assistenza infermieristica, il paziente può continuare a vivere anche per molti anni" (C. TRIPODINA, *op. cit.*, 58, nota 89).

determinare un danno permanente e, soprattutto gli artt. 575, 576, 577, comma 1 n. 3, 579 e 580 codice penale, che puniscono, in particolare l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio.)

Analogamente la Corte d'appello di Milano, nel provvedimento del 16 dicembre 2006, prima riconosce che, *“in forza del diritto alla salute e all'autodeterminazione in campo sanitario, il soggetto capace possa rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita”* e, poi (citando la sentenza della CEDU sul caso Pretty v. Regno Unito) sostiene che, se il soggetto è incapace, deve essere effettuato un bilanciamento tra diritto all'autodeterminazione e diritto alla vita, e che questo bilanciamento *“non può che risolversi a favore del diritto alla vita”*.

La Corte territoriale prosegue affermando che la prevalenza del diritto alla vita nel nostro ordinamento è resa chiara dalla *“tutela apprestata dalle norme penali (che sanzionano l'omicidio, sanciscono il carattere indisponibile del diritto alla vita agli artt. 579 e 580 c.p. e attribuiscono al medico l'obbligo giuridico di intervenire a salvaguardia di esso all'art. 40, comma 2, c.p.), dall'art. 5 del codice civile, che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo, nonché dal diritto internazionale convenzionale cui lo Stato italiano ha aderito (v. art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) e dalle pronunce giurisdizionali, sia in ambito interno che internazionale, che pongono l'accento sulla vita, da difendere quale bene supremo e che escludono in ogni caso l'esistenza di un diritto a morire”*<sup>73</sup>.

Se si mette da parte una piccola differenza semantica sulla *“vita”*, che mentre il giudice di Roma definisce *“bene”* quello di Milano definisce *“diritto”*, le due decisioni hanno una struttura per lo più speculare<sup>74</sup>.

In entrambe le decisioni i diritti e le libertà della persona nei riguardi del proprio corpo (fino al rifiuto di trattamenti salva-vita) vengono affermati correttamente per poi soccombere inesorabilmente, nonostante il loro rango costituzionale, nel bilanciamento

---

<sup>73</sup> Corte d'appello di Milano, provvedimento del 16 dicembre 2006, in: <http://unipv-lawtech.eu>

<sup>74</sup> Come efficacemente osservato da A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, 71.

con il diritto alla vita (la cui prevalenza deve essere desunta, almeno agli occhi dei giudici che hanno emesso tali provvedimenti, dalla collocazione dell'art. 2, che viene prima degli artt. 13 e 32 della medesima Costituzione, e “*da quel sedimento giuridico e culturale di cui le norme codicistiche sul divieto di omicidio, sulla posizione di garanzia del medico e sul divieto di atti di disposizione del proprio corpo sono espressione*”<sup>75</sup>).

Si tratta in entrambi i casi di pronunce che, assumendo il diritto alla vita come una sorta di superdiritto sistematicamente prevalente sia nei casi di pazienti incoscienti che coscienti, si pongono in netto contrasto con i provvedimenti che hanno invece correttamente concluso le vicende giudiziarie Englaro e Welby nel segno del riconoscimento del diritto di autodeterminazione.

### **5.1. Il caso Welby**

La situazione del paziente cosciente e capace, il quale rifiuta un trattamento che potrebbe salvargli la vita (come il Testimone di Geova, adulto e capace, che rifiuta una trasfusione salva-vita, oppure che chiede la sospensione di un trattamento essenziale in atto), è ormai inquadrata in termini giuridici apprezzabili nel caso Welby<sup>76</sup>.

Piergiorgio Welby fu colpito nel 1963, all'età di soli sedici anni, da una malattia degenerativa incurabile: la distrofia muscolare scapolo-omerale progressiva.

Una malattia senza possibilità alcuna di guarigione, ma con una non breve aspettativa di vita che lo aveva costretto a una paralisi totale del corpo, fatta eccezione per i movimenti labiali e oculari.

Nonostante negli ultimi anni Welby riuscisse a comunicare con grande difficoltà, conduceva con grande vigore una battaglia pubblica tesa ad ottenere che il suo diritto all'interruzione della terapia, che lo teneva in vita contro la sua volontà, trovasse riconoscimento<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 71.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> In una lettera aperta al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, datata 22 settembre, gli chiedeva di svolgere una funzione di sensibilizzazione nei riguardi del Parlamento affinché riflettesse sul tema dell'eutanasia; nel libro “*Lasciatemi morire*” del 2006 chiedeva inoltre pubblicamente che fosse riconosciuto il suo diritto di morire con dignità.

La prima pronuncia riguardante il caso Welby risale al 16 dicembre del 2006<sup>78</sup>: si tratta dell'ordinanza con cui il Tribunale di Roma, prima sezione civile, dichiarando inammissibile il ricorso ex art. 700 c.p.c., respinse la richiesta di Welby volta ad ottenere *“l'immediato distacco del ventilatore artificiale”* e la contestuale somministrazione di terapie *“idonee a prevenire e/o eliminare qualsiasi stato di sofferenza fisica e/o psichica del paziente stesso”*.

A fronte della richiesta di Welby il Tribunale di Roma riconosceva, da un lato, che *“il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute”* che può ritenersi *“ormai positivamente acquisito”* (citando gli artt. 2, 13 e 32 Cost.), per poi, dall'altro, lamentare che tuttavia, riguardo i trattamenti salva-vita, l'ordinamento giuridico *“non prevede nessuna disciplina specifica sull'orientamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio di autodeterminazione per la fase finale della vita umana, allorché la richiesta riguardi il rifiuto o l'interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente”*.

Anzi, se proprio bisogna ricavare qualche indicazione, *“il principio di fondo ispiratore dell'intero ordinamento è quello dell'indisponibilità del bene vita”*.

Il tribunale concludeva quindi che *“il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e il distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente”*, ma si tratta di un *“diritto non concretamente tutelato dall'ordinamento”*, dal momento che manca una disposizione normativa *ad hoc*<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Tribunale di Roma, Sez. I. ord. 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 571; in *Fam. dir.*, 2007, 292, con nota di R. CAMPIONE, *“Caso Welby”: il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazione degli interpreti*; in *Giur. mer.*, 2007, 996, con nota di G. IADECOLA, *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del “caso Welby”*.

<sup>79</sup> Per commenti all'ordinanza del Tribunale di Roma v. S. RODOTÀ, *Su welby l'occasione mancata dei giudici*, in *La Repubblica*, 18 dicembre 2006, 1; F. SORRENTINO, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari, sulla facoltà del malato di interrompere le cure (tra art. 32 Cost. e c.p.)*, in *Quaderni regionali*, nn. 1-2/2007, 441 ss.

Si tratta di una decisione che svaluta il dettato costituzionale ad oggetto estraneo all'ordinamento, ritenendolo inapplicabile dai giudici ordinari nei rapporti intersoggettivi<sup>80</sup>.

La richiesta di Piergiorgio Welby, rimasta inaudita di fronte al Tribunale di Roma, fu tuttavia accolta, contro la decisione della stessa autorità giudiziaria, dal medico anestesista Mario Riccio, che il 20 dicembre 2006 ha proceduto al distacco del ventilatore polmonare e alla contestuale somministrazione di terapie sedative idonee ad eliminare il dolore, provocando la morte del paziente.

Il dottor Mario Riccio venne quindi imputato per il reato di omicidio del consenziente con l'ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Roma, 10 luglio 2007, nonostante il procuratore della Repubblica di Roma avesse richiesto l'archiviazione del fascicolo (5 marzo 2007), ritenendo che il distacco del respiratore fosse stato posto in essere “*per dare effettività al diritto fondamentale del paziente di rifiutare il trattamento medico al quale era sottoposto*” e quindi non potesse essere ritenuto *contra legem*.

Il procedimento nei confronti di Mario Riccio - e con lui la vicenda giudiziaria del caso Welby - si è concluso con la sentenza di non luogo a procedere, datata 23 luglio 2007, emessa dal giudice dell'udienza preliminare (G.U.P.) di Roma<sup>81</sup>.

Il giudice sviluppò il suo ragionamento attraverso i seguenti principali passaggi, efficacemente sintetizzati da A. Santosuosso<sup>82</sup>.

In primo luogo, egli descrisse minuziosamente lo svolgimento della vicenda e, soprattutto, le condotte e manifestazioni di volontà di Piergiorgio Welby, fino alla morte. Si tratta di un racconto lungo (18 pagine) strettamente aderente alle risultanze documentali e testimoniali.

In secondo luogo, il giudice diede conto delle risultanze dell'accertamento medico-legale, che confermava quanto riferito dai testi presenti e quanto documentato da un

---

<sup>80</sup> Sull'argomento v. diffusamente C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 63 ss.

<sup>81</sup> Tribunale di Roma, 23 luglio 2007, in *Foro it.*, 2008, II, 105, con nota di G. CASABURI; in *Cass. pen.*, 2008, 1791, con nota di C. CUPELLI, *Il “diritto” del paziente (di rifiutare) e il “dovere” del medico (di non perseverare)*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, 59, con nota di A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salva-vita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*.

<sup>82</sup> A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 76 ss.

diario clinico che il dott. Riccio aveva tenuto contestualmente allo svolgersi dei fatti. Nel passare all'inquadramento giuridico del caso, il giudice affermò che in sede civile e penale ci si deve confrontare con i medesimi principi costituzionali e generali dell'ordinamento giuridico e, alla luce di questo corretto orientamento, si fece poi carico di analizzare i precedenti provvedimenti presi nella stessa vicenda, anche in sede civile.

Il giudice dell'udienza preliminare confutò di conseguenza sia il sovvertimento della gerarchia delle fonti, che era sotteso all'ordinanza resa in sede cautelare civile (quella del 16 dicembre 2006 che finiva con il subordinare le norme di rango costituzionale a quelle codicistiche) sia l'equivoco ricorrente a proposito dello stato di necessità (art. 54. c.p.), che *“non impone alcun obbligo di intervento”* e che non può essere usato in modo sistematico così da vanificare il diritto di autodeterminazione del paziente.

Il giudice affrontò, infine, i vari profili penalistici e giunse alla conclusione che, nel caso di specie, *“certamente la condotta posta in essere dall'imputato integra l'elemento materiale del reato di omicidio del consenziente”*, che *“del reato contestato sussiste anche l'elemento psicologico, poiché il dottor Riccio ben sapeva che l'interruzione della terapia di ventilazione assistita avrebbe comportato il decesso del paziente”*<sup>83</sup>, ma che *“nel caso concreto appare sussistente anche la scriminante di cui all'art. 51 c.p.”* (adempimento di un dovere).<sup>84</sup>

## 5.2. Il caso Englaro

---

<sup>83</sup> La pronuncia prende una netta posizione sul punto, escludendo categoricamente che il medico si sia limitato *“a non proseguire la terapia in ottemperanza della volontà espressa dal paziente, ponendo in essere una condotta semplicemente omissiva”*; anzi, ravvisa 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”*. Come osservato da C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.3/2009, *“meraviglia la perentorietà dell'affermazione, considerando che, come è noto, proprio nel campo della responsabilità medica si registrano le maggiori difficoltà nel discernere con certezza la natura commissiva ovvero omissiva delle condotte ascrivibili ai sanitari, tenuto conto altresì che nella maggior parte dei casi il comportamento del medico, lungi dall'esplicare una efficacia eziologica esclusiva, si pone quale concausa dell'evento morte [...] sicché, di frequente, la rilevanza causale finisce per misurarsi solo in relazione all'anticipazione dell'evento morte, comunque inevitabile”*.

<sup>84</sup> A. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, 77.

La storia di Eluana Englaro è una storia di vita durata trentanove anni, diciassette dei quali passati in coma.

Il 18 gennaio del 1992 Eluana Englaro, all'età di ventidue anni, ebbe un incidente stradale nella città natale di Lecco.

Tale incidente procurò alla donna un gravissimo trauma cranico-encefalico e la frattura della seconda vertebra cervicale, cui conseguirono la perdita di coscienza e una paralisi totale.

Nell'aprile dello stesso anno, uscita dal reparto di rianimazione, Eluana venne trasferita in un altro reparto dell'ospedale Niguarda di Lecco, dove venne sottoposta ad una serie di interventi riabilitativi atti a provocare una stimolazione sensoriale.

La speranza di una svolta nel suo stato di incoscienza si spense dopo un periodo di stato comatoso protrattosi per dodici mesi, a seguito del quale, essendo riconosciuto tale periodo come limite a livello internazionale per la diagnosi, è possibile giungere a un sicuro accertamento dello stato vegetativo irreversibile.

In ragione del suo stato la donna, pur in grado di respirare autonomamente e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, era del tutto incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno.

Dopo questa difficile attesa i genitori di Eluana, Beppino e Saturnia, resisi conto dell'irreversibilità della situazione della figlia e supportati dal neurologo che la stava seguendo, avanzarono in via giudiziaria la richiesta di interrompere la terapia nutrizionale e idratante.

Affermarono da un lato, portando a sostegno di quanto detto testimonianze attendibili, che anche se la figlia non aveva potuto esprimere il proprio consenso in ordine alla prosecuzione o meno dei trattamenti, questa era la sua volontà e dall'altro che, in base alle loro convinzioni, il prosieguo dei trattamenti di alimentazione e idratazione costituisse forma di accanimento terapeutico<sup>85</sup>.

Inizia in questo modo la battaglia legale del padre, tutore della figlia interdetta, volta ad ottenere che anche ad Eluana, nonostante il suo stato, venisse riconosciuto il diritto

---

<sup>85</sup> V. MAGNINI, *Intervento*, in *Cass. pen.*, 572006, 1993.

al rifiuto delle cure e in particolare che le fosse riconosciuto il diritto alla sospensione della nutrizione e idratazione artificiale dalle quali dipendeva il suo mantenimento in stato vegetativo permanente.

Una battaglia cominciata nel 1999 e terminata il 26 giugno del 2008 con il decreto della prima sezione civile della Corte d'appello di Milano, n. 88, che in attuazione della sentenza della Cassazione, n. 21748 del 16 ottobre 2007, la quale inizialmente aveva rigettato la richiesta di Englaro per vizio procedurale, consentiva infine l'interruzione di tutti i trattamenti sanitari.

Nella predetta sentenza<sup>86</sup> la Corte di Cassazione sanciva che “...all'individuo che, prima di cadere nello stato di totale e assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentate legale”.

Tuttavia, affinché vi fosse l'interruzione del trattamento erano necessarie, secondo la Corte, due condizioni: la prima, “quando la condizione di stato vegetativo persistente 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 pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno”; la seconda, “tenendo conto che la volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato, ovvero dei valori di riferimento delle convinzioni dello stesso, sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona”.

Il 7 febbraio del 2009 venne così diminuita la NIA (nutrizione ed idratazione artificiale) ad Eluana, che si spense definitivamente due giorni dopo.

---

<sup>86</sup> Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, sentenza n. 21748.

I fatti del caso Englaro sono stati oggetto di un ampio dibattito, mediatico prima, politico-istituzionale poi, sui temi legati alle questioni di fine vita.

Anzitutto ci si è domandati se si dovesse guardare all'interruzione della nutrizione artificiale (mediante sondino nasogastrico) come ad una forma di eutanasia o meno.

Uno dei punti di contrasto maggiori ha riguardato il dubbio se considerare la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione alla donna come la sospensione di un trattamento sanitario (ossia una terapia) ovvero come sospensione di un sostentamento vitale di base.

Ci si è chiesti, inoltre, se la loro sospensione fosse legittima anche ove effettuata da terzi in mancanza di una diretta ed esplicita volontà del paziente.

Nella prima ipotesi (cioè ove si trattasse di sospensione di terapia), la sospensione dell'alimentazione e della idratazione troverebbe fondamento per la sua applicabilità, previo accertamento della volontà del paziente, nell'articolo 32 della Costituzione e nel codice di deontologia medica<sup>87</sup> (interpretazione che ha condotto la Corte d'appello ad autorizzare la sospensione del trattamento<sup>88</sup>).

Nella seconda ipotesi (sospensione di un sostentamento vitale di base) la sospensione di tali trattamenti si configurerebbe come forma di eutanasia, perché il paziente morirebbe attraverso un'omissione e non per la patologia da cui è affetto.

La soluzione che si risolve nel ritenere la sospensione dell'idratazione e alimentazione artificiale come sospensione di un trattamento sanitario sembra preferibile.

Basti osservare come i Paesi stranieri considerino l'alimentazione e l'idratazione forzata, anche per individui in stato vegetativo persistente, come un trattamento medico che può essere rifiutato dal paziente o dal suo rappresentante legale e come lo stesso codice di deontologia medica, riguardo alla sospensione dell'alimentazione, affermi che *“se la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, il medico non deve assumere iniziative costrittive né collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale, ma deve continuare ad assisterla”*.

---

<sup>87</sup> Codice di deontologia medica, art. 51, Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri.

<sup>88</sup> Decreto della Corte d'appello di Milano, n. 88, 26 giugno 2008.

Parimenti preferibile appare la soluzione che si risolve in favore della sospensione di tali trattamenti da parte di terzi: è lo stesso codice di deontologia medica, all'articolo 34, in aderenza alla Convenzione europea di bioetica del 1997, ratificata dal Parlamento italiano, ad affermare che: *“Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso”*.

Infine, le Camere hanno sollevato un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato contro la Corte di Cassazione, muovendo l'accusa di aver svolto un'attività giudiziaria *“completamente al di fuori da ogni canone ermeneutico, priva di riscontri normativi nell'ordinamento giuridico esistente; e dunque arbitraria, creativa, sostanzialmente legislativa, nomogenetica anziché nomofilattica, compiendo di fatto scelte di politica generale spettanti alle Camere”*<sup>89</sup>.

Sui ricorsi di Camera e Senato, la Corte Costituzionale ha deciso con ordinanza n. 334/2008, pronunciandosi nel senso dell'inammissibilità in quanto *“non sussiste il requisito oggettivo per l'instaurazione dei conflitti sollevati”*<sup>90</sup>.

La risonanza avuta dal caso Englaro ha posto le basi per un intervento legislativo, atto a colmare il vuoto normativo esistente in Italia in tema di testamento biologico, tradottosi nell'emanazione del discusso d.d.l “Calabrò”, approvato in Senato il 26 marzo 2009 e modificato dalla Camera il 12 luglio 2011.

## **6. Osservazioni conclusive in materia di autodeterminazione in Italia**

Abbiamo visto come la storia del diritto a morire sia la storia di un vuoto legislativo, pur con alle spalle una norma costituzionale chiara, che riconosce in modo esplicito il diritto a non essere obbligati ad alcun trattamento sanitario.

---

<sup>89</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 69.

<sup>90</sup> Sulla vicenda Englaro e sulla pronuncia della Corte Costituzionale sul conflitto di attribuzione v. C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2008, 371 ss.

Abbiamo poi constatato come il diritto penale negli anni, a dispetto del dettato costituzionale, sia intervenuto sovente a sindacare le scelte del singolo individuo in materia di fine vita.

Un intervento purtroppo inevitabile in un momento delicato dell'esistenza in cui si viene a metter mano su un bene, la vita, che appartiene al fulcro dei beni giuridici tutelati dal diritto penale<sup>91</sup>.

Allo stesso modo abbiamo visto come lo strumento penale si sia sempre mostrato tuttavia inadeguato, a fronte della flessibilità e duttilità richiesta dalle questioni bioetiche, a costituire un adeguato mezzo di composizione e di reazione sociale<sup>92</sup>: il diritto penale, caratterizzato da rigidità e intransigenza, mal si adatta infatti ad un ambito della vita marcato da un fortissimo personalismo e da scelte principalmente individuali, che richiede strumenti duttili d'intervento e, talora, spazi liberi dal diritto<sup>93</sup>.

Abbiamo osservato infine come le vicende giudiziarie di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro (due decisioni profondamente diverse tra loro, perché la prima è resa in sede penale e la seconda in sede civile) abbiano dimostrato la stessa apertura sostanziale alle istanze dell'autodeterminazione dei soggetti coinvolti, segnando in modo indelebile il cammino verso il riconoscimento dei diritti delle persone sul proprio corpo in Italia.

Alla domanda se esista o meno, nel nostro ordinamento, un vero e proprio "diritto di autodeterminazione" in materia di salute non possiamo, perciò, che rispondere affermativamente: il diritto c'è ed è sancito, anche se la giurisprudenza ne ha talvolta sminuito il valore alla luce di quanto previsto dal codice Rocco, dalla nostra Carta costituzionale.

Nonostante il dettato costituzionale non possiamo tuttavia mancare di osservare come, dinanzi a un legislatore che è "*in cronico ritardo ed eterno affanno rispetto all'evoluzione della scienza e ai problemi che essa pone*"<sup>94</sup> e che quando decide lo fa

---

<sup>91</sup> D. PULITANÒ, *op. cit.*, 12.

<sup>92</sup> C. ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubten Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlang*, in *NStZ*, 1987, 349.

<sup>93</sup> Sul confine tra diritto e non diritto e sulla necessità di lasciare spazi liberi dal diritto in bioetica, v S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009, *passim*.

<sup>94</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 78.

seguendo un “*modello impositivo*”<sup>95</sup>, “*dall’alto*”<sup>96</sup>, non si possa che condividere il pensiero di chi, non ritenendo opportuno “*lasciare temi fondamentali come il rifiuto di cure e le direttive anticipate ad una magistratura responsabilizzata da una politica incapace di fare le proprie scelte*” auspica l’adozione di soluzioni, la cui necessità è resa sempre più palese dalle vicende giudiziarie recenti che hanno toccato questi temi, “*condivise anche sul piano normativo nel rispetto dei principi costituzionali che interessano la materia, per evitare che leggi scritte male e condizionate da opzioni morali non superino il vaglio di legittimità costituzionale*”<sup>97</sup>.

Dedicheremo, dunque, la seconda parte della nostra analisi a fornire di risposta il secondo quesito: ossia se, alla luce delle soluzioni adottate dal d.d.l. "Calabrò", una normativa in materia di “testamento biologico” sia effettivamente necessaria ovvero se non sia forse meglio considerare “*comunque preferibile una soluzione giurisprudenziale, che applichi i principi costituzionali, piuttosto che una soluzione legislativa che sia con questi in contrasto*”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Parla di “*modello impositivo*” - che tende a imporre modelli di comportamento individuale tesi al rispetto e alla promozione, anche contro la volontà del singolo, di quello che l’ordinamento suppone sia il suo bene - in alternativa a un “*modello permissivo*” - che riconosce il singolo come agente morale assolutamente libero e ne rispetta l’autonomia e l’autodeterminazione - C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, in *La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, Università degli studi di Trento, 2006, 131 ss.

<sup>96</sup> Parla di approccio del diritto “*dall’alto*” - in cui prevale un’idea astratta della persona e dei suoi interessi - in contrapposizione ad un approccio “*dal basso*” - che pone al suo centro una visione concreta della persona e dei fatti in cui è coinvolta - P. VERONESI, *op. cit.*, cit., 7 ss.

<sup>97</sup> Così M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate: diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 86.

<sup>98</sup> Così M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate: diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Giappichelli, Torino, 2011, 87 riprendendo F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1610.

## CAPITOLO III

### LE ESPERIENZE DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STRANIERI

**Sommario:** **1.** Le esperienze degli ordinamenti stranieri: tra “*living will*” ed eutanasia - **2.** Australia - **2.1.** Il “*Rights of the Terminally Ill Act*” (1995) - **2.2.** La disciplina attualmente vigente - **3.** Belgio - **3.1.** La “*Legge relativa all’eutanasia*” (2002) - **4.** Colombia - **4.1.** La sentenza della Corte Costituzionale colombiana in materia di eutanasia attiva diretta (1997) - **5.** Francia - **5.1.** “*Loi relative aux droits des malade et à la fin de vie*” - **5.2.** La “*Proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*” - **6.** Germania - **6.1.** Il codice penale tedesco e le “*Patientenverfügungen*” - **7.** Gran Bretagna - **7.1.** La giurisprudenza britannica: tra il caso Bland e il caso Pretty. - **7.2.** Il “*Mental Capacity Act*” - **8.** Paesi Bassi - **8.1.** La “*Legge sull’interruzione della vita su richiesta e sul suicidio assistito*” (2002) - **9.** Spagna - **9.1.** “*Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*” - **10.** Stati Uniti d’America - **10.1.** Il caso Quinlan e il “*Natural Death Act*” (1976) - **10.2.** Il caso Cruzan (1990) - **10.3.** Il “*Patient Self and Determination Act*” (1991) - **10.4.** Il caso Terri Schiavo - **10.5.** Osservazioni conclusive sulla situazione statunitense

#### **1. Le esperienze degli ordinamenti stranieri: tra “*living will*” ed eutanasia**

Prima di concludere la nostra indagine e tentare di rispondere una volta per tutte al quesito se una normativa in materia di testamento biologico sia davvero necessaria, può essere di ausilio gettare uno sguardo verso le soluzioni adottate in materia di “*fine vita*” da ordinamenti giuridici diversi dal nostro.

Da questo studio comparato si potrà osservare:

- a) come Stati Uniti, *in primis*, ma anche Australia e Colombia abbiano dimostrato, con soluzioni tra loro differenti, il medesimo atteggiamento di significativa apertura nei confronti del problema;

- b) come anche sul fronte europeo gran parte degli ordinamenti giuridici si siano già dotati, chi prima e chi dopo, di una legislazione in materia<sup>1</sup>;
- c) come, infine, quasi tutte le legislazioni europee, fatta eccezione per Francia (quantomeno fino al 2015)<sup>2</sup>, Belgio, Svizzera e Paesi Bassi<sup>3</sup>, per quanto riguarda il contenuto del testamento biologico si limitino, per lo più, a prendere in considerazione il rifiuto di determinate cure o trattamenti sanitari, anche se da essi può derivare il pericolo per la vita umana o la morte.

## 2. Australia

### 2.1. Il “*Rights of the Terminally Ill Act*” (1995).

Il *Northern Territory of Australia*, nel 16 giugno 1995, si era dotato di una legge nota come “*Rights of the Terminally Ill Act*” che, storicamente, rappresentava il primo organico provvedimento legislativo in tema di eutanasia attiva ad essere mai stato adottato<sup>4</sup>.

Questa legge, entrata in vigore il primo luglio 1996, era stata approvata al fine di “*ratificare il diritto delle persone in condizione terminale a chiedere a personale medico qualificato l’assistenza per porre volontariamente fine alla propria vita in maniera umana; per permettere la prestazione di tale assistenza, nei casi previsti, senza impedimenti legali per chi la presta; per assicurare garanzie processuali contro la possibilità di violazione dei diritti riconosciuti dalla legge stessa; per ogni fine connesso*”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Tra i Paesi che ne sono ancora sprovvisti si citano, tra gli altri, Grecia, Norvegia e Portogallo.

<sup>2</sup> In cui le direttive anticipate di trattamento (DAT) avevano inizialmente un valore indicativo e non vincolante, risultando pertanto sottoposte alla discrezionalità del medico che non era obbligato a darvi esecuzione.

<sup>3</sup> Dove è consentita, seppur a seguito di attenta verifica delle volontà del paziente e della consapevolezza che egli ha acquisito riguardo alle conseguenze della propria richiesta, l’eutanasia attiva. Si vedano le numerose norme che tutelano il medico, escludendone la responsabilità penale, nel caso in cui egli causi la morte di un soggetto mediante un intervento medico diretto.

<sup>4</sup> F. BOTTI, *Una legge contestata: l’eutanasia in Australia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di) *Saggi sull’eutanasia*, Torino, Giappichelli, 2011, 209.

<sup>5</sup> Così la *Nota di introduzione al “Rights of the Terminally Ill Act”*.

La legge prevedeva, in particolare all'art. 4, come un paziente che nel corso di una malattia terminale "*provasse dolore, sofferenza e/o angoscia in misura per lui inaccettabile*" potesse "*richiedere al proprio medico curante di assisterlo per porre fine alla propria vita*"<sup>6</sup>.

La legge autorizzava, perciò, l'eutanasia attiva e il suicidio prevedendo l'"*immunità*" per i medici che avessero accolto la richiesta del paziente e inquadrando tali pratiche come trattamenti sanitari posti a tutela delle persone<sup>7</sup>, indipendentemente dalla loro nazionalità<sup>8</sup>.

L'assistenza alla morte era comunque sottoposta all'accertamento di una nutrita serie di condizioni<sup>9</sup> tra le quali si ricordano in particolare:

- la maggiore età del paziente;
- la decisione frutto di una libera, volontaria e ponderata considerazione da parte dello stesso;
- la sua condizione di sanità mentale.

La richiesta del paziente, revocabile in qualsiasi momento, doveva essere poi attestata mediante un "*certificato di richiesta*", firmato dal paziente stesso, ovvero, nel caso in cui fosse fisicamente impossibilitato, da un terzo in suo conto, e da un ulteriore medico che comprovasse la regolarità della richiesta di assistenza nell'eventuale giudizio che si sarebbe potuto instaurare nei confronti del medico assistente<sup>10</sup>.

La richiesta poteva inoltre essere accolta anche qualora appartenente, come anticipato, a persona di nazionalità estera e rifiutata dal medico che volesse opporre obiezione di coscienza.

La fase successiva, quella volta a dare esecuzione alla richiesta del paziente, vedeva poi il medico impegnato a riferire al pubblico ministero l'avvenuto decesso,

---

<sup>6</sup> Per "*assistere*", ex art. 3, doveva intendersi "*il prescrivere, il preparare, il fornire una sostanza letale al paziente per l'autosomministrazione e il somministrare una sostanza letale al paziente*".

<sup>7</sup> F. BOTTI, *op. cit.*, 209.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Significativamente elencate dall'art. 7 della stessa legge.

<sup>10</sup> F. BOTTI, *op. cit.*, 210.

corredando tale informativa con la copia del certificato di morte, il certificato della richiesta scritta di assistenza e tutta la documentazione medica riguardante il malato<sup>11</sup>.

Si prevedeva infine una sorta di “monitoraggio” ad opera del Parlamento mediante un rapporto che, ogni anno, doveva essere redatto dal procuratore generale (*Attorney General*) riguardo il numero dei casi di eutanasia o assistenza al suicidio riscontrati all’atto pratico.

L’unico limite all’esercizio del diritto a morire era costituito dall’efficacia del trattamento del dolore: dinanzi alla concreta possibilità di fornire cure palliative che potessero lenire il dolore in modo da renderlo quantomeno sopportabile per il paziente, invero, il medico non avrebbe dovuto dare seguito alle richieste del malato (sarebbe stato tenuto ad ottemperarvi, invece, nell’eventualità che le stesse cure si fossero dimostrate inefficaci<sup>12</sup>).

## **2.2. La disciplina attualmente vigente**

Le soluzioni prospettate da tale legge, per un certo verso anticipatrici di quelle adottate in seguito da altri Paesi<sup>13</sup>, non hanno tuttavia avuto un significativo seguito dal momento che, a pochissimi mesi dall’entrata in vigore, il Parlamento federale australiano<sup>14</sup>, il 25 marzo 1997, con l’approvazione del c.d. “*Euthanasia Bill of Laws*” ne ha disposto l’abrogazione, ripristinando di fatto la disciplina precedente (che nega la legittimità del suicidio medicalmente assistito e dell’eutanasia attiva diretta, sotto ogni profilo, e che proibisce ai medici di metter fine alla vita dei pazienti in qualsivoglia maniera intenzionale, pena la condanna per omicidio ex artt. 17 e 26 del codice penale australiano).

## **3. Belgio**

---

<sup>11</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 262.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Il Belgio in particolare sembra recuperare alcuni aspetti della regolamentazione australiana: v., ad esempio, le disposizioni sul certificato di richiesta di assistenza.

<sup>14</sup> Il Northern Territory, infatti, non è uno Stato a pieno titolo, e la vigenza delle sue leggi è, per Costituzione, soggetta alla possibilità di abrogazione da parte del Parlamento federale.

### 3.1. La legge relativa all'eutanasia (2002).

Il Belgio è stato il secondo Paese europeo, dopo i Paesi Bassi, a legalizzare l'eutanasia: il 16 maggio 2002 la Camera dei deputati del Parlamento federale di Bruxelles (*la Chambre des représentants*) ha approvato infatti la proposta di legge sull'eutanasia, depositata in Parlamento il 20 dicembre 1999<sup>15</sup>, che è stata così promulgata il 28 maggio dello stesso anno.

Si tratta di una legge finalizzata a quattro obiettivi principali: *“accogliere le richieste di eutanasia dei pazienti, liberando i medici dal timore di venire incriminati; evitare atti eutanasi senza il consenso informato dei pazienti; adeguare il diritto penale alla realtà, che vede l'incremento della richiesta di eutanasia; favorire l'opzione per le cure palliative (la legge relativa è stata approvata lo stesso giorno)”*<sup>16</sup>.

La normativa belga, presentando come vedremo forti analogie con quella olandese, si caratterizza, all'incirca, per la presenza dei medesimi elementi costitutivi:

- *“il ruolo esclusivo del medico nell'attuare l'eutanasia o nell'assistenza al suicidio”*;
- *“la richiesta volontaria e ponderata del malato”*<sup>17</sup>.

Il testo della legge sull'eutanasia (*Loi relative a l'eutanasie*) chiarisce nel capitolo primo, intitolato *“disposizioni generali”*, il significato stesso di *“eutanasia”* che viene definita, all'art. 2, come *“l'atto, praticato da un terzo, che mette volutamente fine alla vita di una persona su richiesta della stessa”*.

Nel secondo capitolo, rubricato *“condizioni e procedure”*, si stabilisce come l'eutanasia non costituisca più una fattispecie penale rilevante quando avvenga nel rispetto, appunto, delle condizioni e delle procedure indicate dalla stessa legge.

Il soggetto che può compiere tale atto è identificato (all'art. 3) nel medico che, al fine di non incorrere in alcun tipo di responsabilità penale, avrà il compito di accertare, in primo luogo, l'esistenza delle seguenti condizioni:

---

<sup>15</sup> Proposta dell'on. P. Mahoux et al.

<sup>16</sup> G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Sez. I, Giappichelli, Torino, 2014, 204.

<sup>17</sup> La cui sofferenza si richiede essere intollerabile o comunque tale da non poter essere in alcun modo alleviata.

- che il paziente sia maggiorenne o un minore emancipato, capace di intendere e volere al momento della richiesta<sup>18</sup>;
- che l'istanza sia stata presentata con un'iniziativa volontaria, meditata e reiterata, e non risulti indotta da pressioni esterne;
- che il malato sia in una condizione sanitaria senza speranza e la sua sofferenza sul piano fisico o psichico sia persistente e insopportabile, e che tale sofferenza non possa essere alleviata e sia la conseguenza di una malattia acuta o cronica grave ed inguaribile.

Accertata la sussistenza delle predette condizioni, il medico, ha il dovere di rispettare una serie di obblighi di accertamento e consultazione<sup>19</sup> basati sul necessario rapporto di fiducia che intercorre tra medico e paziente.

Affinchè il medico possa procedere all'eutanasia sarà necessario, altresì, che vi sia stata la consultazione di un ulteriore medico, specializzato nella patologia di cui si tratti e privo di qualsivoglia rapporto tanto con il paziente quanto con il medico

---

<sup>18</sup> Fino al febbraio del 2014, quando la possibilità è stata estesa anche ai minori.

<sup>19</sup> Indicati all'art 3 par. 2, il quale impone che *“Indipendentemente dalle ulteriori condizioni che il medico vorrà porre al suo intervento, egli deve in via preliminare e in ogni caso: 1) informare il paziente circa le sue condizioni di salute e la sua speranza di vita, prendere accordi con il paziente stesso in merito alla sua richiesta di eutanasia e richiamare alla sua attenzione tutte le possibilità terapeutiche ancora esperibili, nonché le opportunità offerte dalle cure palliative ed i loro effetti. Deve giungere, insieme al paziente, al convincimento che non c'è alcuna altra soluzione ragionevole in quella situazione e che la richiesta del paziente è del tutto volontaria; 2) assicurarsi della persistenza della sofferenza fisica o psichica del paziente e della conferma della sua volontà. A questo scopo, ha successivi incontri con il paziente, distanziati da pause adeguate rispetto all'evoluzione delle condizioni di salute del paziente; 3) consultare un altro medico in merito alle caratteristiche di gravità e di incurabilità della malattia, precisando i motivi della richiesta del parere. Il medico consultato deve prendere conoscenza della cartella clinica, visitare il paziente ed assicurarsi delle caratteristiche di continuità, insopportabilità e di non riducibilità delle sofferenze fisiche o psichiche. Deve redigere una relazione concernente gli accertamenti effettuati. Il medico consultato deve comportarsi in modo autonomo sia nei riguardi del paziente che nei confronti del curante, e deve essere in possesso di una competenza professionale in merito alla patologia del caso. Il curante deve informare il paziente circa l'esito del consulto; 4) se esiste un'équipe terapeutica che ha un rapporto continuativo con il paziente, il medico curante deve sottoporre la richiesta del paziente stesso all'équipe o ad alcuni componenti della medesima; 5) qualora il paziente lo richieda, deve interpellare i soggetti indicati dallo stesso paziente; 6) assicurarsi che il paziente possa discutere in merito alla sua istanza con le persone che gli sono prossime”*.

curante, e il decorso di un periodo di tempo di almeno un mese tra la richiesta e l'avvenuta eutanasia<sup>20</sup>.

L'istanza del paziente è realizzata per iscritto e il documento è redatto, datato e sottoscritto dal paziente stesso o, in caso di impossibilità a provvedervi personalmente, da un terzo maggiorenne scelto dal paziente e privo di qualsivoglia interesse materiale al decesso dello stesso<sup>21</sup>.

Resta ovviamente ferma la possibilità per il paziente di revocare, in qualsiasi momento, la suddetta istanza.

La possibilità di praticare l'eutanasia è poi consentita per mezzo di "istanze preventive" di trattamento, alle quali viene attribuito pieno valore legale.

Ogni persona maggiorenne o minorenne emancipata in grado di intendere e di volere può infatti, nella previsione di non avere più possibilità di manifestare la sua volontà, esprimere per iscritto, in una apposita dichiarazione (testamento biologico), la richiesta che un medico pratici l'eutanasia qualora accerti che egli:

- è colpito da una malattia acuta o cronica grave e inguaribile;
- è in una condizione di incoscienza;
- versi in una situazione irreversibile sulla base delle attuali conoscenze scientifiche.

In tale dichiarazione potranno poi essere designate una o più persone di fiducia, maggiorenni, individuate in base ad un ordine di preferenza, con il compito di informare il medico curante circa la volontà del paziente (procura sanitaria).

Ciascuna delle persone indicate sostituirà quella che la precede nei casi di rifiuto, impedimento, incapacità o decesso.

---

<sup>20</sup> V. art. 3, par. 3, il quale dispone che "Se il curante ritiene che il decesso non avverrà probabilmente entro breve termine, deve inoltre: 1) consultare un secondo medico, psichiatra o specialista della patologia che ha colpito il paziente, precisando i motivi della richiesta di parere. Il medico consultato deve esaminare la cartella clinica, visitare il paziente, assicurarsi della continuità, insopportabilità e non riducibilità delle sofferenze fisiche o psichiche, nonché delle disposizioni comprovanti la volontarietà della richiesta, la sua ponderatezza e costanza. Deve redigere una relazione concernente gli accertamenti effettuati e le relative risultanze. Il consulente deve essere autonomo sia nei riguardi del paziente, che nei confronti del medico curante e del primo medico chiamato a consulto. Il medico curante deve informare il paziente circa i risultati del consulto; 2) lasciare che trascorra almeno un mese dalla presentazione da parte del paziente dell'istanza scritta e la messa in atto dell'eutanasia."

<sup>21</sup> Come evidenzia l'art 3 par. 4 "Questa persona deve precisare che il paziente non è in condizione di formulare l'istanza per iscritto e ne indica i motivi. In questo caso, l'istanza è formulata per iscritto alla presenza del medico curante e la suddetta persona deve indicare nell'istanza di cui sopra le generalità del curante. L'istanza deve essere inserita nella cartella clinica."

Si esclude ovviamente che il medico curante, il medico chiamato al consulto ed i componenti del gruppo medico curante possano essere designati fra le persone di fiducia.

La dichiarazione, che si prevede possa essere fatta in qualsiasi momento, dovrà essere:

- redatta per iscritto, alla presenza di due testimoni maggiorenni che non abbiano interesse materiale al decesso del paziente;
- datata e sottoscritta dal dichiarante, dai testimoni e, se possibile, dalla o dalle persone di fiducia designate.

Si prevede, poi, il caso in cui la persona che desidera fare una dichiarazione preventiva sia fisicamente nell'impossibilità permanente di redigerla e di firmarla: in tal caso le sue richieste dovranno essere riportate per iscritto da una persona maggiorenne di sua scelta, che non può avere alcun interesse materiale al decesso del dichiarante, in presenza di due testimoni maggiorenni, di cui almeno uno non abbia alcun interesse materiale al decesso del dichiarante<sup>22</sup>.

La dichiarazione dovrà essere, anche in questo caso, datata e sottoscritta dalla persona che l'ha redatta, dai testimoni e, se è il caso, dalla o dalle persone di fiducia.

Si prevede in ultima istanza come la dichiarazione debba essere accompagnata da una certificazione medica che attesti l'impossibilità fisica permanente del dichiarante e, per essere utilizzata dal medico, redatta o confermata almeno cinque anni prima del fatto che ha causato lo stato d'incapacità del paziente.

Eseguita l'eutanasia il medico dovrà consegnare, entro i successivi quattro giorni, un documento regolarmente compilato, previsto dall'art. 7, alla "*Commissione federale di controllo e di valutazione istituita ai sensi dell'art. 6 della presente legge*".

---

<sup>22</sup> L'art. 4 par. 1 chiarisce come "*in questo caso la dichiarazione deve precisare che il dichiarante non è in grado di scrivere e di firmare, precisandone i motivi*".

Tale commissione<sup>23</sup> svolge compiti di verifica e controllo sulla regolarità e il rispetto della procedura e gode di significativi poteri di impulso nei confronti del legislatore<sup>24</sup>.

## 4. Colombia

### 4.1. La sentenza della Corte Costituzionale colombiana in materia di eutanasia attiva diretta (1997).

la Corte Costituzionale colombiana ha legittimato l'eutanasia tramite una sentenza che, segnata da grande forza argomentativa, ha contribuito a far progredire significativamente il diritto del Paese in materia.

La Corte, mediante il rigetto di un ricorso che contestava la legittimità costituzionale di un articolo del codice penale colombiano<sup>25</sup> (che prevedeva una pena abbastanza lieve per il reato di omicidio pietoso) ha infatti operato una rilettura della disposizione in chiave costituzionale, operando una distinzione tra eutanasia priva del consenso ed eutanasia accompagnata dal consenso.

---

<sup>23</sup> Ai sensi dell'art. 6: *“La Commissione è composta da 16 componenti, designati in base alle loro conoscenze ed esperienze nelle materie concernenti la competenza della Commissione. Otto componenti sono laureati in medicina, di cui almeno quattro docenti in una università belga. Quattro componenti sono docenti di diritto in una università belga o avvocati. Quattro componenti sono scelti fra coloro che si occupano delle problematiche dei pazienti colpiti da malattie incurabili. L'appartenenza alla Commissione è incompatibile con il mandato di componente di una assemblea con funzioni legislative, nonché di membro del Governo federale o regionale. I componenti della Commissione sono nominati per un periodo rinnovabile di quattro anni, nel rispetto della parità linguistica – ad ogni gruppo linguistico compete la designazione di almeno tre candidati di ciascun sesso – e assicurando una rappresentanza pluralistica, sulla base di un decreto reale deliberato dal Consiglio dei Ministri, su una doppia lista presentata dal Senato. Il mandato termina di diritto nei casi in cui il componente della Commissione non svolge più la funzione in base alla quale era stato nominato. I candidati che non sono stati designati come componenti effettivi sono nominati membri supplenti sulla base di un elenco in cui è precisato l'ordine di chiamata dei supplenti stessi. La Commissione è presieduta da un presidente del gruppo linguistico francese e da uno del gruppo linguistico fiammingo. I presidenti sono eletti dai componenti della Commissione appartenenti al rispettivo gruppo linguistico. La Commissione può validamente deliberare solamente se sono presenti i due terzi dei suoi componenti. La Commissione approva il proprio regolamento interno”*.

<sup>24</sup> Ai sensi dell'art. 9 lettera c) la commissione può infatti predisporre ogni due anni *“raccomandazioni suscettibili di sfociare in iniziative legislative e/o in altre misure concernenti l'applicazione della presente legge”*.

<sup>25</sup> Il ricorrente, nello specifico, sosteneva che la sanzione prevista dall'art. 326 c.p., per la sua levità, rappresentasse *“un'autorizzazione all'uccisione”*: v. C. TRIPODINA, *op. cit.*, 273.

In particolare la sentenza, partendo dalla considerazione che la questione sul dovere di vivere debba essere risolta in base ad una prospettiva secolare e pluralista, ha posto l'accento sull'autonomia morale dell'individuo, richiamando i valori costituzionali della dignità e della solidarietà, e ricordando come questi si ispirino al concetto di persona quale *“soggetto morale, capace di assumere in modo responsabile e autonomo le decisioni relative alle questioni che a lui primariamente incombono”*<sup>26</sup>, nei cui confronti lo Stato si deve limitare a imporre doveri solo se in funzione della tutela degli altri consociati.

Su queste basi la Corte ha rilevato che *“se il modo in cui considerano la morte riflette le loro convinzioni, gli individui non possono essere costretti a vivere quando, per le circostanze estreme in cui si trovano, non lo stimano desiderabile né compatibile con la loro dignità, con l'inammissibile argomento che una maggioranza lo stima un imperativo religioso o morale”*<sup>27</sup>.

La credenza religiosa o l'atteggiamento morale, in un sistema pluralista, agli occhi del giudice costituzionale *“possono rivestire solamente il carattere di un'opzione”* e nemmeno l'idea propria di una maggioranza della popolazione può costringere una persona in preda a sofferenze insopportabili a prolungare la sua vita.

Alla luce di ciò la Corte ha sostenuto come lo Stato, dinanzi alla volontà del paziente di morire con dignità, non possa che rinunciare al suo dovere di proteggere la vita<sup>28</sup>, ed ha perciò significativamente affermato che *“il diritto fondamentale a una vita dignitosa implica dunque il diritto a morire con dignità”*.

Operando pertanto una cesura netta rispetto all'impostazione precedente, la Corte ha stabilito che il malato terminale, afflitto da sofferenze non attenuabili o da malattia incurabile, se *“ritiene che la sua vita debba concludersi, poiché la giudica incompatibile con la sua dignità, può procedere coerentemente, esercitando la sua libertà, senza che lo Stato abbia facoltà di opporsi alla sua scelta né di impedire con divieti o sanzioni, che un terzo lo aiuti a realizzare la medesima”*.

---

<sup>26</sup> Corte Costituzionale colombiana, 20 maggio 1997, C-239/97 in C. TRIPODINA *op. cit.*, 276.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> La tutela della vita rimane comunque garantita dalla Costituzione alla stregua di un valore fondamentale dell'ordinamento: v. C. TRIPODINA, *op. cit.*, 277.

La sentenza ha dunque sancito in modo chiaro la regola per cui, trattandosi di un gesto di solidarietà, conseguente alla richiesta dello stesso soggetto interessato, la condotta del medico, e di questi soltanto, che mette fine alla vita del malato terminale nelle condizioni oggettive di cui si è parlato, non risulta antiggiuridica in presenza del consenso informato, libero e inequivocabile del paziente stesso<sup>29</sup>.

La sentenza ha in ultima istanza intimato al Congresso di regolare la materia mediante disposizioni dettagliate che consentano di evitare possibili abusi nella pratica e ha espresso anche l'esigenza che lo Stato provveda alla predisposizione di mezzi adeguati, tra i quali si segnalano *in primis* le cure palliative, che rendano possibile la prosecuzione della vita per i malati<sup>30</sup>.

## 5. Francia

### 5.1. “*Loi relative aux droits des malade et à la fin de vie*”.

Il Senato francese, il 22 aprile del 2005, aveva approvato la legge n. 2005-370 relativa ai diritti del malato e alla fine della vita (*Loi relative aux droits des malade et à la fin de vie*).

Tale legge era il risultato di un dibattito parlamentare iniziato nel 2003 con l'istituzione di una commissione “*sull'accompagnamento alla fine della vita*”<sup>31</sup>.

La normativa si componeva di quindici articoli che incidevano sul *code de la santé publique* modificandolo.

Il novero dei diritti del malato era stato infatti arricchito e, in particolare, si era fatta luce sui limiti dell'*obstination déraisonnable* precedentemente introdotta dal codice di deontologia medica.

---

<sup>29</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 279.

<sup>30</sup> C. TRIPODINA, *op. cit.*, 278: si tratta di una sentenza “*additiva di regola con monito al legislatore*”.

<sup>31</sup> M. JEAN LEONETTI, *Rapport fait au nom de la mission d'information sur l'accompagnement de la fin de la vie*, n. 1708, 30 giugno 2004. (Rapporto finale del Presidente della commissione)

Innanzitutto occorre prender nota delle modifiche apportate all'art. 1105-5 del codice<sup>32</sup>, mediante le quali il legislatore francese aveva inteso specificare che gli atti di prevenzione, indagine e cura, non si dovessero mai porre in essere, oltre i limiti, con una “*ostinazione irragionevole*”.

Si trattava di una clausola volta ad assicurare che i trattamenti, qualora sproporzionati, inutili o aventi come unico effetto quello di mantenere in vita il malato artificialmente, potessero essere sospesi o, persino, non iniziati.

Obiettivo della legge 2005-370 era dunque quello di indicare un limite invalicabile attraverso il quale si permetteva che, garantendo la dignità del malato, la morte facesse il suo naturale corso.

La disciplina del “*diritto di scelta*” risultava ulteriormente specificata dall'art. 41, che modificando l'art. 1111-4 e introducendo l'art. 1111-13, autorizzava il medico a decidere, dopo aver consultato il fiduciario<sup>33</sup>, la famiglia, nonché le direttive anticipate, di limitare o interrompere il trattamento quando il soggetto, in stato avanzato o terminale di grave patologia incurabile, non fosse in grado di manifestare la propria volontà.

Non bisogna tuttavia farsi illudere dall'arricchimento di diritti prodotto dalla “*Loi relative aux droits des malade et à la fin de vie*”: in Francia gli effetti riconosciuti alla decisioni in materia di “fine vita” e alle condizioni di limitazione e interruzione di trattamento restavano abbastanza limitati rispetto a quelli riconosciuti negli altri Stati, a causa della negata cogenza delle scelte anticipate operate dalla persona..

Come risultava infatti dall'art. 1111-11, introdotto sempre con la legge n. 2005-370, le direttive anticipate<sup>34</sup> non erano vincolanti, ma costituivano “*un des éléments de la décision médicale*”: spettava sempre al medico, il quale semplicemente “*tient compte*” dei desideri espressi dal paziente, l'ultima parola in merito alla valutazione dell'effettivo quadro clinico.

---

<sup>32</sup> Che sancisce il diritto della persona a ricevere, in base allo stato clinico in cui si trova e all'urgenza dell'intervento medico necessario, le cure appropriate e proporzionali alle proprie specifiche necessità.

<sup>33</sup> La cui nomina è consentita ai sensi dell'art 1111-6 *du Code de la santé publique*, introdotto con la legge n. 2002-303.

<sup>34</sup> Che comunque restavano valide solo per tre anni.

La disciplina si completava infine di un decreto del *Conseil d'Etat*, che dettava le condizioni di validità, riservatezza e conservazione delle direttive anticipate di trattamento<sup>35</sup>.

## **5.2. La “*Proposition de loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*”**

Il 17 marzo 2015 l'Assemblea Nazionale francese ha approvato, con 436 voti a favore e 34 contrari, la proposta di legge sul fine vita, presentata dai deputati Alain Claeys (partito socialista) e Jean Leonetti (neogollisti, Ump), che prevede una “*sedazione profonda e continua*” per i pazienti in fase terminale.

Si tratta di una proposta volta a completare le disposizioni della legge del 2005 rendendo vincolanti le “*directive*” dettate dal paziente riguardo i trattamenti cui intenda o meno sottoporsi: iscritte su un registro nazionale e revocabili in qualsiasi momento, queste direttive dovranno infatti essere seguite dal medico, salvo “*nei casi di emergenza vitale per il tempo necessario ad una valutazione completa della situazione*”.

## **6. Germania**

### **6.1. Il codice penale tedesco e le “*Patientenverfügungen*”**

La legge, attualmente vigente, che ha introdotto il testamento biologico<sup>36</sup> in Germania, ossia la “*Terza legge per la modifica della disciplina del rapporto fiduciario*” (*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechtse*), datata 29 luglio 2009 (ma entrata in vigore l'1 settembre 2009), ha origini risalenti nel tempo.

---

<sup>35</sup> Si stabilisce in particolare che: “1) le direttive anticipate devono essere redatte per mano del paziente e da lui sottoscritte; 2) nessuna forma è richiesta per la revoca; 3) terminato il corso dei tre anni di validità tali direttive possono essere rinnovate con una conferma sottoscritta e apposta in calce alle stesse; 4) tali direttive anticipate devono essere inserite in un dossier médical”.

<sup>36</sup> *Patientenverfügungen*: cfr. §§ 1901a e 1901b BGB.

Il cammino verso l'ingresso ufficiale nell'ordinamento giuridico tedesco delle "*Patientenverfügungen*", ovvero "*disposizioni del paziente*", inizia infatti sul finire degli anni settanta del secolo scorso.

Nel 1980 si costituì in Baviera l'"*Associazione tedesca per una morte umana*" (DGHS) protesa a combattere affinché il "*diritto*" della persona "*a morire con dignità*", decidendo tempi e modi della morte stessa, trovasse riconoscimento legale anche in Germania.

Nel frattempo, a partire dal 1984, iniziarono a vedersi anche le prime pronunce della Corte di Cassazione federale (*Bundesgerichtshof*, abbr. BGH), che confermarono il diritto del cittadino all'autodeterminazione in materia di salute con particolare riguardo al rifiuto, attuale o con modalità anticipate, di trattamenti come la nutrizione e idratazione artificiale (anche detti "*trattamenti salva-vita*").

Nonostante il gran seguito riscosso da tali pronunce, integralmente recepite da altre corti, dalla Federazione degli ordini dei medici, e perfino dal legislatore, è tuttavia solo nel 2003 che il BGH, con una spinta decisiva, sancì definitivamente con sentenza<sup>37</sup> la legittimità e il carattere vincolante di "*disposizioni anticipate del paziente*", affermando che: "*La dignità della persona esige, infatti, che il diritto all'autodeterminazione da lei esercitato quando era capace di intendere e di volere, venga rispettato anche quando non fosse più in grado di decidere responsabilmente*".

Nella stessa sentenza si afferma inoltre come, in mancanza di una specifica dichiarazione di volontà, il consenso o la negazione dei trattamenti vadano ricercati "*ricostruendo la presunta volontà del paziente alla luce del suo modo di concepire la vita, delle sue intime convinzioni e di altri valori cui faceva riferimento*".

---

<sup>37</sup> Sentenza del 17 marzo 2003 (BGHZ 154, 205) con cui "*dopo avere premesso che se un paziente non è capace di prestare il consenso e la sua malattia ha iniziato un decorso mortale irreversibile, devono essere evitate misure atte a prolungargli la vita o a mantenerlo in vita qualora tali cure siano contrarie alla sua volontà espressa in precedenza sotto forma di cosiddetta disposizione del paziente (e ciò in considerazione del fatto che la dignità dell'essere umano impone di rispettare il suo diritto ad autodeterminarsi, esercitato in situazione di capacità di esprimere il suo consenso, anche nel momento in cui questi non è più in grado di prendere decisioni consapevoli) - afferma che, allorché non è possibile accertare tale chiara volontà del paziente, si può valutare l'ammissibilità di tali misure secondo la presunta volontà del paziente, la quale deve, quindi, essere identificata, di volta in volta, anche sulla base delle decisioni del paziente stesso in merito alla sua vita, ai suoi valori e alle sue convinzioni*" (passo ripreso da Cass. n. 21748/2007).

Affinché il testamento biologico trovi un riconoscimento anche normativo, e non solo giurisprudenziale, si dovrà tuttavia attendere fino al 2009.

La Germania è infatti l'ultimo Paese europeo a dotarsi, con la "*Terza legge per la modifica della disciplina del rapporto fiduciario*" (*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*), di una legge specifica in materia di testamento biologico parzialmente modificando la disciplina dell'intervento giudiziario sulle decisioni del fiduciario (*Betreuer*) relative alla salute dell'incapace<sup>38</sup>.

La disciplina attuale prevede che un soggetto capace possa dichiarare per iscritto se, in caso di incapacità sopravvenuta, acconsenta o meno a determinati trattamenti, esami o interventi medici.

Si dovrà quindi esaminare se, nella valutazione del fiduciario, queste direttive corrispondano alla "*attuale situazione di vita e di trattamento*" e, nel caso in cui a tale quesito si dia risposta affermativa, il consenso dell'interessato si riterrà validamente prestato.

Nel caso inverso, in cui non si dovesse ritenere sussistente la corrispondenza direttive/"*attuale situazione di vita e di trattamento*", spetterà invece al fiduciario manifestare il consenso o ricostruire la presunta volontà dell'incapace a partire da indicazioni concrete: si dovranno in particolare considerare precedenti dichiarazioni orali o scritte, convinzioni etiche o religiose e ogni altro valore personale del soggetto.

Si osserva poi come le suddette regole valgano "*indipendentemente dalla natura e gravità della malattia del soggetto*"<sup>39</sup> e come sia il medico a discutere le misure da adottare con il fiduciario, "*prendendo in considerazione la volontà del paziente*" (*unter Berücksichtigung des Patientenwillens*) e consultando eventuali terzi strettamente legati al soggetto<sup>40</sup>.

Bisogna rilevare, infine, come il consenso/rifiuto del fiduciario sia soggetto ad autorizzazione del giudice qualora esista fondato pericolo di morte, a meno che medico

---

<sup>38</sup> Cfr. § 1904 BGB.

<sup>39</sup> Cfr. § 1901a BGB.

<sup>40</sup> Cfr. § 1901b BGB.

e fiduciario concordino sul fatto che tale consenso/rifiuto corrisponda alla volontà del soggetto<sup>41</sup>.

Si nota subito quindi come la legislazione tedesca si caratterizzi per l'equilibrio tra i valori di libertà e dignità della persona costituzionalmente garantiti, il principio di precauzione e l'importanza riconosciuta alla professionalità del medico.

Importanza preminente assume poi il soggetto fiduciario nominato nel testamento biologico del paziente (o nominato dal giudice tutelare), il c.d. "*Betreuer*".

Un soggetto, questo, chiamato a verificare l'attualità della volontà dell'assistito e la compatibilità della stessa con le sue condizioni di vita, la cui discrezionalità è tuttavia limitata da varie norme che richiedono un confronto dialettico e costante con il medico curante.

## 7. Gran Bretagna

### 7.1. La giurisprudenza britannica: tra il caso Bland e il caso Pretty.

Il Regno Unito fino al 2007, anno in cui mediante l'entrata in vigore del "*Mental Capacity Act*" si è infine previsto l'obbligo per il medico di rispettare il rifiuto anticipato di trattamento, mancava di una vera e propria disciplina legislativa riguardante il testamento biologico.

Il quadro normativo previgente era infatti rappresentato unicamente dall'*"Homicide Act"*<sup>42</sup> del 1957, dal "*Suicide Act*"<sup>43</sup> del 1961 e da una giurisprudenza che, sin dal 1993 con il caso Bland, aveva iniziato a riconoscere, non sempre e a determinate condizioni, la validità del testamento biologico.

La *House of Lords*, la Corte Suprema inglese, nel caso Tony Bland<sup>44</sup> (1992), si trovò infatti a dover rispondere al quesito se i trattamenti medici di sostegno vitale potessero

---

<sup>41</sup> Cfr. § 1904 BGB.

<sup>42</sup> Che prevedeva l'eutanasia attiva, ove la morte fosse stata cagionata in ottemperanza di un patto suicida, tra le fattispecie di "*murder*".

<sup>43</sup> Che prevedeva la "*criminal liability*" per complicità nell'altrui suicidio.

<sup>44</sup> Tony Bland era un ragazzo che, dopo essere stato schiacciato contro le barriere dello stadio di Sheffield, si era ritrovato in uno "stato vegetativo" dal quale, per giudizio unanime dei medici, non sarebbe più potuto uscire.

essere legalmente non somministrati a un paziente in caso di incoscienza, che non avesse mai dato indicazioni al riguardo e, di conseguenza, se concretizzasse o meno il reato di omicidio intenzionale il fatto di chi, affrettando la morte di una persona, omettesse di fare qualcosa che invece avrebbe potuto evitarla.

Tre giudici ritennero che il fatto del medico che aveva compiuto l'omissione rappresentasse una chiara intenzione di uccidere, ma nessuno dei cinque giudici si pronunciò nel senso di ritenere sussistente una responsabilità, tanto civile quanto penale, per il fatto di interrompere l'alimentazione o la somministrazione di antibiotici, nonostante Tony Bland fosse, per il diritto, ritenuto ancora in vita.

L'estensore dell'opinione sancì, pertanto, come il principio della sacralità della vita non fosse un principio assoluto.

Per Lord Goff of Chievely *“non si può in quella situazione parlare di omicidio: in primo luogo, perché si tratta di un'omissione in una condizione senza speranze e non di un'azione tesa a provocare la morte (eutanasia); in secondo luogo, perché l'alimentazione e l'idratazione costituiscono trattamenti medici che il medico non ha l'obbligo giuridico di somministrare al paziente in quanto inutili e non rispondenti al suo migliore interesse”*<sup>45</sup>.

In conclusione la Corte sancì l'obbligo per i medici, nei casi in cui il paziente non abbia espresso anticipatamente una propria volontà (come nel caso Bland), prima di prendere una decisione, di discutere con la famiglia le soluzioni da adottare.

La decisione Bland, dunque, *“ha riconosciuto il diritto per ogni individuo di rifiutare trattamenti sulla propria persona, anche se life-saving”* e ha considerato *“l'alimentazione e l'idratazione di un paziente in stato vegetativo permanente come trattamenti medici”*<sup>46</sup> depenalizzando di fatto, per via giudiziaria, l'eutanasia passiva non volontaria.

Sempre nel suo ruolo di Suprema Corte di appello del Regno Unito, la House of Lords tornò ad occuparsi di eutanasia nel caso Pretty, dove venne chiamata a decidere sul

---

<sup>45</sup> A. SANTOSUOSSO, *Indicazione medica vs. autodeterminazione*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova* (2011), Giappichelli, Torino, 2011, 41.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

quesito se una persona potesse legittimamente essere aiutata a suicidarsi da un terzo e se, quindi, la sezione 2 del “*Suicide Act*” non dovesse essere considerata, in concreto, incompatibile con la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

La Corte questa volta si attestò su posizioni decisamente meno “aperte” alle istanze di autodeterminazione del ricorrente, pronunciandosi per l’esclusione, sotto ogni profilo, dell’incompatibilità tra i due testi.

## 7.2. Il “*Mental Capacity Act*”

Per avere una vera e propria disciplina legislativa in materia di testamento biologico, come anticipato, si è dovuto quindi attendere il “*Mental Capacity Act*”, nato nel 2005 sulla scorta degli interrogativi creati dal caso Pretty.

Il “*Mental Capacity Act*” poggia su cinque pilastri fondamentali:

- la previsione che ogni adulto abbia il diritto di assumere le proprie decisioni e la presunzione che, fino a prova contraria, abbia la capacità per farlo;
- il diritto di ciascun individuo ad essere sostenuto nell’assumere le proprie decisioni;
- il diritto di ciascun individuo ad assumere decisioni che possono essere considerate “eccentriche” o avventate;
- il principio dell’“*intervento meno restrittivo*”, ossia che ogni intervento effettuato nei confronti di persona priva di capacità debba essere effettuato nella maniera meno restrittiva possibile delle libertà e dei diritti basilari della persona.

Questi cinque principi si sostanziano essenzialmente nella previsione, alla sez. 24 e seguenti, delle “*Advance decisions to refuse treatment*”<sup>47</sup> e dell’obbligo per il medico

---

<sup>47</sup> Le quali, in caso di rifiuto di trattamenti di mantenimento in vita, dovranno avere forma scritta.

di rispettare il rifiuto anticipato di trattamento<sup>48</sup>, e nella previsione, alla sez. 9 e seguenti, di un *lasting power attorney*, ovvero una persona di fiducia alla quale è conferita una procura permanente che le permetta di assumere decisioni in caso di sopravvenuta incapacità del mandante.

## 8. Paesi Bassi

### 8.1. La “*Legge sull’interruzione della vita su richiesta e sul suicidio assistito*” (2002)

L’Olanda è stato il primo Paese dell’U.E. a disciplinare l’eutanasia e il suicidio medicalmente assistito (SMA)<sup>49</sup> con la “*Legge sul controllo di interruzione della vita su richiesta e assistenza al suicidio*”, entrata in vigore nell’aprile del 2002<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Sez. 25: “(1) *An advance decision does not affect the liability which a person may incur for carrying out or continuing a treatment in relation to P unless the decision is at the material time (a) valid, and (b) applicable to the treatment. (2) An advance decision is not valid if P (a) has withdrawn the decision at a time when he had capacity to do so, (b) has, under a lasting power of attorney created after the advance decision was made, conferred authority on the donee (or, if more than one, any of them) to give or refuse consent to the treatment to which the advance decision relates, or (c) has done anything else clearly inconsistent with the advance decision remaining his fixed decision. (3) An advance decision is not applicable to the treatment in question if at the material time P has capacity to give or refuse consent to it. (4) An advance decision is not applicable to the treatment in question if (a) that treatment is not the treatment specified in the advance decision, (b) any circumstances specified in the advance decision are absent, or (c) there are reasonable grounds for believing that circumstances exist which P did not anticipate at the time of the advance decision and which would have affected his decision had he anticipated them. (5) An advance decision is not applicable to life-sustaining treatment unless (a) the decision is verified by a statement by P to the effect that it is to apply to that treatment even if life is at risk, and (b) the decision and statement comply with subsection (6). - (6) A decision or statement complies with this subsection only if (a) it is in writing, (b) it is signed by P or by another person in P's presence and by P's direction, (c) the signature is made or acknowledged by P in the presence of a witness, and (d) the witness signs it, or acknowledges his signature, in P's presence. (7) The existence of any lasting power of attorney other than one of a description mentioned in subsection (2)(b) does not prevent the advance decision from being regarded as valid and applicable.*

<sup>49</sup> Si tratta di una distinzione tra due pratiche diverse presente nel codice penale olandese, che ad oggi prevede, all’art 293, par. 1, che chi mette fine alla vita di un altro soggetto su sua esplicita richiesta è punito con il carcere fino a un massimo di dodici anni o con una pena pecuniaria; all’art 294, par. 2, si prevede invece che chi assiste un altro nel suicidio o gliene procura i mezzi è punito, nel caso in cui il suicidio si verifichi, con il carcere per un massimo di tre anni o con una pena pecuniaria; la disposizione si applica appunto al suicidio medicalmente assistito. Si tratta di un’ipotesi, differente dall’eutanasia, in cui la morte è conseguenza diretta di un atto suicida del paziente, seppur consigliato o assistito da un terzo.

<sup>50</sup> Legge approvata dal Parlamento nell’agosto del 1999., v. G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in [www.giappichelli.it](http://www.giappichelli.it), 1 ss.

Una normativa che ha apportato modifiche significative al codice penale olandese nel segno di una giurisprudenza<sup>51</sup> che, nel corso degli anni, ha progressivamente escluso la rilevanza penale (e la relativa punibilità) del comportamento del medico che praticasse l'eutanasia (o agevolasse l'altrui suicidio) mediante l'esimente della c.d. "*forza maggiore*" o del c.d. "*stato generale di necessità*"<sup>52</sup>.

La l. 194/2001 ha infatti modificato l'art. 293 del codice penale stabilendo, nel secondo comma, che le condotte di cui al primo comma non costituiscono più reato se "*sono compiute da un medico che abbia rispettato i criteri di adeguatezza previsti dall'art. 2 della legge sull'interruzione della vita e del suicidio assistito*"<sup>53</sup> ed abbia osservato determinati vincoli di procedura.

L'art. 294, prevede due distinte ipotesi di reato: a) l'incitamento al suicidio; b) l'assistenza alla morte; detta norma stabilisce che il medico, nei casi di "*assistenza alla morte*", non sia punibile qualora abbia rispettato determinate regole di diligenza.

Come si vede, la legge del 2002, recependo le precedenti pronunce giurisprudenziali, ha stabilito che, affinché operi la scriminante della "*forza maggiore*", è necessario il rispetto di una serie di "*criteri di diligenza*"<sup>54</sup>, indicati dall'art. 2 della legge stessa.

Il medico dovrà:

- essere certo che si tratti di una richiesta spontanea e ponderata del paziente;
- essere sicuro che quelle del paziente siano sofferenze insopportabili e senza prospettive di miglioramento;
- aver informato il paziente della situazione clinica e relative prospettive;

---

<sup>51</sup> Cfr. caso Schoonheim in cui la Corte Suprema dei Paesi Bassi ha consentito ai medici di avvalersi dell'art. 40, stabilendo che il medico, posto che nel momento in cui pratica un'eutanasia vi è un conflitto potenziale fra il dovere di tutela della vita, stabilito dalla legge, e quello di rispettare l'autodeterminazione del paziente, potrà appellarsi allo stato di necessità.

<sup>52</sup> È l'art. 40 del codice penale olandese a stabilire, infatti, che chi commette un reato sotto la spinta di una forza insuperabile, non è penalmente perseguibile.

<sup>53</sup> M. DE TILLA, L. MILITERNI, U. VERONESI (a cura di), *Il testamento biologico verso una proposta di legge*, Sperling & Kupfer, Milano, 2007.

<sup>54</sup> Diversi i criteri per i minorenni: a) chi è in età compresa fra i sedici e i diciassette anni potrà decidere autonomamente, dopo aver consultato i genitori, i tutori o i parenti; b) chi è in età compresa fra i dodici e i quindici anni dovrà invece necessariamente avere il permesso dei genitori affinché il medico sia in condizioni di procedere (art. 2, parr. II e IV, legge per il controllo).

- aver maturato la convinzione, condivisa con il paziente, che nessun'altra soluzione risulti ragionevole rispetto alle condizioni in cui si trova il paziente;
- aver consultato per un parere almeno un altro medico esterno;
- aver eseguito scrupolosamente, dal punto di vista medico, l'interruzione della vita o l'assistenza al suicidio<sup>55</sup>.

Per quanto attiene il testamento biologico e le direttive anticipate di trattamento si osserva, infine, come la legge olandese consenta ai medici di soddisfare le volontà manifestate dai pazienti, per mezzo dei suddetti atti, in un momento anteriore alla loro perdita di capacità.

Anche in questo caso tuttavia, applicandosi sempre le prescrizioni dettate dall'art. 2 della legge del 2002, spetterà al medico l'ultima parola in merito al soddisfacimento delle volontà enunciate nel testamento biologico.

## 9. Spagna

### 9.1. *“Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”*

Con l'approvazione, avvenuta il 14 novembre, della legge 41/2002<sup>56</sup> (c.d. *“Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”*) che regola l'autonomia del paziente e i diritti e gli obblighi in materia di informazione e documentazione clinica, il Parlamento spagnolo ha rivoluzionato la disciplina del rapporto medico-paziente<sup>57</sup>.

La legge, entrata in vigore il 16 maggio 2003, risulta divisa in sei capitoli e strutturata attorno a due “assi” principali:

- l'esercizio dell'autonomia del paziente;
- i diritti e gli obblighi in materia di documentazione clinica.

---

<sup>55</sup> Art. 2, *“Legge sull'interruzione della vita e sul suicidio assistito”*, in [www.dpce.it](http://www.dpce.it)

<sup>56</sup> Pubblicata sul *Boletín Oficial Español* n. 274 del 15 novembre.

<sup>57</sup> Intervenendo sul diritto all'informazione sanitaria e alla *privacy* in ambito medico, sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Il primo “asse”, come detto, ruota principalmente attorno alla previsione normativa di una serie di diritti e facoltà del paziente, tesi a garantirne l’autonomia, quali:

- il consenso informato;
- la capacità di prestare il consenso in maniera autonoma o tramite rappresentante;
- il diritto ad accettare o rifiutare un determinato trattamento;
- la possibilità di definire anticipatamente le scelte da adottare rispetto ad un trattamento futuro e/o di nominare un soggetto, legittimato a decidere in merito, qualora il paziente si dovesse trovare nell’impossibilità di farlo autonomamente.

Il capitolo IV, che regola il “*rispetto dell’autonomia del paziente*”, si compone di sei articoli<sup>58</sup>.

Tale capitolo è inteso a riconoscere validità ed efficacia alle decisioni che, in modo libero, volontario e ponderato, il soggetto abbia preso sui trattamenti sanitari cui intenda sottoporsi o che intenda rifiutare.

Importanza preminente, in tal senso, è data all’art. 11 che sancisce in capo ai servizi sanitari l’obbligo di stabilire le procedure utili a garantire il rispetto delle c.d. “*instrucciones previas*”<sup>59</sup>.

Il comma primo dell’art. 11 prevede che una persona maggiore di età, capace e libera, possa manifestare anticipatamente, mediante testamento biologico, la sua volontà per far sì che questa, qualora dovesse trovarsi in condizioni tali da non essere in grado di pronunciarsi riguardo le cure o terapie cui intende essere sottoposto o il destino del proprio corpo e dei propri organi, venga rispettata.

Il soggetto potrà inoltre nominare un rappresentante che, in caso di sopraggiunta incapacità, svolga la funzione di interlocutore col medico o con l’*equipe* sanitaria al fine di eseguire tali “*instrucciones previas*”.

Il secondo comma dispone invece che ogni servizio sanitario dovrà porre in essere regole per disciplinare la procedura adeguata affinché sia garantita l’attuazione delle dichiarazioni anticipate<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Ley 41/2002, art. 8-13.

<sup>59</sup> A patto che queste non siano contrarie alla legge o alla buona pratica medica, v. art. 11, comma 3.

<sup>60</sup> “[...]che dovranno sempre essere effettuate per iscritto”.

Il comma quarto infine prevede come tali dichiarazioni anticipate possano essere revocate, per iscritto, in qualsiasi momento.

Il tratto forse più originale della disciplina spagnola è tuttavia rappresentato dalla costituzione di un Registro Nazionale<sup>61</sup> per le direttive anticipate<sup>62</sup>, al fine di assicurarne l'efficacia su tutto il territorio nazionale.

## 10. Stati Uniti d'America

Negli Stati Uniti la prima disciplina relativa al "*living will*" si sviluppa a partire dalla metà degli anni settanta del Novecento, in California<sup>63</sup>, sull'onda di un noto caso giudiziario deciso dalla Corte Suprema del New Jersey<sup>64</sup>, per poi diffondersi agli altri

---

<sup>61</sup> Istituito presso il Ministero della salute con il *Real Decreto* n. 124 del 2 febbraio.

<sup>62</sup> Abilitati ad accedere a tale registro saranno unicamente: "1) coloro che hanno sottoscritto le istruzioni preventive; 2) i loro rappresentanti; 3) i responsabili accreditati dai registri delle Comunità Autonome; 4) le persone designate dal Ministero della salute o dalle autorità sanitarie delle Comunità Autonome".

<sup>63</sup> Con il *Natural Death Act* (Cal. Health&Safety Code, §§ 7185-7195, West Supp. 1978; leggasi integralmente anche su *Rivista al diritto civile*, 1977, I, 84 e ss.) tutt'ora vigente - anche se, sembra, vi sia stata, ancora prima, agli inizi del novecento, una legge dell'Ohio, e poi una dell'Iowa, rimasta completamente isolata, anche per l'opposizione del Congresso: così S. AMATO, *I fuochi fatui del living will*, in *Jus*, 2005, cit., 284; cfr. anche C. TRIPODINA, *op. cit.*, 324, nota 137.

<sup>64</sup> Ci si riferisce al caso *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976) in cui si autorizzava i medici ad interrompere le terapie di sostentamento vitale su una ragazza in SVP sulla base del principio che il diritto alla *privacy* di ciascun individuo, quando sia eliminata del tutto la prospettiva di un suo ritorno ad uno stato di coscienza, prevale sugli interessi dello stato al prolungamento ad ogni costo della vita.

Stati<sup>65</sup> ed interessare perfino il legislatore federale<sup>66</sup> (anche in questo caso su impulso della giurisprudenza, questa volta della United States Supreme Court<sup>67</sup>).

Si tratta di un processo normativo, protrattosi per più di trent'anni, che ha dettato i seguenti principi in materia:

- a) nutrizione e idratazione sono trattamenti sanitari, non mezzi per il mantenimento della vita;
- b) il paziente cosciente e capace può rifiutare i trattamenti anche se di sostegno vitale;
- c) per quanto riguarda il paziente non più cosciente, va rispettato il suo rifiuto di terapie se espresso e documentato in condizioni di capacità;
- d) se il paziente non più cosciente non ha espresso, in condizioni di capacità, una propria volontà sulle cure, la decisione sulle scelte terapeutiche, sarà presa da un "fiduciario" (*substituted judgment*), di solito un familiare che si mette nei panni di un paziente incapace.

Da non dimenticare poi, in ultima istanza, come in ogni caso si dovrà tener presente quale principio generale da perseguire il "*best interest of the patient*", ovvero la "*migliore soluzione nell'interesse del paziente*", in base al quale si potrà procedere all'interruzione delle cure solo ove i benefici derivanti all'incapace dalla prosecuzione

---

<sup>65</sup> Tutti gli Stati americani sono dotati di *Advance Directive Statutes*, la maggior parte (all'infuori di tre, Massachusetts, Michigan e New York, che si limitano a prevedere unicamente la figura del fiduciario per la salute) dei quali contemplano sia l'istituto del *living will* che quello dell'*health care power of attorney*. Per una comparazione d'insieme, si v. C. CONDIE, *Comparison of the Living Will Statutes of the Fifty States*, in 14 *Journal of Contemporary Law*, 105 (1988).

<sup>66</sup> Cfr. *Patient Self Determination Act*, Stat. 1776, 101st. Cong., 1st Sess. (1989) (PSDA), parte dell'*Omnibus Budget Reconciliation Act 1990* (OBRA) (Pub. L. No. 101-508, §§4206, 471; 104 Stat. 1388-115 a 117, 1338-204 a 206, ora codificato in 42 U.S.C.A. §1395cc(f)(1) e 42 U.S.C.A. §1396a(a), West. 1995&Supp. 2002).

<sup>67</sup> Ci si riferisce, evidentemente, al caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 110S. Ct., 2841 (1990). La bibliografia sul caso è amplissima: si v., fra gli altri: J.K. GISLESON, *Right to die, forced to live: Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, in 7 *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 401-411 (1991); J. BOPP JR. e D. AVILA, *The Due Process "Right of Life" in Cruzan an its impact on "right-to-die" law*, in 53 *University of Pittsburg Law Review*, 193-235 (1991); I. M. ELLMAN, *Cruzan v. Harmon and the dangerous claim that others can exercise incapacitated patient's right to die*, in 29 *Jurimetrics Journal*, 389-401 (1989); J. FINNIS, *The "Value of Human Life" And "The Right to Death": Some Reflections On Cruzan And Ronald Dworkin*, in 17 *Southern Illinois University Law Journal*, 559-517 (1993); W. H. COLBY, *The Lessons of the Cruzan Case*, in 39 *The University of Kansas Law Review*, 519-528 (1991).

della vita, mediante trattamenti artificiali, siano maggiori delle sofferenze allo stesso arretrate da una vita protratta in condizioni disumane e inaccettabili.

### **10.1. Il caso Quinlan e il “*Natural Death Act*” (1976)**

Quello di Karen Ann Quinlan (29 marzo 1954 - 11 giugno 1985) è il primo caso negli Stati Uniti, tra i numerosi che si sono susseguiti nel corso degli anni, ad aver portato alla luce la necessità di una regolamentazione in materia di “*living will*”.

Karen Ann Quinlan aveva solo ventidue anni quando, a seguito dell’assunzione di un miscuglio imprecisato di sostanze stupefacenti ed alcolici, si ritrovò in una condizione di anossia protratta, che la condusse in uno stato vegetativo permanente (SVP).

Tenuta in vita da un respiratore, Karen fu trasferita in terapia intensiva e mantenuta in una condizione di coma profondo.

In conseguenza dello stato vegetativo permanente non vi erano più, anche se persistevano il battito cardiaco e l’alternanza sonno-veglia, coscienza e sensibilità: anche se il tronco encefalico continuava a funzionare, la corteccia cerebrale risultava perciò irreversibilmente compromessa.

I genitori della ragazza chiesero quindi, data l’irreversibilità della situazione della figlia, di poter interrompere la cura attiva permettendole di morire.

Una richiesta rifiutata dall’ospedale in cui la donna era ricoverata, che fu alla base delle successive dispute legali.

Karen rimase in queste condizioni fino al 1985, anno in cui, essendo stata colpita da una grave forma di polmonite, i medici decisero di non sottoporla a trattamento farmacologico.

Secondo i medici, dal momento che il prosieguo della vita in stato vegetativo permanente doveva essere considerato un danno per la paziente, si trattò di un “*astensionismo salutare*” basato sul principio ippocratico del “*primum non nocere*”.

Si tratta di un caso complesso caratterizzato dall’alternanza di posizioni assunte dai giudici chiamati a pronunciarsi in merito.

Dapprima il Tribunale del New Jersey diede risposta negativa all'istanza dei genitori di Karen tesa a rimuovere il respiratore, motivando a partire dall'idea che la difesa della vita, fino alla sua fine naturale, è il compito primario della medicina.

In un secondo momento la Corte Suprema emise una sentenza che destò scalpore, basata sull'assunto che, essendo Karen affidata alla tutela legale del padre ed essendo esso un fervente cattolico, si dovesse dare rilievo nella decisione al Magistero della Chiesa cattolica.

Infine, la Corte Suprema affermò che, nel caso in cui le condizioni di un paziente in stato vegetativo permanente fossero peggiorate al punto da eliminare qualsivoglia possibilità di un suo ritorno ad uno stato di coscienza<sup>68</sup>, il rispetto della *privacy* della persona, imponesse di consentire ai familiari di decidere se proseguire o meno il sostegno artificiale dal momento che tale diritto non deve ritenersi inesistente per il solo fatto che il paziente sia incapace di esercitarlo<sup>69</sup>.

Attraverso quello che viene definito “*substituted judgment*” (giudizio sostitutivo), la decisione venne quindi presa dai familiari in base al presupposto che chi decide in sostituzione dell'interessato (*surrogate decision maker*) deve prendere nei limiti del possibile la decisione che il paziente avrebbe preso se fosse stato ancora capace.

La Corte Suprema, relativamente alla questione su “come” il sostituto debba decidere, è estremamente chiara: da un lato la Corte afferma come la volontà di Karen non possa essere estrapolata da un quadro probatorio ritenuto carente (formato prettamente da testimonianze di amici basate su colloqui che la ragazza aveva avuto con gli stessi) e dall'altro sancisce come tale mancanza di prove non sia comunque di ostacolo all'individuazione di un soggetto che, sostituendo la ragazza, sia in grado di prendere una decisione finale basata invece sullo stile di vita della paziente.

---

<sup>68</sup> Secondo la ricostruzione del caso Quinlan operata Smorto, si può addivenire all'interruzione del sostegno vitale artificiale qualora sussistano, in via alternativa, o la riconduzione dell'istanza di sospensione alla volontà del paziente, o l'accertamento della irreversibilità dello SVP (cfr. G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 7/2007, 143-179:176). Secondo diversa ricostruzione i due requisiti devono essere soddisfatti entrambi (e per la quale cfr. G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della Corte del New Jersey*, ne Il foro italiano, 1988, parte IV, coll. 291-301 e E. CALÒ, *La Cassazione “vara” il testamento biologico*, in *Corriere giuridico*, n. 12/2007, 1686-1695:1692).

<sup>69</sup> G.SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto a questioni pubbliche* n.7/2007, 143-179.

Il motivo per cui si può e si deve giungere sempre all'individuazione di un sostituto, chiarisce la Corte, è da rinvenirsi nel fatto che rispetto allo stato d'incapacità il diritto a rifiutare le cure persiste ad esso e dunque, se non si vuole cadere in un'irragionevole discriminazione nei riguardi del paziente cosciente, si evince la necessità di garantire l'esercizio di tale diritto.

Certa dottrina americana e parte della giurisprudenza hanno rinvenuto tuttavia, nel giudizio sostitutivo, lo sfruttamento di una serie di finzioni giuridiche:

- la sopravvivenza del diritto di scelta alla perdita di capacità;
- l'appello alla volontà presunta del paziente;
- il convincimento che l'irreversibilità dello SVP porti necessariamente al risolversi per la sospensione dei trattamenti<sup>70</sup>.

Un'opinione che non pare potersi condividere, atteso che la Corte Suprema del New Jersey appare chiara nell'ammettere che, nel caso di un quadro probatorio insufficiente dal quale rinvenire le volontà del paziente riguardo le cure, quello che alla fine rileva è che la decisione finale sia riferibile (e non concretamente riferita) a quella che il paziente avrebbe ipoteticamente preso<sup>71</sup>.

I principi emersi nella sentenza del caso Quinlan, come anticipato, hanno rappresentato la base per una prima regolamentazione ufficiale del testamento biologico attraverso il c.d. "*Natural Death Act*".

Si tratta del primo documento in cui compare il termine "*living will*"<sup>72</sup> e, soprattutto, del primo documento ad aver assunto forza di legge in cui viene riconosciuto il diritto ad ogni soggetto adulto di disporre anticipatamente il rifiuto della "*terapia del sostentamento vitale*" (sia nel caso in cui si intenda sospenderla una volta iniziata, sia nel caso in cui si intenda rifiutarne l'applicazione *ab initio*) nell'eventualità in cui si versi in uno stato vegetativo permanente.

---

<sup>70</sup> Così anche A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, ne il foro italiano, 1991, parte IV, coll. 66-72:71.

<sup>71</sup> Che l'intento del giudizio sostitutivo sia quello di ottenere decisioni "*riferibili*" alla volontà del paziente è espressamente dichiarato nella sentenza *in re Jobes*, cfr. nel testo in traduzione ne *Il foro italiano*, 1988, parte IV, coll. 291-308:308.

<sup>72</sup> G. GIUSTI, *Trattato di medicina-legale e scienze affini*, Vol. I, *Tutela della persona*, Cedam, 2009.

## 10.2. Il caso Cruzan (1990)

La sentenza emessa nel caso di Nancy B. Cruzan, donna del Missouri che entrò in coma nel 1983 a causa di un incidente stradale, rappresenta una sorta di tentativo di “*correzione di rotta*”, rispetto alla decisione del caso Quinlan, preso dalla giurisprudenza per arginare il rischio che, in concreto, la decisione del paziente si trasformi invece in una decisione del sostituto<sup>73</sup>.

La donna si trovava sottoposta ad alimentazione e idratazione artificiale (ma senza la necessità del respiratore automatico) quando, nel 1986, a tre anni di distanza dall'incidente, i genitori avanzarono richiesta per l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale, ritenendo di adempiere alle volontà della figlia.

Volontà recepita unicamente da uno scambio di idee, avuto con la figlia poco prima dell'incidente, in base al quale i genitori affermarono che la stessa, qualora si fosse trovata nelle condizioni in cui effettivamente e concretamente si trovava in quel momento, non avrebbe voluto prolungare ulteriormente la propria vita.

Dinanzi al rifiuto dei medici curanti di sospendere la terapia i genitori di Nancy Cruzan proseguirono per vie legali, passando per tre gradi di giudizio.

Nel 1987 essi si rivolsero alla Corte di contea di Jasper che, con sentenza del 1988, acconsentì alla sospensione del trattamento di alimentazione e idratazione artificiale.

Tale sentenza fu impugnata dal procuratore generale del Missouri e così la Corte Suprema del Missouri, con sentenza datata novembre 1988, negò il permesso di sospendere l'idratazione e alimentazione artificiale, sostenendo che, anche se il diritto alla *privacy* doveva ritenersi applicabile al caso di specie, consentendo quindi a Nancy Cruzan di rifiutare il trattamento medico, tale diritto non poteva tuttavia estendersi, come sostenuto nella decisione della Corte Suprema nel caso *Roe v. Wade and Griswold v. Connecticut*, fino al rifiuto del trattamento di idratazione e nutrizione.

I genitori della ragazza fecero poi ricorso alla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale con sentenza del giugno del 1990 confermò la pronuncia dello Stato del Missouri, che vietava la sospensione della NIA, giustificando tale decisione sulla base del fatto che non esistevano prove evidenti che questa fosse la volontà effettiva della paziente.

---

<sup>73</sup> *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, U.S. 110 S. Ct. 2841, 111 L. Ed. 2d 224 (1990).

Nel 1990 i genitori di Nancy si rivolsero quindi nuovamente alla Corte di contea di Jasper, portando numerosi testimoni che, a sostegno di quanto da loro affermato, confermassero la volontà di morire della figlia, anziché continuare a “vivere”, qualora si fosse trovata in stato vegetativo permanente.

Sicché, basandosi sulle prove testimoniali raccolte, la Corte si pronunciò in favore alla sospensione dell'alimentazione e idratazione artificiale e Nancy Cruzan morì il 26 dicembre 1990.

Per quanto attiene il percorso argomentativo compiuto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti esso si basa essenzialmente sulla necessità del raggiungimento della prova della volontà del paziente.

Invero, la Corte precisò che il fatto che il paziente sia incapace di percepire ciò che si verifica nel mondo esterno da solo non è idoneo ad escludere il suo diritto all'autodeterminazione.

I giudici del caso Cruzan ritennero però, che tale diritto di rifiutare le cure non si fondasse, come avvenne per il caso Quinlan, sul diritto alla *privacy*, ma piuttosto sul XIV Emendamento della Costituzione americana, che protegge il *liberty interest* dell'individuo, escludendo che una persona possa essere privata della vita e della libertà senza un *due process of law* e, pertanto definirono la decisione di interruzione del sostegno artificiale come *deeply personal*.

Come si può notare, la Corte ricondusse il diritto al rifiuto di cure nell'alveo dell'effettiva volontà del paziente, sostenendo che, ove vi siano elementi chiari e convincenti che il paziente avrebbe esercitato il suo diritto all'autodeterminazione, dovrà essere seguito il *subjective standard*, e conseguentemente rigettò nel caso di specie, in cui gli elementi di prova inizialmente adottati della volontà del paziente esistevano, ma non erano in grado di integrare lo standard soggettivo, la richiesta dei genitori di farsi portatori dell'interesse della ragazza in virtù del *substituted judgement*. Pertanto si osserva come, in base a quanto stabilito nel caso Cruzan, il potere di disposizione in materia di scelte terapeutiche spetti al paziente stesso (*subjective standard*): solo e soltanto in assenza di direttive anticipate di trattamento, e unicamente

nel caso in cui sia garantito il rispetto della effettiva volontà del paziente, si potrà far ricorso a procedure di esercizio del potere sostitutivo<sup>74</sup>.

Nel caso in esame, quindi, la volontà del paziente cessa di essere uno strumento nelle mani del sostituto e viene ad essere considerata come manifestazione effettiva e quindi in grado di essere provata e documentata<sup>75</sup>.

### 10.3. Il “Patient Self and Determination Act” (1991)

Il “*Patient Self Determination Act*” (PSDA) è entrato in vigore il 1 dicembre 1991.

Si tratta di un atto, nato come diretta conseguenza del caso Cruzan, inteso a promuovere la presa di coscienza riguardo le decisioni mediche che i pazienti potranno essere costretti a prendere sul c.d. “*fine vita*”.

Il PSDA stabilisce che le strutture ospedaliere, gli ambulatori, le strutture che si occupano di assistenza domiciliare, le strutture di ricovero (*hospice*) e le organizzazioni che forniscono assistenza sanitaria *prepaid* che partecipano ai programmi di assistenza sanitaria federale *Medicare* o *Medicaid*, siano obbligati a fornire ai propri pazienti informazioni (il cui contenuto è fissato dalle singole leggi statali), in forma scritta o orale, in merito alla facoltà di redigere dichiarazioni anticipate di trattamento.

La legge federale impone altresì alle stesse strutture l’obbligo di adottare regolamenti interni atti a enucleare le procedure per la somministrazione delle predette informazioni<sup>76</sup>, così come per garantire l’implementazione del diritto del cittadino a redigere la dichiarazione<sup>77</sup>.

L’informativa dovrà essere data al momento dell’accettazione o, comunque, nel caso in cui si tratti di assistenza domiciliare, nel momento in cui il paziente verrà a contatto con l’organizzazione sanitaria che se ne occupa.

---

<sup>74</sup> G. SMORTO, *Note comparatistiche sull’eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 7/2007.

<sup>75</sup> G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti e il “right to die”*, ne *il Foro Italiano*, 1991, parte IV.

<sup>76</sup> Cfr. OBRA, §4206(a)(2), 42 U.S.C. §1395cc(f)(1).

<sup>77</sup> Cfr. OBRA, §4206(a)(2), 42 U.S.C. §1395cc(f)(1)(a)(i), (ii) e §4751(a)(2), 42 U.S.C. §1396a(w)(1)(B).

Se il paziente è incapace di ricevere validamente tale informativa, si stabilisce che questa vada resa a un tutore, un parente, o ad altra persona indicata *ad hoc* dalla legge statale<sup>78</sup>.

È in ogni caso fatto obbligo alle strutture che provvedono all'informativa di fare menzione (mediante registrazione) nella cartella clinica del paziente se questi ha o meno redatto una dichiarazione anticipata di trattamento<sup>79</sup>.

#### **10.4. Il caso Terri Schiavo**

L'ultimo e più recente caso è quello di Terri Schindler Schiavo, ragazza ventisettenne della Florida, che rimase in stato vegetativo permanente a seguito di un grave arresto cardiocircolatorio.

La ragazza conviveva con il marito Michael Schiavo a casa dei genitori quando, nel 1990, decise di sottoporsi ad una drastica dieta dimagrante che le causò squilibri ormonali e che, con buona probabilità, contribuì a causarle l'arresto cardiocircolatorio occorsogli il 25 febbraio dello stesso anno.

A seguito dei danni cerebrali riportati (encefalopatia ischemica) come conseguenza dell'arresto cardiaco, la donna entrò in stato vegetativo permanente costringendo i medici a sottoporla ad un trattamento di alimentazione e idratazione artificiale mediante sondino nasogastrico.

A distanza di otto anni e in mancanza di un testamento biologico, in presenza del quale la legislazione della Florida riconosce ai soggetti non più coscienti il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari<sup>80</sup>, il marito, in qualità di tutore della donna, rivolse un'istanza alla Corte della Florida volta ad ottenere la rimozione del sondino di alimentazione.

I genitori della donna si opposero a tale istanza, affermando che la figlia era ancora cosciente, seppur in minima parte.

---

<sup>78</sup> Cfr. *Health Care Financing Admin*, 60 Fed. Reg. 33262, 33265 (27 giugno 1995).

<sup>79</sup> Cfr. OBRA, §4206(a)(2), 42 U.S.C. §1395cc(f)(1)(B), nonché §4751(a)(2), 42 U.S.C. §1396a(w)(1)(B).

<sup>80</sup> G. GIUSTI, *Trattato di medicina legale e scienze affini, Tutela della persona*, Vol. I, Cedam, Padova, 2009.

Per superare l'*impasse* la Corte della Florida nominò un "*guardian ad litem*", con il compito di studiare le condizioni della ragazza: questi, previo parere dei medici che la tenevano in cura, ritenne che lo stato vegetativo permanente della ragazza fosse, data la mancanza di azioni volontarie e l'incapacità di comunicare o interagire con intenzione, incontestabile.

Nonostante ciò, il "*guardian ad litem*" nominato dal giudice espresse altresì alla Corte la propria convinzione di dover rigettare l'istanza del marito ritenendo di non poter dare credito alle sue dichiarazioni circa l'effettiva volontà della moglie.

I genitori della ragazza sostenevano, infatti, che la figlia, fervente cattolica, non avrebbe mai dato il proprio assenso alla pratica dell'eutanasia attraverso la sospensione della nutrizione e idratazione artificiale.

Sicché la Corte, per ricercare informazioni certe riguardanti il complesso di valori della ragazza, si trovò costretta ad avvalersi delle testimonianze di diciotto persone.

Nel febbraio 2010 la Corte fu finalmente in grado di emettere una sentenza, poi confermata in sede di appello.

In tale sentenza, tenendo in considerazione lo stato vegetativo irreversibile della donna ed il fatto che le testimonianze fossero per lo più tese ad affermare la volontà di questa a non voler restare in vita artificialmente, la Corte assecondò la richiesta del marito e ordinò la rimozione del sondino nasogastrico.

Rimozione che tuttavia non avvenne a causa di un'ulteriore azione intrapresa dai genitori, tesa a traslare la questione da un piano prettamente medico ad uno inerente, invece, il contenzioso familiare.

La vicenda Schiavo fu infatti una vicenda giudiziaria complessa, segnata dalla contrapposizione dei diversi interessi in gioco: da un lato quelli di Michael Schiavo a compiere la volontà della moglie e ottenerne l'eredità a decesso avvenuto; dall'altro quelli dei genitori della ragazza decisi a contestare al marito, non solo il diritto alla tutela legale della figlia, ma anche alla stessa eredità.

L'istanza dei genitori della ragazza era dunque volta ad ottenere la revoca dall'ufficio di tutore del marito accusato di inadeguata e indegna condotta in quanto, da un lato,

aveva fallito nell'assicurare cure palliative adeguate alla moglie e, dall'altro, aveva progressivamente iniziato a dissipare il di lei patrimonio.

La Corte respinse l'istanza e fissò la data di rimozione del sondino il 24 aprile 2001.

Gli Schindler appellarono la sentenza che venne comunque confermata.

Nella data fissata dalla Corte fu rimosso quindi il sondino, per essere tuttavia reinserito due giorni dopo a seguito di un'ingiunzione motivata, basata su nuove accuse nei confronti di Michael Schiavo, che lo vedevano colpevole di falsa testimonianza.

La questione venne spostata nuovamente su un piano medico, dove si sostenne che Terri Schiavo non si trovasse in uno stato vegetativo permanente, dal momento che conservava uno stato, seppur minimo, di coscienza.

La Corte d'appello, al fine di determinare una volta per tutte le effettive condizioni della donna, individuò cinque esperti, di cui due nominati dagli Schindler, due da Michael Schiavo e uno dalla Corte stessa.

A seguito delle valutazioni e delle indagini degli esperti, la seconda Corte d'appello dello Stato della Florida confermò lo stato vegetativo permanente e, con sentenza, sostanzialmente confermativa della precedente, ordinò nuovamente la rimozione del sondino il 15 ottobre 2003.

Di lì a poco si ebbe tuttavia un atto legislativo ed esecutivo dello stesso Stato della Florida noto, come "*Terri's law*", con lo scopo di attribuire al Governatore la possibilità di intervenire nella decisione.

Il Governatore della Florida, in virtù dei poteri attribuitigli, trasferì la donna in un ulteriore ospedale, dove le venne reinserito chirurgicamente, mediante gastrostomia, il sondino.

Dopo una serie di appelli la Corte Suprema della Florida cassò la legge, perché incostituzionale, fissando la rimozione definitiva del sondino il 18 marzo 2005.

Nel frattempo era venuto a formarsi un movimento contrario all'interruzione della nutrizione e idratazione artificiale, promosso da un comitato pro vita e supportato da trentatré medici obiettori di coscienza.

Detto movimento si fece portatore di una mozione, contraria alla sentenza, mediante la quale la questione si trasferì in ambito federale, sostenuta da una componente repubblicana del Congresso.

Con grande celerità, il 20 marzo del 2005 il Senato degli Stati Uniti approvò infatti un disegno di legge c.d. “*Salva Terri*”, rapidamente confermato dalla Camera.

Nonostante l’appello del Governatore Jeb Bush, il Senato dello Stato della Florida bocciò tuttavia la proposta di legge e così il 26 marzo del 2005, per la terza e ultima volta, venne tolto a Terri Schiavo il sondino che la teneva in vita.

Come è evidente il caso Schiavo, deciso dalla Corte d’appello federale per l’undicesimo distretto<sup>81</sup>, dopo una serie drammatica di rimpalli fra corti statali, corti federali e l’intervento apposito del legislatore, rappresenta il frutto dell’evoluzione giurisprudenziale relativa al *substituted judgement*.

Si tratta di una decisione che risulta essere coerente con il quadro giuridico statunitense<sup>82</sup> sia per quanto riguarda l’interruzione del sostegno artificiale, sia relativamente all’accertamento dello stato vegetativo permanente sia, infine, per quanto attiene la riconduzione dell’idratazione e nutrizione artificiale nell’alveo dei trattamenti sanitari.

Si tratta inoltre di una decisione che presenta forti analogie con quella assunta nel caso Englaro, dove il principio di diritto elaborato dalla Cassazione per consentire alla Corte d’appello di risolvere il caso, ricalca i requisiti del caso Schiavo, ossia:

- a) la irreversibilità dello stato vegetativo permanente;
- b) la prova palese che la richiesta d’interruzione avanzata dal tutore rispecchi la volontà del paziente.

## 10.5. Osservazioni conclusive sulla situazione statunitense

---

<sup>81</sup> *Schiavo ex rel. Schindler v. Schiavo*, 403 F.3d 1261 (11th Cir. 2005) (*denying rehearing en bac*), *stay denied*, 544 U.S. 945 (2005). Per una ricostruzione italiana del caso vedi altresì G. SMORTO, *Note comparatistiche sull’eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n.7/2007, 143-179:177 e C. BOLOGNA, *Il caso Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, n.2/2005, 404-407.

<sup>82</sup> Cfr. C. CASONATO, *Il diritto di Terri Schiavo*, in *L’Adige*, 28 aprile 2005, in [www.jusunitn.it](http://www.jusunitn.it).

Sintetizzando si può quindi osservare, con occhio proteso a comparare le varie pronunce delle corti statunitensi esaminate, come le soluzioni adottate dalla giurisprudenza, per approcciarsi e risolvere il problema giuridico dell'autodeterminazione del soggetto in SVP siano essenzialmente tre e siano basate tutte sulla individuazione di un soggetto (*surrogate decision maker*) in grado di esprimere la volontà del paziente relativamente ai trattamenti:

- a) qualora il paziente abbia precedentemente e formalmente dichiarato per iscritto (e.s. *living will*) la propria volontà, il *surrogate decision maker* sarà latore della sua volontà espressa;
- b) qualora il paziente abbia precedentemente manifestato in vario modo (con attestazioni orali e/o scritte informali) il proprio volere, il *surrogate decision maker* sarà rappresentante della sua tacita volontà [filone Cruzan];
- c) qualora il paziente non abbia precedentemente manifestato il proprio volere, il *surrogate decision maker* potrà ricostruire la sua volontà presunta a partire da un *substituted judgement* basato sul sistema complessivo di vita e sui valori del paziente [filone Quinlan].

Per quanto attiene al punto a), si osserva come in nessuno dei casi citati il paziente avesse predisposto dei documenti contenenti direttive anticipate sul trattamento sanitario, che comunque si qualificano come gli strumenti più idonei a provarne l'effettiva volontà.

In presenza di un atto formale scritto infatti il *surrogate decision maker* verrebbe ad assumere le vesti di un semplice portavoce della volontà del paziente piuttosto che di un vero e proprio sostituto, divenendo quindi, a tutti gli effetti, il garante del rispetto delle volontà dell'incapace, così come da lui espresse dinanzi a medici e parenti.

Il secondo punto, quello espresso alla lettera b), rappresenta il vero snodo cruciale del giudizio sostitutivo: nell'ipotesi in cui il paziente abbia in qualsiasi modo reso palesi le sue volontà riguardo le cure, il sostituto potrà ritenersi interprete qualificato della decisione terapeutica del paziente.

Una scelta che verrà ricostruita in base agli elementi di prova a disposizione e che rispecchierà una specifica ed esistente volontà del paziente rispetto alle cure, volontà che, anche se non espressa, potrà definirsi tacita.

Il problema della prova rappresenta il vero fulcro della questione ed è perciò qui che si colloca l'elaborazione del test soggettivo di cui al caso Cruzan e la richiesta di una "*clear and convincing evidence*" della volontà del paziente.

L'ultimo punto, di cui alla lettera c), fa riferimento al caso in cui, data l'insufficienza del materiale probatorio addotto, non si potrà ritenere che il paziente abbia espresso, nemmeno in modo implicito, una specifica volontà riguardo le cure e non rimarrà perciò che ricostruire tale volontà partendo dai principi, gli orientamenti e lo stile di vita del soggetto incapace.

Si tratta chiaramente della via percorsa nel caso Quinlan.

In breve, quindi, il grado di certezza massimo riguardo i desideri del paziente è offerto dalla redazione delle *advance directives* di cui al punto a).

Nel caso in cui la ricostruzione della volontà del paziente risulti dubbia o sia stata oggetto di contestazione ci si posiziona al punto b) ove viene richiesto il superamento del test soggettivo del caso Cruzan.

Qualora il criterio soggettivo risulti soddisfatto, il sostituto potrà dirsi rappresentante di una volontà effettiva ed esistente; in caso contrario, "bypassando" tale test, parte della giurisprudenza giunge lo stesso ad una decisione che si possa ritenere riferibile alle ipotetiche volontà del paziente.

Appare dunque evidente come il modello sia centrato su un incremento progressivo della partecipazione attiva e della responsabilità del *surrogate decision maker* nel processo decisionale e come questo renda necessaria una progressiva elevazione degli *standard* richiesti per la prova della volontà<sup>83</sup>.

Un'elevazione che si rinviene nel punto a), nel punto b), per drasticamente scemare poi nel punto c)<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La Giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it)

<sup>84</sup> *Ibidem*.

In ultima istanza bisogna osservare come, anche se il caso Cruzan all'apparenza sembra sancire l'impossibilità di utilizzare la soluzione di cui al punto c), questa non sia che mera apparenza.

Vi è infatti una quasi perfetta osmosi tra l'orientamento del caso Cruzan e quello del caso Quinlan, atteso che lo stesso complesso di indizi ritenuto insufficiente nel caso Quinlan ai fini del raggiungimento della prova ben potrebbe esser considerato in grado di consentire il giudizio di cui al punto b), qualora il giudice ritenga in base al suo prudente apprezzamento raggiunta la prova.

Un'osmosi che è testimoniata, come detto, dalla soluzione del caso Schiavo, il quale rappresenta chiaramente una sorta di compromesso tra i due orientamenti<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> L. MINGARDO, *op. cit.*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it)

## CAPITOLO IV

### NOTE A MARGINE DEL RECENTE DISEGNO DI LEGGE IN MATERIA DI “TESTAMENTO BIOLOGICO”: IL D.D.L. “CALABRÒ”

**Sommario:** 1. Premessa - 2. Tutela della vita e della salute - 3. Consenso informato - 4. Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento - 5. Forma e durata della dichiarazione anticipata di trattamento - 6. Assistenza ai soggetti in stato vegetativo - 7. Fiduciario - 8. Ruolo del medico - 9. Autorizzazione giudiziaria - 10. Disposizioni finali - 11. Note critiche sul d.d.l. “Calabrò”

#### 1. Premessa

Alla luce dell’analisi effettuata sul dettato costituzionale e legislativo in Italia in materia di fine vita e sulle soluzioni adottate dagli ordinamenti giuridici stranieri in tema di eutanasia e “direttive anticipate di trattamento” siamo finalmente in grado di analizzare i contenuti del controverso d.d.l. “Calabrò”, per verificare se questi si presentino o meno adeguati a rispondere alle complesse problematiche inerenti il controverso tema del “testamento biologico”.

Sulla scia del caso Englaro e delle perplessità manifestate dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio circa l’opportunità che il Governo si “opponesse” all’attuazione di una sentenza esecutiva mediante un decreto legge<sup>1</sup>, il 26 marzo 2009, con centocinquanta voti favorevoli, centoventitre contrari e tre astenuti, il

---

<sup>1</sup> Il disegno di legge n. 1369[33], contenente “*Disposizioni in materia di alimentazione ed idratazione*”, era stato presentato alla presidenza del senato della Repubblica il 6 febbraio 2009 dal Presidente del Consiglio dei Ministri (Berlusconi) e dal Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali (Sacconi), e si componeva di un unico articolo che si esprimeva nei toni seguenti: “*1. In attesa dell’approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l’alimentazione e l’idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi. 2. La presente legge entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale*”. Il disegno di legge aveva l’identico contenuto di un decreto legge, che tuttavia il Capo dello Stato Napolitano aveva rifiutato di emanare, non riscontrando, tra l’altro, la sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza.

Senato, in sessione straordinaria, licenziò un progetto di legge volto a regolamentare il tanto discusso “testamento biologico”<sup>2</sup>.

Il testo del disegno di legge rubricato “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*” venne poi trasmesso alla Camera il successivo 31 marzo dove venne nuovamente approvato con emendamenti<sup>3</sup> il 12 luglio 2011.

Ad oggi, il disegno di legge con gli emendamenti apportati, è stato nuovamente trasmesso in data 20 luglio 2011 al Senato ed assegnato alla dodicesima Commissione permanente (Igiene e Sanità) in sede referente, dove è tutt'ora oggetto di studio in attesa della sua definitiva approvazione.

Per evidenziare al meglio pregi e difetti di un testo che presenta evidenti criticità e forti profili di illegittimità, diviene imprescindibile procedere a una dettagliata analisi degli otto articoli che lo compongono.

## **2. Tutela della vita e della salute**

L’art. 1 si spende in importanti dichiarazioni di principio e richiama esplicitamente gli artt. 2 (diritti inviolabili), 3 (principio di uguaglianza), 13 (inviolabilità della libertà personale) e 32 (diritto alla salute) della Costituzione.

Alla lettera a) del comma 1 si sancisce l’impegno dell’ordinamento nel riconoscere e tutelare la vita umana quale diritto assoluto, sottolineandone, al contempo, l’inviolabilità e, soprattutto, l’indisponibilità.

Si aggiunge, poi, che tale diritto deve essere “*garantito anche nella fase terminale dell’esistenza e nell’ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi di legge*”.

---

<sup>2</sup> Il d.d.l. in questione (S.10) all’esame del Senato, dopo l’*iter* in Commissione iniziato il 1° ottobre 2008 e conclusosi il 12 marzo 2009 e quello in Assemblea iniziato il 18 dicembre 2008 e conclusosi il 26 marzo 2009, ha assorbito i disegni e le proposte di legge presentate negli anni addietro ed è stato approvato, quindi, in T. U. con S.51, S.136, S.281, S.285, S.483, S.800, S.972, S.994, S.1095, S.1188, S.1323, S.1363, S.1368.

<sup>3</sup> Nel passaggio alla Camera, dopo l’*iter* in Commissione iniziato l’8 luglio 2009 e conclusosi il 1 marzo 2011 e quello in Assemblea iniziato il 7 marzo 2011 e conclusosi il 12 luglio 2011, ha assorbito C.625, C.784, C.1280, C.1597, C.1606, C.1764 *bis*, C.1840, C.1876, C.1968 *bis*, C.2038, C.2124, C.2595.

Già a partire da questa prima affermazione *“si può facilmente evincere l'impostazione paternalistica che contraddistingue l'intero testo normativo”*<sup>4</sup>.

La lettera b) dell'articolo in esame fa immediatamente riferimento al valore della dignità come valore a sua volta assoluto ed indisponibile, al di là di ogni interesse sociale o scientifico-tecnologico, richiamando, così, l'art. 1 della Convenzione di Oviedo, ove si afferma che ad ogni essere umano è garantito *“il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina”*.

La Convenzione di Oviedo aggiunge, all'art. 2, che *“L'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza”*.

A differenza del d.d.l. “Calabrò” l'intento della Convenzione è però quello di difendere e sostenere l'autodeterminazione del singolo, anziché inibirla.

La lettera c) dell'art. 1, comma 1, è da considerarsi, fondamentalmente, il *“manifesto”*<sup>5</sup> di questo disegno di legge: inizia col ricordare che gli artt. 575, 579 e 580 del codice penale vietano ogni forma di eutanasia e di suicidio assistito (esaltando in tal modo la natura repressiva del nostro ordinamento nei confronti di tali attività ed anticipando anche il possibile raggio d'azione delle DAT).

Il d.d.l. prosegue, poi, affermando che vanno considerate *“l'attività medica e quella di assistenza alle persone [come] esclusivamente finalizzate alla tutela della vita e della salute nonché all'alleviamento della sofferenza”*, escludendo così ogni discrezionalità medica: l'azione del professionista sanitario è volta unicamente alla tutela della vita e non può, conseguentemente, contribuire al suo “spegnimento”.

L'unico spiraglio di luce lasciato dalla norma *“risiede nel riferimento al dovere del medico di alleviare le sofferenze, il che, in virtù della citata teoria del doppio effetto, lascia una minima speranza alla possibilità di porre in essere cure palliative, con tutte le conseguenze del caso”*<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico*, Exeo, Padova, 2012, 52.

<sup>5</sup> Così R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico*, Exeo, Padova, 2012, 53.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Alla lettera d) si afferma l’imprescindibile importanza del consenso informato, volto a creare un’*“alleanza terapeutica tra il medico e il paziente”*, fatti salvi i limiti imposti dal divieto di porre in essere pratiche eutanasiche e dalla possibilità del paziente di opporre il proprio rifiuto ai trattamenti sanitari.

Stride *“notare come in poche righe si possa affermare, da un versante, l’importanza dell’alleanza terapeutica a maggior ragione nelle fasi di fine vita e, dall’altro, il divieto assoluto di ogni pratica eutanastica o di assistenza al suicidio”*<sup>7</sup>.

L’alleanza terapeutica dovrebbe, infatti, consistere in un rapporto di fiducia in base al quale il medico si trovi a dover agire nei confronti del proprio paziente con coscienza, tenendo conto delle richieste e aspettative dello stesso.

Alla luce della lettera c) di questo comma 1, l’alleanza terapeutica si esaurirebbe, invece, in quelle attività *“esclusivamente finalizzate alla tutela della vita nonché all’alleviamento della sofferenza”*.

Volendo seguire questo principio fino in fondo, verrebbe a tradire tale alleanza il medico che, rispettando il rifiuto del proprio paziente, non gli somministrasse una determinata cura salva-vita: *“egli avrebbe, invece, il dovere di porla in essere, indipendentemente dal volere di chi la riceve, nella misura in cui tale pratica si rivelasse in linea con le finalità previste dalla legge perché solo così adempirebbe al proprio compito di medico”*<sup>8</sup>.

La sola “facoltà” che resta al paziente, insomma, è quella di subire il trattamento somministratogli.

La lettera e) mette poi in luce nuovamente l’importanza del consenso informato rifacendosi, o meglio, ripetendo pedissequamente, il contenuto dell’art. 32 Cost. ed affermando, quindi, come la salute sia un diritto fondamentale dell’individuo oltre che interesse della collettività.

Nessun trattamento sanitario può, però, essere applicato in maniera coercitiva se non per disposizione di legge e comunque entro i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

---

<sup>7</sup> *Ibidem.*

<sup>8</sup> Così R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico*, Exeo, Padova, 2012, 54.

*“Non è molto chiaro come il richiamo alla salute quale interesse anche collettivo possa influire sul contenuto del testamento biologico, oggetto del testo normativo in esame”<sup>9</sup>.*

Quel che è certo è che l’autodeterminazione del paziente appare fortemente limitata nella misura in cui la manifestazione del consenso ai trattamenti sanitari viene prevista come necessaria solo per quelli che devono essere ancora “attivati”<sup>10</sup>.

La lettera f) dell’art. 1, comma 1, infine, sembra giustificare in *extremis* il ragionamento, dicendo che la norma garantisce “ai pazienti in stato di fine vita o in condizione di morte prevista come imminente” l’astensione da parte del medico da trattamenti sproporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o, comunque, straordinari.

Non è così facile ed immediato comprendere che cosa in concreto significhi tale affermazione e che cosa cambi rispetto all’attuale situazione: *“quale medico coscienzioso impartirebbe trattamenti sanitari non proporzionati alle esigenze del proprio paziente? Con quale criterio si può stabilire se un determinato soggetto si trovi in stato di morte prevista come ‘imminente’, concetto eccessivamente vago alla luce delle conseguenze ad esso collegate? Le cure palliative e la sedazione di un paziente in stato di fine vita, considerato che ogni pratica eutanasica è stata esplicitamente vietata, sono trattamenti sanitari da ritenersi proporzionati anche se, così facendo, accelerano il processo della morte del paziente dando vita, di fatto, ad una forma (seppur lata) di eutanasia?”<sup>11</sup>.*

Il comma 2 garantisce politiche economiche e sociali a sostegno dei pazienti, anche incapaci di intendere e di volere, ottemperando ancora una volta ai dettami dell’art. 32 Cost.: questo sancisce il diritto alla salute ed afferma che *“la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti [...]”*.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Si afferma, infatti, che *“nessun trattamento sanitario può essere attivato a prescindere dall’espressione del consenso informato”*.

<sup>11</sup> Sono gli interrogativi correttamente posti (anche se parzialmente mitigati dal comma 3, aggiunto a seguito del passaggio alla Camera, che pone l’alleviamento delle sofferenze tra i doveri del medico) da R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico*, Exeo, Padova, 2012, 55.

Al comma 3, aggiunto *ex novo* dalla Camera in prima lettura, si legge che è garantito ai “*pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente*” il diritto ad una adeguata assistenza attraverso cure palliative che assicurino una terapia contro il dolore conforme a precisi protocolli stabiliti dalla vigente normativa.

Il riferimento alle cure palliative, grande assente nella precedente formulazione della norma, fa tirare un sospiro di sollievo a tutti coloro che ritenevano tale disegno di legge come una “*tortura legittimata dallo Stato*”<sup>12</sup>.

Questo ultimo comma dell’art. 1 risulta forse il solo “*spiraglio di luce*”<sup>13</sup> per chi critica pesantemente il disegno di legge “Calabrò”, anche se, da solo, non basta a dare nuova luce al testo normativo, che resta comunque di impostazione fortemente paternalistica e restrittiva.

L’auspicato e atteso divieto generale e assoluto di accanimento terapeutico nei riguardi di qualsivoglia paziente, indipendentemente dal suo stato terminale è stato infatti mutato nella decisamente più flebile e oscura garanzia che il medico, per i soli “*casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente*”, debba astenersi dal porre in essere “*trattamenti straordinari non proporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura*”.

Nonostante “*l’esplicito richiamo agli artt. 2, 13 e 32 della Cost., tra i principi generali non si fa dunque cenno al rispetto dell’autodeterminazione terapeutica del paziente, che pure, di un disegno di legge così intitolato, avrebbe dovuto costituire la chiave di volta*”<sup>14</sup>.

### **3. Consenso informato**

---

<sup>12</sup> In questa direzione si muove la critica diffusa che emerge nel saggio di P. FLORES D’ARCAIS, *A chi appartiene la tua vita? Una riflessione filosofica su etica, testamento biologico, eutanasia e diritti civili nell’epoca oscurantista di Ratzinger e Berlusconi*, Ponte alle Grazie, Salani editore, 2009.

<sup>13</sup> R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico*, Exeo, Padova, 2012, 56.

<sup>14</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 71.

L'articolo 2 è dedicato nella sua interezza al delicatissimo tema del consenso informato<sup>15</sup>.

Prima di procedere all'analisi del articolo è, pertanto, necessario qualche breve cenno in materia.

Anzitutto ai fini dell'attivazione di qualsivoglia trattamento sanitario è necessario che sia stato prestato un esplicito consenso, in modo libero ed informato, così come sancito anche dall'art. 5<sup>16</sup> della Convenzione di Oviedo e dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ove si dice che, con riferimento “[al]l'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero ed informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”.

Di consenso informato si parla anche all'art. 33 del codice di deontologia medica e lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) lo definisce, in un parere, “*legittimazione dell'atto medico*” aggiungendo che “*l'informazione è finalizzata non a colmare la inevitabile differenza di conoscenze tecniche tra medico e paziente, ma a porre un soggetto [il paziente] nella condizione di esercitare correttamente i suoi diritti e quindi di formarsi una volontà che sia effettivamente tale; in altri termini porlo in condizione di scegliere*”.

Il combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost., i quali sanciscono l'inviolabilità della libertà personale ed il divieto di sottoposizione coattiva a trattamenti sanitari contro il volere del paziente, garantisce, poi, al consenso informato una tutela costituzionale.

---

<sup>15</sup> Prima degli anni '50 si aveva un approccio paternalistico che poneva in capo al medico il dovere di scegliere la soluzione che si dimostrasse più corretta in relazione alle esigenze del paziente. L'approccio “paternalistico” ha ceduto il passo, a cavallo degli anni '60, ad un approccio incentrato, invece, sul singolo e sulla sua libertà e capacità di autodeterminazione. In tale contesto germoglia quindi la rinnovata sensibilità verso l'autodeterminazione del singolo anche in campo sanitario e, come si legge da una nota del Comitato Nazionale di Bioetica “*si ritiene tramontata la stagione del 'paternalismo medico' in cui il sanitario si sentiva, in virtù del mandato da esplicitare nell'esercizio della professione, legittimato ad ignorare le scelte e le inclinazioni del paziente, ed a trasgredirle quando fossero in contrasto con l'indicazione clinica in senso stretto*”. Sul consenso informato v. per tutti C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI, T. GROPPI (a cura di), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, Vol. 3, 1052.

<sup>16</sup> Art. 5 Convenzione di Oviedo: “*Un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato. Tale persona riceve preliminarmente informazioni adeguate sulla finalità e sulla natura del trattamento nonché sulle sue conseguenze ed i suoi rischi*”.

Non ultimo, va ricordato che anche la giurisprudenza è più volte intervenuta fornendo specifiche e dettagliate spiegazioni volte a regolare l’ambito e l’ampiezza del consenso stesso<sup>17</sup>.

Il nostro ordinamento si occupa, poi, anche del “come” le informazioni vadano trasmesse al paziente<sup>18</sup>: sempre l’art. 33 del codice deontologico medico sostiene che “[...] il medico nell’informare il paziente deve tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuovere la massima adesione alle prognosi diagnostico-terapeutiche [...]”.

Nel rapporto esplicativo della Convenzione di Oviedo si legge, ulteriormente, come “l’informazione deve essere formulata in un linguaggio comprensibile dalla persona che sta per subire l’intervento. Il paziente deve essere messo in grado di valutare, con un linguaggio che sia alla sua portata, l’obiettivo e le modalità dell’intervento”.

Va ricordato, poi, che la prerogativa del consenso è quella di poter essere ritirato validamente in qualsiasi momento<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> “L’obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l’id quod plerumque accidit, non potendosi disconoscere che l’operatore sanitario deve contemperare l’esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remota eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento, evitando quindi quella che la giurisprudenza francese definisce una ‘reaction dangereuse’ del paziente. Assume rilevanza, in proposito, l’importanza degli interessi e dei beni in gioco, non potendosi consentire tuttavia, in forza di un mero calcolo statistico, che il paziente non venga edotto di rischi, anche ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita. L’obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l’ausilio tecnico-scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l’una o l’altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi. Sotto un altro profilo è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in équipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentino, nelle varie fasi, rischi specifici e distinti. Allorché tali fasi (ad esempio quella dell’anestesia) assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse, a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, l’obbligo di informazione si estende anche alle singole fasi ed ai rispettivi rischi”. In Cass. civ., sez. III, sent. 30 luglio 2004 n. 14638 in *Repertorio Foro it.* 2005 voce *Sanità Pubblica* [6020] n. 664. (R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico*, Exeo, Padova, 2012, 58).

<sup>18</sup> “Il ‘come’ informare il paziente è legato a vari fattori: cultura generale e specifica, psicologia, età del paziente ed altri elementi che solo la conoscenza della situazione socio-familiare più approfondita di quella immediata, potrà consentire”. (Parere CNB 1992).

<sup>19</sup> L’art. 5 della Convenzione di Oviedo recita “La persona interessata può, in qualsiasi momento, revocare liberamente il proprio consenso”.

Infine, è bene ricordare che esiste un diritto specularmente a quello di essere informati per esprimere validamente un consenso: il diritto di non sapere<sup>20</sup>.

Quanto sinteticamente detto si ritrova integralmente nel testo dell’art. 2.

Il comma primo si limita a ribadire quanto già affermato dalla lettera e) dell’art. 1, comma 1, e cioè che “*ogni trattamento sanitario è attivato previo consenso informato esplicito ed attuale del paziente prestato in modo libero e consapevole*”: si ribadiscono, ancora una volta, quali debbano essere le caratteristiche per una valida raccolta del consenso, che deve dunque essere “*esplicito*”, “*attuale*”, “*libero*” e “*consapevole*”, mentre anche qui nulla si dice circa l’eventuale mancanza di consenso o l’esplicito dissenso rispetto ai trattamenti già attivi dei quali si voglia la sospensione<sup>21</sup>.

Il testo dell’articolo sembra così “*legittimare la tesi della differenza giuridica, oltreché morale, tra non iniziare un trattamento medico e sospenderlo, nonostante il fatto che a livello di teorie etiche e giuridiche vi sia ormai accordo sul fatto che le ragioni che giustificano il non avvio di un trattamento possono giustificare anche l’interruzione (in entrambi i casi occorre la medesima coscienza morale e in entrambi i casi il medico non instaura il processo causale che conduce alla morte del paziente, ma si inserisce in un processo già messosi in atto autonomamente) e, soprattutto, nonostante il fatto che l’articolo 32, comma 2, della Costituzione, nell’affermare che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario, non lasci intravedere alcuna differenza tra il rifiutare un trattamento da attivare e il rinunciare a un trattamento già avviato*”<sup>22</sup>.

Curioso è, poi, “*notare come manchi proprio un aggettivo fondamentale relativo al consenso: ‘informato’, il cui significato non è certo assorbito dall’utilizzo di ‘consapevole’, che potrebbe voler semplicemente far riferimento alla mera capacità di*

---

<sup>20</sup> Tale diritto è sancito nell’art. 30 comma 5 del codice di deontologia medica dove si legge “*La documentata volontà della persona assistita di non essere informata [...] deve essere rispettata*” e nell’art. 10, cap. 2 dalla Convenzione di Oviedo ove si afferma che “*ogni persona ha il diritto di conoscere ogni informazione raccolta sulla propria salute. Tuttavia, la volontà di una persona di non essere informata deve essere rispettata*”.

<sup>21</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 71.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

*intendere e volere del paziente e non anche alla sua profonda comprensione dei contenuti del consenso prestato”<sup>23</sup>.*

Manca inoltre un richiamo alla “specificità” che è propria del consenso, lasciando aperta la possibilità che al paziente venga richiesto, invece, un consenso generico e ad ampio spettro, mettendo così a rischio il fatto che possa trattarsi veramente di un consenso attuale, esplicito e, soprattutto consapevole.

Il comma secondo chiarisce, poi, in che cosa debbano consistere le informazioni fornite al paziente, fornendo un elenco esemplificativo delle stesse: *“Diagnosi, prognosi, scopo e natura del trattamento sanitario proposto, benefici e rischi prospettabili, eventuali effetti collaterali nonché circa le possibili alternative e le conseguenze del rifiuto del trattamento”*.

il comma terzo offre come garanzia la possibilità di manifestare tale consenso in un documento firmato da medico e paziente e che verrà, in seguito, inserito nella cartella clinica ove i firmatari ne facciano richiesta.

La modalità di manifestazione del consenso è, infatti, libera, salvo i casi espressamente previsti dalla legge<sup>24</sup>.

Il comma 4 sancisce il diritto del paziente di non essere messo a conoscenza delle informazioni medico-sanitarie che lo riguardano, sottoscrivendo un apposito documento: tale rifiuto deve divenire, inoltre, parte integrante della cartella clinica.

Il comma 5 colma una delle svariate lacune lasciate dal comma 1, enumerando tra le diverse caratteristiche fondamentali del consenso anche la sua revocabilità, in ogni momento, anche in modo parziale, e aggiungendo l’onere di annotare in cartella clinica tale revoca.

Il comma 6 si occupa di una questione particolarmente delicata, ossia quella dei soggetti interdetti, inabilitati e minori emancipati, tra i quali non viene fatta una distinzione significativa in ordine alla disciplina applicabile.

---

<sup>23</sup> R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico. Note a margine del ddl Calabrò*, Exeo, Padova, 2012, 60.

<sup>24</sup> Il consenso può assumere le forme più disparate: può essere esplicito o implicito; il consenso esplicito può a sua volta essere verbale o scritto [...]. La forma del consenso dipende spesso dalla natura dell’intervento: il consenso espresso non sarebbe infatti idoneo in molti interventi della medicina quotidiana in cui un consenso implicito, alla luce dell’adeguata informazione fornita al paziente, appare più che sufficiente.

Per questi soggetti il consenso informato assume un’importanza ancora maggiore rispetto agli altri soggetti presi in considerazione dalla normativa:

- in caso di soggetto interdetto autorizzato a dare e sottoscrivere il consenso sarà il tutore;
- per i minori emancipati e gli inabilitati il consenso verrà prestato, congiuntamente, dal soggetto stesso e dal suo curatore;
- nell’ipotesi in cui sia stata istituita un’amministrazione di sostegno, il consenso verrà prestato dall’amministratore solo o insieme con l’amministrato, nell’eventualità in cui il decreto di nomina preveda espressamente anche l’assistenza o rappresentanza per le questioni di natura sanitaria.

Fin qui la normativa riprende principi già concretamente applicati nel nostro ordinamento.

A rappresentare un elemento di perplessità è, invece, l’ultimo capoverso del sesto comma, il quale stabilisce che *“La decisione di tali soggetti riguarda anche quanto consentito dall’articolo 3 ed è adottata avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della salute e della vita del soggetto incapace”*<sup>25</sup>.

Ciò, in breve, sta a significare che a tali categorie di soggetti risulta in concreto impedito l’esercizio del diritto al rifiuto di cure, diritto che è invece garantito a tutti gli altri soggetti.

Si tratta di un inciso che rappresenta una chiara violazione del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 della Costituzione<sup>26</sup>.

Il settimo comma, dedicato ai minori, conferisce agli esercenti la potestà genitoriale il potere di accordare o rifiutare un valido consenso per questi soggetti, lasciando però al minore la facoltà di esprimere la propria volontà al riguardo.

Anche qui resta fermo lo scopo esclusivo perseguito dalla norma, ovvero la *“salvaguardia della salute e della vita del soggetto incapace”*.

---

<sup>25</sup> R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico*, Exeo, Padova, 2012, 62.

<sup>26</sup> Art. 3 Cost. *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*.

I dettami del comma sesto risultano ulteriormente ribaditi dal comma 8, completamente modificato dalla Camera, che obbliga il personale sanitario, in assenza di una dichiarazione anticipata di trattamento, ad *“operare avendo sempre come scopo esclusivo la salvaguardia della salute e della vita del paziente”*.

Il comma 9 si occupa, infine, dell’eccezionalità ed emergenza della situazione in cui, verificandosi *“un rischio attuale e immediato per la vita del paziente”*, l’obbligo di richiedere il consenso al paziente può essere disatteso.

Si tratta di un principio, in parte, già sancito dal codice deontologico medico<sup>27</sup> e dalla Convenzione di Oviedo<sup>28</sup>.

Si nota però, con sorpresa, la completa assenza di qualsivoglia riferimento ad un possibile coinvolgimento dei congiunti anche in caso di soggetti incapaci, attribuendo la più totale irrilevanza giuridica alle loro manifestazioni di volontà nei confronti del proprio caro<sup>29</sup>.

#### **4. Contenuti e limiti della dichiarazione anticipata di trattamento**

Con l’art. 3 si entra finalmente nel cuore pulsante del disegno di legge in esame: si tratta, infatti, dell’articolo in cui vengono espressi limiti e contenuti delle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Al primo comma si legge come *“Nella dichiarazione anticipata di trattamento il dichiarante, in stato di piena capacità di intendere e di volere e di compiuta informazione medico-clinica, con riguardo ad un’eventuale futura perdita permanente della propria capacità di intendere e di volere, esprime orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l’attivazione di trattamenti terapeutici, purché in conformità a quanto prescritto dalla presente legge”*.

---

<sup>27</sup> L’art. 35 del codice di deontologia medica recita: *“Allorché sussistano condizioni di urgenza e in caso di pericolo per la vita di una persona, che non possa esprimere, al momento, volontà contraria, il medico deve prestare l’assistenza e le cure indispensabili”*.

<sup>28</sup> L’art. 9 della Convenzione di Oviedo sancisce che: *“Quando a causa di una situazione di urgenza non è possibile ottenere il consenso, si potrà praticare ogni trattamento necessario, dal punto di vista sanitario, per la salute della persona interessata”*.

<sup>29</sup> Quantomeno in relazione alle situazioni di emergenza: l’art. 6 ne parla, infatti, senza fare menzione alcuna a tali ipotesi eccezionali (R. ZANCHETTA, *Il testamento biologico*, Exeo, Padova, 2012, 63).

Già dal primo comma (che, in sede di approvazione alla Camera, ha inglobato anche il secondo) vengono alla luce diverse ragioni di perplessità.

Anzitutto si osserva come il dichiarante, affinché possa manifestare le proprie volontà nella dichiarazione anticipata di trattamento, dovrà trovarsi nel pieno possesso delle proprie capacità di intendere e di volere e dovrà essere stato, inoltre, correttamente ed esaurientemente informato in merito alle sue condizioni di salute.

Il testo normativo viene insomma, ancora una volta, ad operare un'arbitraria discriminazione tra soggetti *“in stato di piena capacità di intendere e di volere”* e soggetti, invece, incapaci: alla luce del primo comma, insomma, il soggetto giuridicamente incapace non avrebbe alcuna garanzia legale che le sue volontà, precedentemente manifestate, vengano prese in considerazione dal medico.

Si rinviene, quindi, ancora una volta una violazione dell'art. 3 Cost. soprattutto alla luce del fatto che *“nel consenso prende forma la traduzione del principio del riconoscimento e del rispetto della libertà e della responsabilità del soggetto direttamente coinvolto, del suo valore onnicomprensivo di persona umana, della sua capacità e della sua volontà non solo di capire, comprendere, ma anche di interagire e decidere consapevolmente e non solo di subire passivamente le decisioni degli altri”*<sup>30</sup>.

Si osserva, inoltre, come le DAT non abbiano valore vincolante, ma rappresentino semplicemente *“orientamenti e informazioni utili per il medico circa l'attivazione di trattamenti terapeutici”*.

Salta agli occhi con tutta evidenza la somiglianza con quanto disposto dalla *“Loi relative aux droits des malade et à la fin de vie”*, che svalutava le direttive anticipate a semplici *“elementi della decisione medica”*.

Non versa, insomma, in capo al medico alcun obbligo di conformarsi alle volontà precedentemente espresse dal soggetto.

Il disposto del disegno di legge non pare, dunque, aggiungere molto a quanto già diceva l'art. 38 del codice deontologico medico sull'argomento.

---

<sup>30</sup> A. G. SPAGNOLO, M. CICERONI, R. MINARCORI, *Biobanche: aspetti etici della conservazione del materiale biologico umano*, in *Iustitia*, 2006, cit., 68.

Il comma 2 consente, poi, al paziente la possibilità di includere nella DAT la rinuncia espressa a trattamenti terapeutici di carattere sproporzionato o sperimentale: elemento *“curioso, per non dire irrazionale, che si riconosca come una facoltà del paziente la possibilità di rinunciare proprio (e solo) a quei trattamenti sproporzionati dai quali in altra parte della legge si garantisce che il medico debba astenersi”*<sup>31</sup>.

Nel comma terzo si ribadisce ancora una volta quanto già detto nell’art. 1, comma 1, lettera c), ovvero che nella DAT è fatto divieto al soggetto di *“inserire indicazioni che integrino le fattispecie di cui agli articoli 575, 579 e 580 del codice penale”*.

È il comma 4, tuttavia, a rappresentare il vero centro nevralgico dei problemi di questo disegno di legge: con un esplicito richiamo alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, stipulata a New York il 13 dicembre 2006, si stabilisce, infatti, che *“alimentazione e idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento”*.

Si tratta di *“un divieto netto che, per come è formulato, appare assoluto, non riferito, cioè, alle sole dichiarazioni anticipate di trattamento, delle quali comunque il progetto di legge precisa che non possono formare oggetto”*<sup>32</sup>.

Il legislatore prende insomma posizione su un tema dibattuto, tanto in campo politico quanto in campo scientifico<sup>33</sup>, ponendosi in netto contrasto con le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, in base alle quali *“non è, di norma, il legislatore a poter*

---

<sup>31</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 73: la quale opportunamente osserva come *“se i trattamenti sproporzionati sono in sé un male dal quale garantire il paziente, non si vede poi come gli possa essere lasciata la scelta di decidere circa la loro applicazione”*.

<sup>32</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 73: la quale opportunamente osserva come, *“qualora il divieto fosse realmente assoluto, si porrebbero dubbi sulla ragionevolezza della distinzione tra la possibilità di rifiutare sempre cibo e acqua e l'impossibilità di fare altrettanto con idratazione e nutrizione artificiale”*.

<sup>33</sup> Cioè se i trattamenti di NIA possano o meno essere configurati come “trattamenti sanitari” rifiutabili ex art. 32 Cost.

*stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni”*, ma ove voglia intervenire in materia, dovrebbe farlo sulla base *“dello stato attuale delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite”*<sup>34</sup>.

Il quinto comma fornisce, infine, una delimitazione all’area di validità della DAT, chiarendo come questa assuma rilievo unicamente nelle ipotesi in cui *“il soggetto si trovi nell’incapacità permanente di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze per accertata assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale”*<sup>35</sup> e, pertanto, *non possa assumere decisioni che lo riguardano”*.

Per l’accertamento di tale *status* è competente *“un collegio medico formato, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, da un anestesista-rianimatore, da un neurologo, dal medico curante e dal medico specialista della patologia da cui è affetto il paziente [...] designati dalla direzione sanitaria della struttura di ricovero o, ove necessario, dall’azienda sanitaria locale di competenza”*.

Quello che emerge dall’articolo in esame è, dunque, un quadro quantomeno contraddittorio.

Anzitutto ci si chiede, dal momento che il comma 5 delimita il campo di validità delle DAT ai soli pazienti in SVP, *quid iuris* nei casi in cui il paziente non versi in condizioni di *“assenza di attività cerebrale integrativa cortico-sottocorticale”*, ma sia comunque incapace di manifestare le proprie volontà?

Ma soprattutto ci si domanda, alla luce di quello che vedremo essere il disposto dell’art. 4, comma 6, per quale motivo non si tengano in considerazione anche le esigenze di tutela dei soggetti, momentaneamente incoscienti o incapaci, che per ragioni di urgenza debbano subire un determinato trattamento sanitario.

## **5. Forma e durata della dichiarazione anticipata di trattamento**

L’art. 4 è volto a disciplinare forma e durata della DAT.

---

<sup>34</sup> Corte Costituzionale, sentt. nn. 282/2002, 338/2003, 151/2009.

<sup>35</sup> Si tratta di una definizione di stato vegetativo permanente, aggiunta durante il passaggio alla Camera, che si discosta davvero di poco da quella di morte cerebrale, richiesta ai fini dell’espianto di organi.

I primi due commi stabiliscono i requisiti fondamentali di validità della DAT.

Il primo comma, dopo aver premesso che *“le dichiarazioni anticipate di trattamento non sono obbligatorie”*, si preoccupa di specificare che le stesse *“sono redatte in forma scritta<sup>36</sup> con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere dopo una compiuta e puntuale informazione medico-clinica, e sono raccolte esclusivamente dal medico di medicina generale che contestualmente le sottoscrive”*.

Il secondo comma stabilisce, inoltre, che *“le dichiarazioni anticipate di trattamento devono essere adottate in piena libertà e consapevolezza, nonché sottoscritte con firma autografa”*.

La prima cosa che viene da chiedersi in un’epoca, come la nostra, in cui tutto è digitale, è che valore debba attribuirsi ad un documento informatico sottoscritto mediante firma digitale ovvero ad una dichiarazione registrata su un supporto video: nonostante il nostro ordinamento riconosca pieno valore legale alla firma digitale<sup>37</sup> nel testo del disegno di legge si fa, infatti, riferimento alla sola *“firma autografa”*.

Permangono, invero, diversi dubbi sul destino della DAT redatta mediante documento informatico con firma digitale, chiusa, com’è, in un contesto che vede, da un lato, la legge equiparare il documento informatico sottoscritto mediante firma digitale alla scrittura privata ex art. 2702 c.c.<sup>38</sup> e, dall’altro, la Camera specificare che *“eventuali dichiarazioni di intenti o orientamenti espressi dal soggetto al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto”*.

---

<sup>36</sup> Nella formulazione originaria del testo la forma di validità richiesta non era quella scritta bensì quella *“manoscritta”* o *“dattiloscritta”*: si tratta di una specificazione che è stata correttamente rimossa, in sede di approvazione, dalla Camera.

<sup>37</sup> Articolo 21 co. 1, 2 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell’amministrazione digitale), rubricato *“Valore probatorio del documento informatico sottoscritto”*: *“Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immutabilità. Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all’articolo 20, comma 3, che garantiscano l’identificabilità dell’autore, l’integrità e l’immutabilità del documento, ha l’efficacia prevista dall’articolo 2702 del codice civile. L’utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria”*.

<sup>38</sup> Art. 21 c.c.: *“La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l’ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta”*.

Il documento informatico con firma digitale, pur essendo equiparato alla scrittura privata, ma non essendo stato espressamente menzionato nel testo normativo, ben potrebbe, insomma, anche essere considerato un mezzo idoneo ad esprimere le proprie ultime volontà.

Il requisito della data certa si spiega alla luce del disposto del comma 3, in cui si chiarisce che *“salvo che il soggetto sia divenuto incapace, la dichiarazione anticipata di trattamento ha validità per cinque anni, che decorrono dalla redazione dell’atto ai sensi del comma 1, termine oltre il quale perde ogni efficacia”*<sup>39</sup>.

Anche qui, come si era già riscontrato nel art. 3, il legislatore sembra volersi rifare apertamente alla *“Loi relative aux droits des malade et à la fin de vie”*.

Il comma 4 dispone poi che la DAT *“può essere revocata o modificata in ogni momento dal soggetto interessato”* e che *“la revoca, anche parziale, deve essere sottoscritta dal soggetto interessato”*.

Il quinto comma sancisce, difformemente da quanto stabilito dall’art 3, comma 1, che la *“dichiarazione anticipata di trattamento deve essere inserita nella cartella clinica [solo] dal momento in cui assume rilievo dal punto di vista clinico”*.

Come premesso, è tuttavia il sesto comma ad infierire forse di più sul diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente: vi si stabilisce infatti che *“in condizioni di urgenza o quando il soggetto versa in pericolo di vita immediato, la dichiarazione anticipata di trattamento non si applica”*.

Il quadro che ne viene fuori è quantomai contraddittorio, in quanto *“proprio nel momento dell’urgenza e quando il soggetto versa in pericolo di vita, cioè tipicamente nel momento in cui il soggetto non è in condizioni di esprimere la propria volontà e vengono attivati trattamenti salva-vita, il legislatore stabilisce che non si debba tenere conto di eventuali dichiarazioni anticipate di volontà”*<sup>40</sup>.

Si tratta, a ben vedere, della medesima eccezione ai principi generali che è stata avanzata anche in merito al consenso informato dall’art. 2, comma 9, dove si specifica,

---

<sup>39</sup> È fatta comunque salva la possibilità per il soggetto che redige la DAT di rinnovarla più volte, sempre *“con la forma e le modalità prescritte dai commi 1 e 2”*.

<sup>40</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 75.

come visto in precedenza, che *“il consenso informato al trattamento sanitario non è richiesto quando ci si trovi in una situazione di emergenza, nella quale si configuri una situazione di rischio attuale e immediato per la vita del paziente”*.

## **6. Assistenza ai soggetti in stato vegetativo**

L’art. 5, interamente modificato dalla Camera, è volto a disciplinare il modo mediante il quale l’assistenza necessaria (dal momento che idratazione e nutrizione artificiali non sono rinunciabili) deve essere prestata *“al fine di garantire e assicurare l’equità nell’accesso all’assistenza e la qualità delle cure”*.

Si stabilisce, in particolare, che *“l’assistenza sanitaria alle persone in stato vegetativo o aventi altre forme neurologiche correlate è assicurata attraverso prestazioni ospedaliere, residenziali e domiciliari secondo le modalità previste dal citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e dell’accordo sancito tra il Ministro della salute, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sulle Linee di indirizzo per l’assistenza alle persone in stato vegetativo e stato di minima coscienza, adottato dalla Conferenza unificata di cui all’art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nella riunione del 5 maggio 2011. L’assistenza domiciliare, di norma, è garantita dalla azienda sanitaria locale competente della regione nel cui territorio si trova il soggetto in stato vegetativo”*.

## **7. Fiduciario**

Nella formulazione precedente si anticipava la rilevanza della figura del fiduciario già a partire dall’art. 3, comma 1, in cui se ne affermava la specificità.

Eliminato, in sede di lettura alla Camera, ogni riferimento a tale soggetto, negli articoli precedenti, il compito di disciplinare la figura del “fiduciario” è ora lasciato esclusivamente all’art. 6.

Tale soggetto per essere regolarmente nominato nella DAT, alla luce del disposto del comma 1, deve essere *“maggiorenne, capace di intendere e di volere”* e deve aver accettato la nomina *“sottoscrivendo la dichiarazione”*.

Il secondo comma è stato modificato in sede di approvazione alla Camera: vi si stabilisce ora che *“Il dichiarante che abbia nominato un fiduciario può sostituirlo, con le stesse modalità previste per la nomina, in qualsiasi momento”* e che sullo stesso non grava, ovviamente, alcun obbligo di motivare la decisione.

Il comma 3 precisa che, qualora venga nominato un fiduciario, esso è *“l’unico soggetto legalmente autorizzato ad interagire con il medico e si impegna ad agire nell’esclusivo e migliore interesse del paziente, operando sempre e solo secondo le intenzioni legittimamente esplicitate dal soggetto nella dichiarazione anticipata”*.

Il fiduciario si fa in sostanza latore, mero e senza discrezionalità alcuna, della volontà espressa dal dichiarante nella DAT: non che sia sbagliato chiedere al fiduciario di attenersi alle volontà manifestate nella DAT, ma gli si dovrebbe forse concedere, quantomeno, quel minimo di discrezionalità che gli consenta di reinterpretare la volontà del dichiarante anche alla luce degli eventuali mutamenti che possono occorrere nel panorama tecnico-scientifico (e che magari offrono possibilità di cura che al momento della dichiarazione nemmeno si prospettavano).

In base al disposto dei commi 4, 5 e 6 il fiduciario è *“legittimato a richiedere al medico e a ricevere dal medesimo ogni informazione sullo stato di salute del dichiarante”* ed è tenuto a *“vigilare perché al paziente vengano somministrate le migliori terapie palliative disponibili, evitando che si creino situazioni sia di accanimento terapeutico, sia di abbandono terapeutico”* nonché a *“verificare attentamente che non si determinino a carico del paziente situazioni che integrino fattispecie di cui agli articoli 575, 579 e 580 del codice penale”*.

Il fiduciario deve insomma vigilare tanto sul rispetto della DAT quanto su quello delle norme di legge.

Sorge spontanea una domanda: *quid iuris* quando la DAT, chiedendo magari l’interruzione di idratazione e nutrizione artificiali, sia in contrasto con i dettami normativi?

La soluzione che vede prevalere la norma di legge, come di regola dovrebbe avvenire, sulla volontà del singolo in contrasto con essa, svuoterebbe di significato il ruolo del fiduciario (e probabilmente della stessa DAT).

Il settimo comma prevede la possibilità per il fiduciario di *“rinunciare per iscritto all’incarico, comunicandolo al dichiarante o, ove quest’ultimo sia incapace di intendere e di volere, al medico responsabile del trattamento terapeutico”*.

Dalla lettura del comma in esame si osserva come la figura del fiduciario verrebbe, di fatto, a coincidere con quella dell’amministratore di sostegno: date le funzioni dell’amministratore di sostegno, che gli consentono anche di rappresentare di fronte ai medici le volontà del soggetto incapace, si avrebbe una sovrapposizione di ruoli con il fiduciario stesso.

*“Sarebbe bene, per amore di logica e per evitare sovrapposizioni tutt’altro che vantaggiose per il paziente, che tali funzioni venissero riassunte in capo ad un’unica figura stabilendo a priori quale delle due debba essere assorbita dall’altra”<sup>41</sup>.*

L’ultimo comma, infine, sancisce il carattere facoltativo della nomina del fiduciario: *“in assenza di nomina del fiduciario, i compiti previsti dai commi 3, 4, 5 e 6 del presente articolo sono adempiuti dai familiari, come indicati dal libro secondo, titolo II, capi I e II, del codice civile”*.

Si tratta di un chiarimento teso a colmare la lacuna lasciata in origine dal Senato, che nulla diceva circa l’eventuale mancanza di un fiduciario e che parlava, nell’articolo 8 (ora soppresso), solo di *“soggetti parimenti legittimati ad esprimere il consenso al trattamento”*, lasciando permanere numerose incertezze in merito all’individuazione degli stessi.

## **8. Ruolo del medico**

Il colpo di grazia all’istituto della dichiarazione anticipata di trattamento viene inferto dall’articolo 7, dedicato alla disciplina del ruolo del medico<sup>42</sup>.

Il primo comma, con l’ennesima presa di posizione a sostegno della non vincolatività della DAT, dispone, infatti, che *“gli orientamenti espressi dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata di trattamento sono presi in considerazione dal medico*

---

<sup>41</sup> R. ZANCHETTA, *op. cit.*, 74.

<sup>42</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 75.

*curante che, sentito il fiduciario, annota nella cartella clinica le motivazioni per le quali ritiene di seguirli o meno”.*

La disposizione fa tornare alla mente il disposto dell’articolo 9 della Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, in base al quale “*saranno prese in considerazione le volontà precedentemente espresse nei confronti dell’intervento medico se il paziente non è in grado di esprimere la sua volontà*”<sup>43</sup>.

Il riferimento alle “*volontà*” della Convenzione è però sparito nel testo dell’articolo 7: rispetto alla formulazione originaria le “*volontà*” sono state, infatti, declassate nel passaggio dal Senato alla Camera a semplici “*orientamenti*”.

All’articolo in esame è poi stato aggiunto un secondo comma, il quale dispone che “*il medico curante, qualora non intenda seguire gli orientamenti espressi dal paziente nelle dichiarazioni anticipate di trattamento, è tenuto a sentire il fiduciario o i familiari, come indicati dal libro secondo, titolo II, capi I e II, del codice civile, e ad esprimere la sua decisione motivandola in modo approfondito e sottoscrivendola sulla cartella clinica o comunque su un documento scritto, che è allegato alla dichiarazione anticipata di trattamento*”.

Da quel che si osserva, dal testo di legge emerge, quindi, come non solo la DAT non sia vincolante, ma non lo siano nemmeno il parere di fiduciario e familiari, che dovrebbero esserne i garanti.

In tal modo “*è svuotata di senso la dichiarazione anticipata di trattamento del paziente, che, ben lungi dall’essere considerata suprema lex, viene del tutto soggiogata alla volontà del medico, che, libero di valutarla ‘in scienza e coscienza’, può opporre al suo rispetto non solo argomenti scientifici, ma anche di natura meramente etica*”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Il rapporto esplicativo, al punto 62, chiarisce inoltre che l’articolo 9 della convenzione “*afferma che quando le persone hanno previamente espresso le loro volontà, tali volontà dovranno essere tenute in considerazione. Tuttavia tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano necessariamente essere seguiti. Per esempio quando le volontà sono state manifestate molto tempo prima dell’intervento e nel frattempo la scienza si è evoluta, potrebbe essere giustificato non rispettare l’opinione del paziente. Il medico potrebbe così, per quanto possibile, assicurarsi che le volontà del paziente si applichino alla situazione presente e siano tutt’ora attuali, tenuto conto dell’evoluzione della tecnica medica*”.

<sup>44</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 75.

Una soluzione intermedia e ben più corretta sarebbe potuta essere *“quella di riconoscere alle dichiarazioni anticipate di volontà carattere non assolutamente vincolante, ma neppure meramente orientativo: ossia, da un lato - a salvaguardia della scienza del medico -, riconoscere vincolatività alla volontà del paziente (rebus sic stantibus), garantendo cioè al medico uno spazio di valutazione discrezionale per verificare l’attualità delle dichiarazioni dal punto di vista scientifico, in relazione a eventuali sviluppi di rilievo della tecnologia medica obiettivamente inconoscibili dal paziente al momento della sottoscrizione delle dichiarazioni; dall’altro - a salvaguardia della coscienza del medico -, riconoscere il suo diritto all’obiezione di coscienza, ma associato all’onere di indirizzare il paziente presso altro medico pronto ad agire in conformità alle sue disposizioni”*<sup>45</sup>.

Neppure la volontà del medico è, peraltro, sovrana: il terzo comma precisa, infatti, che *“gli orientamenti sono valutati dal medico [...] in applicazione del principio dell’inviolabilità della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza”*.

Le considerazioni scientifiche ed etiche del medico, quindi, *“non sono libere, ma devono piegarsi al rispetto della gerarchia di principi predeterminata in via generale ed astratta dal legislatore, senza che naturalmente tra questi trovi lo spazio di un ricordo il principio di autodeterminazione terapeutica”*<sup>46</sup>.

## **9. Autorizzazione giudiziaria**

L’art. 8 sull’autorizzazione giudiziaria, come originariamente approvato dal Senato, è stato interamente soppresso, in sede di lettura, dalla Camera.

L’articolo si occupava dell’ipotesi in cui si verificasse, in mancanza di nomina del fiduciario, un contrasto tra *“soggetti parimenti legittimati”* a manifestare il consenso ai

---

<sup>45</sup> Si tratta della soluzione prospettata, rifacendosi al modello del *“Natural Death Act”* (sez. 7191, b), da C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 76.

<sup>46</sup> C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *op. cit.*, 76, la quale osserva, ulteriormente, che in sede di rilettura alla Camera è stato rimosso, dal comma 3, ogni riferimento alle disposizioni riguardanti possibili conflitti tra medico e fiduciario o familiari (che veniva risolto per mezzo di un collegio di medici previsto dall’ultimo comma dell’art. 7). Si tratta di una scelta che probabilmente deriva dal grado di libertà attribuito al medico, che, di fatto, rende impossibile il verificarsi di una qualsivoglia controversia.

trattamenti sanitari: in simili eventualità la decisione sul da farsi veniva presa dal giudice tutelare, sentito il parere di un collegio medico<sup>47</sup>, oppure, nei casi di urgenza, direttamente dal medico curante.

Si trattava, in pratica, di un vero e proprio intervento dell’ autorità giudiziaria che, rendendosi utile anche per porre rimedio alle ipotesi di inerzia manifestata dai soggetti legittimati, veniva attivato mediante segnalazione, effettuata tempestivamente dal medico al pubblico ministero.

L’ articolo è stato soppresso per le medesime ragioni che hanno determinato l’ eliminazione dell’ ultimo comma dell’ art. 7: il grado di libertà concesso al medico, in seguito alle modifiche apportate dalla Camera, difficilmente potrà determinare problemi o contrasti nella scelta dei trattamenti da porre in essere.

Giudice, unico e indiscusso, resta, pertanto, il medico<sup>48</sup>.

## **10. Disposizioni finali**

L’ art. 8 chiude il cerchio predisponendo l’ apparato amministrativo che consentirà alla norma di operare correttamente.

Il primo comma dispone l’ istituzione di un “*Registro delle dichiarazioni anticipate di trattamento nell’ ambito di un archivio unico nazionale informatico*”, il cui titolare del trattamento sarà il Ministero della Salute.

Si tratta di norma simile a quella con cui, in Spagna, si è previsto un registro nazionale delle direttive anticipate di trattamento al fine di garantire l’ efficacia delle stesse su tutto il territorio.

Il secondo comma delega “*con regolamento da adottare ai sensi dell’ art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400*” ad adottare, entro centoventi giorni dall’ entrata in vigore della legge di cui si tratta, un regolamento volto a stabilire “*le regole tecniche e le modalità di accesso, di tenuta e di consultazione*” del Registro di cui al primo comma.

In tale regolamento dovranno, altresì, essere stabiliti “*i termini e le forme entro i quali i soggetti che lo vorranno potranno compilare le dichiarazioni anticipate di trattamento*”

---

<sup>47</sup> Si tratta dello stesso collegio previsto dall’ ultimo comma, ora soppresso, dell’ art. 7.

<sup>48</sup> La cui discrezionalità, lo ricordiamo, è comunque limitata da quanto disposto dal d.d.l. in esame.

*presso il medico di medicina generale e registrarle presso le aziende sanitarie locali”, nonché le modalità di conservazione presso le aziende sanitarie stesse e di consecutiva trasmissione telematica al Registro di cui al primo comma.*

Si stabilisce, poi, come aggiunto dalla Camera in sede di approvazione, che tutte le informazioni di cui al presente regolamento *“sono rese disponibili anche attraverso il sito internet del Ministero della Salute”*.

Il terzo comma precisa che la DAT, così come *“le copie della stessa, le formalità, le certificazioni e qualsiasi altro documento sia cartaceo sia elettronico ad esse connesso e da esse dipendente”*, non saranno soggetti ad alcun obbligo di registrazione e saranno, anzi, esentati anche dall’imposta di bollo e da qualunque altro tributo.

L’ultimo comma ribadisce infine, per l’ennesima e ultima volta, che non si vuole, nell’adempimento di quanto stabilito dalla presente legge, gravare in alcun modo sulle finanze pubbliche: si precisa, infatti, che *“dal presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”* e che *“all’attuazione del medesimo si provvede nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie già previste dalla legislazione vigente”*.

## **11. Note critiche sul c.d. “Progetto Calabrò”**

La potenziale disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento presenta una serie ben nutrita di problematiche che, a tacer del funambolico uso della lingua italiana<sup>49</sup>, vanno da una quantomeno dubbia coerenza con i principi costituzionali ad un’infima qualità nomografica.

Si potrebbe pensare dal titolo del disegno di legge - *“Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento”* - che vi si trovino finalmente disciplinate le condizioni e le garanzie mediante le quali sia consentito ad una persona, in previsione di un futuro stato di

---

<sup>49</sup> Si tratta di un testo nel quale, giusto per metter in evidenza qualche perla, i trattamenti medici *“si attivano”*, si *“vieta ai sensi del codice penale”* (art. 1.1, lett. c), si *“garantisce (...) che il medico debba astenersi”* (art. 1.1 lett. f), ci si riferisce a *“situazioni di carattere sanitario”* (art. 2.6) e si conosce la categoria, oltre che delle persone in stato vegetativo, di quelle *“aventi altre forme neurologiche correlate”* (art. 5.1). Così D. CARUSI, *Sulle spiccate singolarità del disegno parlamentare in tema di “alleanza terapeutica, consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento”*, in *op. cit.*, 165.

incoscienza, di rifiutare anticipatamente ora una trasfusione, ora un trattamento di idratazione e nutrizione artificiale.

Quel che vi si trova è, invece, un modo di confrontarsi con la problematica del c.d. “fine vita” che, ponendosi *“in linea di rottura rispetto alle impostazioni elaborate dalla giurisprudenza, che in questi ultimi anni ha progressivamente valorizzato il consenso informato quale strumento indispensabile per l’esercizio del diritto costituzionale di effettuare scelte consapevoli sul proprio stato di salute e decidere quali interventi consentire e quali rifiutare, anche quando il rifiuto comporta l’esito estremo di lasciarsi morire”*, non solo riflette *“la contrapposizione tra etica laica ed etica cattolica”*, ma assume *“i tratti di una contrapposizione istituzionale tra Stato costituzionale di diritto, fatto valere dalla giurisprudenza, e Stato etico, che permea la ipotetica legge”*<sup>50</sup>.

Questo non significa che tutte le disposizioni contenute nel testo in esame siano da buttare e, anzi, alcuni principi enucleati dall’art. 1 risultano, peraltro, pienamente condivisibili:

- a) il riconoscimento della dignità di ogni persona come interesse da garantire in via prioritaria rispetto all’interesse della società e alle applicazioni della tecnologia e della scienza;
- b) l’affermazione secondo cui l’attività medica e di assistenza alle persone è *“esclusivamente finalizzata alla tutela della vita e della salute nonché all’alleviamento delle sofferenze”*;
- c) l’espressa previsione del consenso informato inserito all’interno di un rapporto di alleanza terapeutica che *“si instaura e si alimenta tra dovere del medico di fornire informazioni e diritto del paziente di riceverle (o di rifiutarle) per poter esercitare consapevolmente le proprie scelte”*<sup>51</sup>;
- d) l’esplicito riconoscimento del divieto di accanimento terapeutico.

---

<sup>50</sup> M. PELISSERO, *La legge in itinere in Parlamento e i suoi aspetti penalistici: il ritorno allo Stato etico e alla pubblicizzazione dei beni giuridici individuali*, in *op. cit.*, 170.

<sup>51</sup> M. PELISSERO, *La legge in itinere in Parlamento e i suoi aspetti penalistici: il ritorno allo Stato etico e alla pubblicizzazione dei beni giuridici individuali*, in *op. cit.*, 171.

Il problema è che, di fianco a tali principi, trovano posto disposizioni di ben altro tenore che, rendendo il quadro dipinto dalla legge in esame, ove non propriamente incostituzionale, quantomeno contraddittorio, ne tradiscono il vero scopo.

Pescando qui e lì si osserva come:

- a) l’art. 1 riconosca e tuteli *“la vita umana, quale diritto inviolabile e indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell’esistenza e nell’ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi di legge”* (art. 1, lett. a) e allo stesso tempo affermi solennemente che *“nessun trattamento sanitario può essere attivato a prescindere dall’espressione del consenso informato”*;
- b) lo stesso articolo limiti il divieto di accanimento ai *“casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente”*, quasi a voler consentire a che il medico, nei confronti di tutti gli altri pazienti, possa eseguire trattamenti straordinari o sproporzionati rispetto alle condizioni cliniche dei pazienti stessi;
- c) anche l’art. 3, comma 2, sempre nel solco dello svuotamento del divieto di accanimento terapeutico, affermando che *“nella dichiarazione anticipata di trattamento può essere esplicitata la rinuncia da parte del soggetto ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici in quanto di carattere sproporzionato”*, dia l’impressione di aver voluto fornire al medico la possibilità di attivare trattamenti sproporzionati (che altro non sono che accanimento terapeutico) in mancanza di un’espressa rinuncia da parte dell’interessato;
- d) infine, i limiti di contenuto, di efficacia, di vincolatività e di forma imposti alle DAT, le quali, lo ricordiamo, nascono per consentire l’esercizio della libertà di autodeterminazione in ordine alle proprie cure a quei soggetti che non sono in condizioni tali da poter esprimere il consenso, si risolvano nel tradire la *ratio* che aveva animato il legislatore (o che presumibilmente avrebbe dovuto farlo), eliminando di fatto qualsivoglia possibilità che venga sanata la disparità di trattamento che si ha tra chi è in condizioni di esercitare il proprio diritto di rifiutare le cure e chi, invece, non è in grado di farlo per incapacità sopravvenuta.

I profili critici, qui sinteticamente evidenziati, sono solo alcuni dei molti che emergono da una lettura approfondita della normativa in esame e che mostrano, in maniera abbastanza limpida, come il disegno di legge approvato dal Senato, ponendo forti limiti al diritto di autodeterminazione, garantisca solo in apparenza la libertà di scelta del paziente.

Come correttamente osservato in dottrina, si tratta invero di una legge che *“ha fatto un passo avanti, disciplinando le dichiarazioni anticipate, ma ha fatto tre passi indietro rispetto al riconoscimento della volontà del paziente che la giurisprudenza aveva valorizzato attraverso una lettura costituzionalmente orientata del diritto alla salute”*<sup>52</sup>.

Abbiamo visto infatti come negli ultimi anni la lettura personalistica data alla Costituzione abbia tracciato il sentiero che dalla assoluta indisponibilità del bene vita e dalla relativa indisponibilità del bene dell’integrità fisica ha condotto ad una parziale disponibilità dei beni stessi quale riflesso della libertà di autodeterminazione individuale.

La proposta di legge *“procede invece su un cammino inverso: dalla tutela dell’autodeterminazione del titolare del bene alla tutela del bene nella sua dimensione oggettiva”* e torna dunque a far prevalere *“la logica della pubblicizzazione dei beni giuridici, cara alla impostazione del codice Rocco: il singolo è espropriato della propria libertà di scelta, sia perché alcune decisioni gli sono precluse (idratazione e alimentazione artificiale) sia perché la sua volontà è ridotta a mero ‘orientamento’ che il medico si limita a prendere in considerazione”*<sup>53</sup>.

Si tratta dunque di un disegno di legge che, nonostante le asserite finalità e le ragioni per cui è nato, presenta forti e numerosi profili di illegittimità costituzionale e che più che garantire una tutela rafforzata a quei soggetti che la malattia ha reso incapaci di

---

<sup>52</sup> Così M. PELISSERO, *La legge in itinere in Parlamento e i suoi aspetti penalistici: il ritorno allo Stato etico e alla pubblicizzazione dei beni giuridici individuali*, in *op. cit.*, 182, ma si tratta di opinione largamente diffusa in dottrina.

<sup>53</sup> M. PELISSERO, *La legge in itinere in Parlamento e i suoi aspetti penalistici: il ritorno allo Stato etico e alla pubblicizzazione dei beni giuridici individuali*, in *op. cit.*, 183.

manifestare una propria volontà effettiva ed attuale, li mortifica ulteriormente dipingendoli come soggetti incapaci di esprimere scelte consapevoli.

Ci troviamo, in definitiva, dinanzi a una disciplina agli antipodi rispetto a quel modello di diritto che “*non sostituisce alla volontà del ‘debole’ il punto di vista di un altro (come vuole la logica del paternalismo) ma crea le condizioni perché il ‘debole’ possa sviluppare un punto di vista proprio (secondo la logica del sostegno)*”<sup>54</sup>.

Dal momento che l’assoluta inidoneità delle soluzioni prospettate dal c.d. “Progetto Calabrò” risulta abbastanza palese, alla luce dell’accurata analisi che dello stesso abbiamo compiuto, non resta che rispondere al quesito che la dottrina si è posta in questi anni (e che continua a porsi tutt’ora): ossia se una normativa in materia di “testamento biologico” sia effettivamente necessaria, anche se del tenore del d.d.l. “Calabrò”, ovvero se non sia forse meglio considerare “*comunque preferibile una soluzione giurisprudenziale, che applichi i principi costituzionali, piuttosto che una soluzione legislativa che sia con questi in contrasto*”<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> S. RODOTÀ, *op. cit.*, 28.

<sup>55</sup> Così M. PELISSERO, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *op. cit.*, 87, riprendendo F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *op. cit.*, 2008, 1610.

## CAPITOLO V

### SVILUPPI RECENTI E PROSPETTIVE DI REGOLAMENTAZIONE

**Sommario:** **1.** Prospettive di regolamentazione - **2.** Le proposte di legge Murer, Mantero, Locatelli, Roccella, Nicchi, Binetti e Carloni in materia di direttive anticipate di trattamento - **3.** La responsabilità medica alla luce della riforma Balduzzi - **4.** *“Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario”* (d.d.l. n. 2224/2016) - **5.** I contenuti del d.d.l. *“Gelli/Bianco”* - **5.1.** Sicurezza delle cure in sanità - **5.2.** Attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente - **5.3.** Osservatorio nazionale sulla sicurezza nella sanità - **5.4.** Trasparenza dei dati - **5.5.** Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida - **5.6.** Responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria - **5.7.** Responsabilità della struttura e dell’esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria - **5.8.** Tentativo obbligatorio di conciliazione - **5.9.** Azione di rivalsa - **5.10.** Obbligo di assicurazione - **5.11.** Estensione della garanzia assicurativa - **5.12.** Azione diretta del soggetto danneggiato - **5.13.** Obbligo di comunicazione all’esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità - **5.14.** Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria - **5.15.** Nomina dei consulenti tecnici d’ufficio, dei consulenti tecnici di parte e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria - **5.16.** Modifiche alla legge 28 dicembre 2015, n. 208, in materia di responsabilità professionale del personale sanitario - **5.17.** Clausola di salvaguardia e clausola di invarianza finanziaria - **6.** Riflessioni conclusive sul d.d.l. *“Gelli/Bianco”*

#### **1. Prospettive di regolamentazione**

Prima di poter portare la nostra analisi a compimento sembra opportuno evidenziare come, allo stato attuale, ci si trovi in un momento critico che vede il legislatore impegnato dall’esame di numerose proposte di legge in materia di biodiritto.

Momentaneamente accantonato il d.d.l. “Calabrò”, di recente il Parlamento si è infatti dedicato all’esame di proposte di legge diverse in materia di “testamento biologico” e non solo: di particolare interesse risultano, nello specifico, la legge Gelli-Bianco (“*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*”) e le numerose proposte di legge in materia di direttive anticipate di trattamento, attualmente in esame alla Camera.

## **2. Le proposte di legge Murer, Mantero, Locatelli, Roccella, Nicchi, Binetti e Carloni in materia di direttive anticipate di trattamento**

Per quanto attiene il tema delle direttive anticipate di trattamento la Commissione Affari Sociali della Camera ha avviato, il 4 febbraio 2016, una discussione sul testamento biologico con sette proposte di legge abbinata, le cui prime firme corrispondono a Binetti (AP eletta nella circoscrizione Lazio 1), Carloni (PD eletta nella circoscrizione Campania 1), Locatelli (Misto, PSI-PLI eletta nella circoscrizione Lombardia 1), Mantero (M5S eletto in Liguria), Murer (PD eletta nella circoscrizione Veneto 2), Nicchi (SI-SEL eletta in Toscana) e Roccella (Misto, USEI eletta nella circoscrizione Lazio 1).

Nella seduta in sede referente della Commissione Affari Sociali la relatrice Donata Lenzi ha ricordato che *“le proposte di legge che vengono esaminate attengono ad una delle questioni più rilevanti, più delicate e complesse tra tutte quelle di competenza della XII Commissione: si tratta delle dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT), nel linguaggio comune il testamento biologico”* ed ha dichiarato di essere certa *“che la Commissione lo affronterà con l’equilibrio, la conoscenza e il rispetto reciproco di cui finora ha dato prova sin dalle sue prime sedute”*.

L’On. Lenzi ha altresì svolto alcune considerazioni preliminari derivanti in gran parte dalla sua esperienza parlamentare nella precedente legislatura, ricordando in particolare che la discussione nella XVI Legislatura fu fortemente influenzata da un singolo tragico evento, che divise e spaccò il Paese prima ancora che il Parlamento.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Il riferimento al caso Englaro è palese.

La relatrice *“ritiene che, allo stato attuale, la discussione può svolgersi con uno sguardo più ampio, facendo tesoro di una vecchia regola che si impara al primo anno di giurisprudenza: la legge costruita sul caso singolo non è mai una buona legge, essa mostrerà tutti i suoi limiti negli anni successivi perché la realtà è sempre più complessa e variegata di quello che può immaginare il legislatore”* e da qui coglie *“l’opportunità di una legislazione di principio, di un diritto ‘mite’ che non pretenda, quindi, di regolamentare ogni singolo atto, che riconosca che ogni singola situazione è un caso a sé”*.

Passando, dunque, all’esame dei contenuti di tali proposte ci serviremo proprio della relazione a cura dell’On. Lenzi.

La relazione prende le mosse dalla proposta Murer C. 1432 come filo conduttore per esaminare, in maniera trasversale, i singoli temi affrontati.

Tale proposta indica, sostanzialmente, una serie di indirizzi, contenuti nelle lettere di cui si compone l’articolo 1, che riguardano temi disciplinati, in maniera più analitica, in alcune delle restanti proposte di legge (Mantero C. 1142, Locatelli C. 1298, Roccella C. 2229, Nicchi C. 2264, Binetti C. 2996 e Carloni C. 3391).

Come osserva l’On. Lenzi, la proposta Murer richiama preliminarmente il rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, nonché della Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina del 1997, ratificata dall’Italia con la legge n. 145 del 2001.

Un richiamo a tali articoli della Costituzione è contenuto anche nelle proposte Roccella e Binetti.

La lettera *a)* dell’articolo 1 della proposta Murer promuove e valorizza la relazione di cura e di fiducia tra il medico, il paziente e i suoi familiari, ed individua nel consenso informato ad ogni trattamento sanitario l’atto fondante dell’alleanza terapeutica.

Viene fatto salvo il dovere del medico di intervenire qualora il paziente si trovi in imminente pericolo di vita.

La proposta Mantero affronta, all’articolo 3, il tema del consenso informato, subordinando il trattamento sanitario all’esplicito ed espresso consenso del paziente, reso in modo libero e consapevole.

Si specifica che ogni persona capace di intendere e di volere ha il diritto di conoscere i dati sanitari che la riguardano e di esserne informata in modo completo e comprensibile; le informazioni costituiscono un obbligo per il medico, che deve provvedere al loro costante aggiornamento nei confronti del paziente e sono parte integrante della cartella clinica.

Il consenso informato è oggetto anche delle proposte Roccella e Binetti (entrambe all'articolo 2), con un richiamo al principio dell'alleanza terapeutica, prevedendo anche la possibilità della redazione di un documento scritto.

Il tema del dovere informativo del medico, previsto dalla proposta Mantero, è oggetto, anteposto a quello del consenso informato, anche delle proposte Locatelli (articolo 1, comma, 1), Nicchi (articolo 1, comma, 1), Carloni (articolo 1), Roccella e Binetti (articolo 2, comma 1).

L'esenzione dal consenso informato nei casi di emergenza è disciplinata in maniera puntuale dalle proposte Mantero (articolo 7), Locatelli (articolo 5), Nicchi (articolo 1, comma 5), Roccella (articolo 2, comma 9) e Binetti (articolo 2, comma 7).

L'articolo 8 della proposta Mantero contempla il tema dei soggetti minori e interdetti prevedendo che il consenso al trattamento sanitario è accordato o rifiutato dagli esercenti la potestà genitoriale, la tutela o l'amministrazione di sostegno.

La proposta Nicchi (articolo 1, comma 6) distingue il caso dei minori da quello dei soggetti interdetti o inabilitati, per i quali, ove possibile, oltre al tutore va sentito anche il paziente per l'espressione del consenso.

Tale aspetto è regolato anche dalle proposte Roccella e Binetti (articolo 2, rispettivamente, commi 7 e 8, e comma 6) stabilendo che il consenso informato è espresso o rifiutato dagli esercenti la potestà parentale o la tutela dopo avere attentamente ascoltato i desideri e le richieste del minore e avendo come scopo esclusivo la salvaguardia della vita e della salute psico-fisica del minore.

La lettera *b*) della proposta Murer prevede la tutela del diritto del paziente a rifiutare le informazioni circa il trattamento sanitario al quale è sottoposto.

L' On. Lenzi osserva che sul tema intervengono anche l'articolo 3, comma 3, della proposta Mantero, le proposte Roccella e Binetti (identico testo dell'articolo 2, comma

4, che prevede un'esplicitazione in tal senso in un documento scritto da inserire nella cartella clinica) e, in maniera incidentale, l'articolo 1, comma 1, della proposta Nicchi e l'articolo 1, comma 2, della proposta Carloni.

La lettera *c*) della proposta Murer prevede la tutela del diritto del paziente al rifiuto, alla rinuncia o all'interruzione dei trattamenti sanitari.

Il tema appare ovviamente connesso a quello della dichiarazione di volontà anticipata di trattamento, che la proposta affronta successivamente.

Su tale aspetto interviene anche l'articolo 3, commi 4 e 5, della proposta Mantero e l'articolo 1, comma 3, della proposta Nicchi.

Anche l'articolo 2 della proposta Carloni tocca questo argomento, prevedendo una dichiarazione anticipata di volontà relativa a interventi sanitari che stiano per essere eseguiti o prevedibili per patologie in atto.

Tale dichiarazione appare distinta da quella più generale, prevista dal successivo articolo 3, rispetto alla quale fa rinvio alla lettera *e*) della proposta Murer.

La lettera *d*) della proposta Murer prevede l'astensione del medico da trattamenti sanitari non proporzionati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura: è la norma che contrasta l'accanimento terapeutico.

La stessa previsione è recata dalla proposta Binetti (articolo 1, comma 1, lettera *g*); mentre la proposta Roccella (articolo 1, comma 1, lettera *f*) prevede tale astensione per pazienti in stato di fine vita.

La lettera *e*) della proposta Murer conferma il divieto dell'eutanasia, dell'assistenza o dell'aiuto al suicidio, nonché dell'abbandono terapeutico.

Tale principio è fissato anche dalle proposte Roccella e Binetti (articolo 1, comma 1, lettera *c*).

Tali ultime proposte recano, sempre all'articolo 1, principi relativi al riconoscimento e tutela della vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile, anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere oltre che rispetto all'interesse della società e alle applicazioni della tecnologia e della scienza.

É inoltre presente (articolo 5) una disposizione relativa all'assistenza ai soggetti in stato vegetativo.

La lettera *f*) della proposta Murer prevede la facoltà per le persone maggiorenni capaci di intendere e di volere di redigere una dichiarazione anticipata di trattamento (DAT) in cui si indica la propria volontà in merito ai trattamenti sanitari e di cura, inclusa la nutrizione artificiale, che può rifiutare o a cui può rinunciare, in previsione di un'eventuale futura perdita irreversibile della propria capacità di intendere e di volere, nonché le eventuali disposizioni relative alla donazione del proprio corpo *post-mortem*, alla donazione di organi e alle modalità di sepoltura e di assistenza religiosa.

L'On. Lenzi ricorda che il successivo comma 2, che chiude il provvedimento, dispone che il Ministro della salute, sulla base delle indicazioni elaborate dal Comitato nazionale per la bioetica, definisca le caratteristiche del documento contenente la DAT. L'articolo 4 della proposta Mantero disciplina la redazione della dichiarazione di volontà anticipata di trattamento, prevedendone anche l'inserimento nella cartella clinica del paziente.

L'efficacia di tale dichiarazione (articolo 11) produce effetto dal momento in cui interviene lo stato di privazione di capacità decisionale del paziente, accertato da un collegio medico e notificata al fiduciario o al tutore o ai parenti.

L'articolo 3 della proposta Locatelli stabilisce che la dichiarazione anticipata possa essere redatta da persona capace maggiore di 16 anni, prevedendo esplicitamente la facoltà: di rifiutare qualsiasi forma di rianimazione cardiaca o polmonare; di non essere sottoposti ad alcun ulteriore trattamento sanitario sia farmacologico, chirurgico o strumentale; di non essere sottoposti alla nutrizione e all'idratazione sia artificiali sia per mano di terzi; di poter fruire, in caso di gravi sofferenze anche psicologiche, di ogni trattamento palliativo, anche qualora lo stesso possa accelerare l'esito mortale della patologia in atto.

Inoltre, la disposizione disciplina minuziosamente le modalità di utilizzo della dichiarazione.

L'articolo 2 della proposta Nicchi presenta forti analogie con il citato articolo 3 della proposta Locatelli.

Le proposte Roccella e Binetti (articolo 3) stabiliscono che nella dichiarazione anticipata di trattamento è consentita la rinuncia ad alcune forme di trattamento, in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale.

È vietato comunque l'inserimento di indicazioni che integrino le fattispecie di cui agli articoli 575 (omicidio), 579 (omicidio del consenziente) e 580 (istigazione o aiuto al suicidio) del c.p., così come dare disposizioni riguardanti l'alimentazione e l'idratazione, che devono essere mantenute fino al termine della vita, salvo eccezioni.

L'efficacia della dichiarazione anticipata di trattamento è collegata all'accertamento che il soggetto in stato vegetativo non è più in grado di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario da parte di un collegio medico.

Il successivo articolo 4 prevede la non obbligatorietà della dichiarazione anticipata di trattamento e precisa le modalità di redazione, inclusa la sottoscrizione da parte di un medico.

La lettera g) della proposta Murer prevede l'indicazione nella DAT di un soggetto fiduciario, il quale si impegna ad agire nell'esclusivo e migliore interesse della persona che lo ha nominato.

L'articolo 5 della proposta Mantero disciplina le decisioni sostitutive nel caso in cui il paziente da sottoporre a trattamento sanitario sia privo di capacità decisionale, prevedendo anche la facoltà della nomina di un fiduciario.

Il personale medico deve tenere conto della dichiarazione di volontà anticipata di trattamento.

In caso di mancata dichiarazione, si ha riguardo alla volontà manifestata dal fiduciario o, in mancanza di questo, dall'amministratore di sostegno o dal tutore o, in mancanza di questi, nell'ordine: dal coniuge, dal convivente, dai figli, dai genitori e dai parenti entro il quarto grado.

In caso di impossibilità di decidere si ricorre al comitato etico della struttura sanitaria o al comitato etico dell'azienda sanitaria locale.

Il successivo articolo 6 disciplina i criteri a cui si deve attenere colui che presta o rifiuta il consenso ai trattamenti sanitari per conto di un paziente privo di capacità decisionale e l'articolo 10 reca disposizioni relative al controllo del fiduciario.

La facoltà della nomina di un fiduciario è prevista anche dall'articolo 4 della proposta Locatelli, dall'articolo 3, comma 2, della proposta Carloni e dall'articolo 2, comma 2 della proposta Nicchi.

Queste ultime, rispettivamente all'articolo 3, comma 2, e all'articolo 3, prevedono che qualora una persona si trovi in stato di incapacità naturale, temporanea o irreversibile, e nelle dichiarazioni anticipate non abbia nominato un fiduciario, il giudice tutelare provveda a tale nomina.

Le proposte Roccella e Binetti disciplinano in maniera dettagliata (articolo 6) la figura del fiduciario che, se nominato, è l'unico soggetto legalmente autorizzato ad interagire con il medico; tra i suoi compiti vi è quello di vigilare affinché non si creino situazioni di accanimento terapeutico o di abbandono terapeutico e di verificare non si determinino a carico del paziente situazioni che integrino fattispecie di cui ai citati articoli 575, 579 e 580 del codice penale.

La proposta Murer non disciplina le eventuali controversie che possono sorgere in sede di applicazione delle dichiarazioni anticipate.

In merito, l'articolo 9 della proposta Mantero dispone che in caso di contrasto tra i soggetti legittimati a esprimere il consenso al trattamento sanitario ai sensi delle decisioni sostitutive previste dall'articolo 5 e il medico curante, la decisione è assunta dal comitato etico della struttura sanitaria, sentiti i pareri contrastanti.

In caso di impossibilità del comitato etico a pervenire a una decisione, questa è assunta, su istanza del pubblico ministero, dal giudice competente.

L'articolo 6, comma 1, della proposta Locatelli dispone che i sanitari, il fiduciario, i testimoni e il tutore, nonché chiunque ne ha titolo, possano ricorrere senza formalità al giudice del luogo dove dimora l'incapace, qualora ritengano che non siano rispettate le volontà espresse nelle dichiarazioni anticipate.

Una disposizione analoga è recata anche dall'articolo 4 della proposta Nicchi e della proposta Carloni.

La proposta Locatelli dispone anche la funzione del fiduciario in assenza di dichiarazione anticipata.

Alcune proposte di legge disciplinano la tenuta di registri delle dichiarazioni anticipate.

Le proposte Locatelli (articolo 7), Roccella e Binetti (articolo 8) prevedono un registro nazionale telematico.

Le ultime due proposte ne prevedono l'istituzione presso il Ministero della Salute, che deve sentire il Garante per i dati personali in relazione alle modalità di accesso.

La proposta Nicchi prevede (articolo 5) l'istituzione di registri comunali secondo criteri indicati con decreto del Ministro della salute, previa intesa in sede di conferenza unificata.

La lettera *h*) della proposta Murer prevede la possibilità per il medico curante di disattendere la dichiarazione anticipata, qualora sussistano motivate e documentabili possibilità, non prevedibili all'atto della dichiarazione, di poter altrimenti conseguire ulteriori benefici per il paziente, in accordo con il soggetto fiduciario e con i familiari del medesimo.

L'articolo 11, comma 4, della proposta Mantero concede al medico tale facoltà solo quando, sulla base del parere vincolante del comitato etico della struttura sanitaria, le volontà espresse nella dichiarazione anticipata non sono più corrispondenti a quanto il paziente aveva previsto al momento della sua redazione, sulla base degli sviluppi delle conoscenze scientifiche e terapeutiche.

Le proposte Roccella e Binetti prevedono (articolo 7) che il medico possa non seguire gli orientamenti espressi dal paziente nelle dichiarazioni anticipate di trattamento; in tal caso il medico è tenuto a sentire il fiduciario o i familiari e ad esprimere la sua decisione motivandola in modo approfondito e sottoscrivendola sulla cartella clinica o altro un documento scritto, da allegarsi alla dichiarazione anticipata di trattamento.

In ogni caso, il medico non può prendere in considerazione orientamenti volti a cagionare la morte del paziente o, comunque, in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica.

La lettera *i*) della proposta Murer prevede la garanzia del diritto dei pazienti terminali ad un'adeguata terapia contro il dolore, secondo quanto previsto dai protocolli delle cure palliative ai sensi della legge n. 38 del 2010.

Una disposizione analoga é contenuta anche al comma 2 dell'articolo 1 delle proposte Roccella e Binetti.

Infine, l'articolo 12 della proposta Mantero prevede programmi di informazione, svolti dal Ministro della salute, sulla possibilità di rendere la dichiarazione di volontà anticipata di trattamento, mentre l'articolo 9 della proposta Locatelli prevede tali programmi sul complesso delle norme recate dal provvedimento, anche a cura del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, indicando tra la platea dei destinatari gli studenti della scuola secondaria di secondo grado.

Tale proposta prevede, inoltre, l'istituzione di una commissione nazionale di controllo che ha il compito, tra l'altro, di presentare alle Camere, con cadenza biennale, una relazione sullo stato di attuazione (articolo 8).

### **3. La responsabilità medica alla luce della riforma Balduzzi**

Prima di poter scendere nell'esame dell'approvando d.d.l. n. 2224/2016, occorre fare riferimento alla c.d. legge Balduzzi.

Per lungo tempo la giurisprudenza, nell'individuare le regole che avrebbero dovuto presiedere al giudizio di accertamento della responsabilità medica, ha preso le mosse dalle norme civilistiche in tema di professioni intellettuali, ed in particolare dall'art. 1176 comma 2 c.c., secondo il quale nell'adempimento dell'obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata; nonché dall'art. 2236 c.c., alla stregua del quale, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave.

Sulla scorta di tali dati normativi, la responsabilità del medico veniva riconosciuta solo nel caso di grossolana violazione delle più elementari regole dell'*ars* medica, ovvero in presenza di un errore inescusabile avente origine nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti la professione oppure in difetto di quel minimo di perizia tecnica nell'uso di mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto chirurgico o, infine, nella mancanza di prudenza o diligenza.

Per quanto atteneva le c.d. linee-guida ospedaliere<sup>2</sup> (raccomandazioni di comportamento clinico accreditate dalla letteratura e dalle opinioni scientifiche al fine di aiutare i medici a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche), prima del c.d. decreto Balduzzi la giurisprudenza di legittimità non escludeva di per sé la responsabilità del medico per il solo fatto che questi si era attenuto alle linee guida<sup>3</sup>, potendo un comportamento conforme ad esse risultare, ciononostante, contrario alle regole dell'*ars medica*, ove nel dato caso concreto era consigliabile discostarsi da esse<sup>4</sup>.

La materia della responsabilità medica, sia in sede civile che penale, è stata ampiamente interessata dall'intervento normativo apportato dal decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni nella legge 8 novembre 2012, n. 189<sup>5</sup> (c.d. legge Balduzzi).

---

<sup>2</sup> Sul problema della natura delle linee guida si vedano C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. legge Balduzzi*. in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico*, in *Cass. pen.*, 2012, 547 (v. 551 ss.).

Le fonti normative delle linee guida vengono esaminate da M. CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit., 885 ss., il quale esamina anche il problema dell'esatta collocazione di esse nel sistema delle fonti.

<sup>3</sup> Per una ragionata rassegna dei numerosi casi nei quali il giudice di legittimità ha esaminato ipotesi nelle quali veniva in considerazione l'adeguamento della condotta del medico a linee guida o protocolli v. A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, Giappichelli, Torino, 2012 cit., 11 ss. (alle p. 22 ss. è contenuta un'ampia rassegna su questi temi della giurisprudenza civile di legittimità).

<sup>4</sup> Ad esempio v. Cass., sez IV, 23 novembre 2010 n. 8254, Grassini, in *Cass. pen.*, 2012, 542 (con note di T. CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida"*, cit., e di G. MARRA, *L'osservanza delle c.d. "linee guida" non esclude di per sé la colpa del medico*, cit.); in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1223, con nota di F. CONSORTE, *Colpa e linee guida*; in *Foro it.*, 2011, II, 416, con nota di A. R. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*.

<sup>5</sup> L'innovazione legislativa è stata vista dai più come diretta a limitare atteggiamenti riconducibili alla c.d. "medicina difensiva" del medico ma è stato sottolineato (da G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida", tra colpa grave e colpa lieve. La nuova disposizione del "decreto sanità"*, in *Archivio penale*, 2013, n.1, 85) che la collocazione della norma sembra piuttosto riguardare gli aspetti assicurativi della professione medica.

L'interesse della letteratura civilistica e penalistica si è concentrato principalmente sull'art. 3, comma 1, del testo legislativo<sup>6</sup>.

Tale articolo statuisce che: *“L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Diverse sono state però le questioni controverse sollevate da quanto introdotto con la legge Balduzzi<sup>7</sup>.

Anzitutto, sul piano interpretativo, la Cassazione di gran lunga maggioritaria ha sostenuto come il rispetto delle linee guida da parte del medico non esoneri del tutto il medesimo dal giudizio di colpa.

---

<sup>6</sup> Tra i numerosi commenti alla nuova disciplina possono, in via di esemplificazione, richiamarsi G. DE SANTIS, *Il decreto “Balduzzi” e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1257; A. GAMBERINI, *Novità in tema di colpa medica (art. 3, comma 1, l. n. 189/2012) e di protezione dei minori (l. n. 172/2012)*, in [ius17unibo.it](http://ius17unibo.it), 2012, 57; B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. “Decreto Balduzzi”*, in *Corriere giuridico*, 2013, 1235; F. MARTINI, *Il medico non risponde penalmente per colpa lieve se ha rispettato linee guida e pratiche accreditate*, in *Guida al diritto*, 2013, n. 5, 34; P. F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 19 settembre 2013; G. PAVICH, *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189/2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 902; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit.; P. A. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi, relazione tenuta al convegno di Ischia del 13-14 aprile 2013 organizzato da Altalex formazione.*, in [www.francoisafi.it](http://www.francoisafi.it), 2013; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *riv. it dir. e proc. pen.*, 2013., cit; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, n. 9/2013, 3000 ss.

<sup>7</sup> La legge Balduzzi è stata, tra l'altro, oggetto di un giudizio di costituzionalità promosso con ordinanza del 21 marzo 2013, n. 124, dal Tribunale di Milano (in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con note di M. SCOLETTA).

Con Ordinanza del 6 dicembre 2013, n. 295, la Corte Costituzionale ha, tuttavia, dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n. 158. (in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con note di G. L. GATTA).

Si ritiene in particolare che, ove i profili di colpa riguardino la negligenza e l'imprudenza, il *novum* legislativo introdotto non potrà essere invocato e che, quindi, solo l'imperizia rileverebbe ai fini dell'applicazione dell'art. 3<sup>8</sup>.

Parimenti si ritiene che le uniche linee guida ad acquisire rilievo nell'ambito dell'accertamento della responsabilità del medico siano quelle che indichino *standard* diagnostico-terapeutici conformi alla regola della migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non anche quelle che risultino ispirate a esclusive logiche di economicità della gestione ospedaliera.

In sede di legittimità si è poi ulteriormente precisato che la colpa grave si avrà solo quando il sanitario si attenga a linee guida nonostante le “*macroscopiche specificità del caso concreto*”<sup>9</sup> imponessero di non attenersi e qualunque altro sanitario si sarebbe reso conto della necessità di disattendere tali linee guida.

Viceversa, quando le specificità del caso concreto non siano macroscopiche, la colpa sarà lieve, cosicché il sanitario non risponderà penalmente per il fatto compiuto.

---

<sup>8</sup> Solo di recente si sono registrate le prime aperture al consolidato *leitmotiv* giurisprudenziale della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia, ritagliando spazi di non punibilità anche nel caso di diligenza: v. Cass. pen., sez. IV, n. 47289/2014 la quale ha ritenuto che la nuova disciplina, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, “*può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza, cioè allorquando siano richieste prestazioni che riguardino la sfera dell'accuratezza dei compiti, magari non particolarmente qualificanti, che quelle dell'adeguatezza professionale*”.

<sup>9</sup> In questi termini, fra le ultime, v. Cass. pen., sez. IV, n. 9923/15 la quale afferma che: “*L'articolo 3 della legge n. 189 del 2012, per come costruita e come interpretata già da questa Corte, appare porre un limite alla possibilità per il giudice di sancire la responsabilità del medico che abbia rispettato le linee guida e le best practices: nel senso che potrebbe pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio e lesioni personali che si sia attenuto ad esse, ma ciò solo allorché invece avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e questo non abbia fatto per 'colpa grave', quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato. È noto che per aversi colpa grave occorre che il medico si sia altamente discostato dallo standard di agire dell'agente modello, avendo attenzione alle peculiarità oggettive e soggettive del caso concreto. Così, sotto il primo profilo, non si potrà mancare di valutare la complessità, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data. Neppure si potrà trascurare la situazione nella quale il terapeuta si sia trovato ad operare: l'urgenza e l'assenza di presidi adeguati rendono infatti difficile anche ciò che astrattamente non è fuori dagli standard. Così, sotto il profilo 'soggettivo', per determinare la misura del rimprovero, bisognerà considerare le specifiche condizioni dell'agente, cosicché, sulla base del principio secondo cui tanto più è adeguato il soggetto all'osservanza della regola tanto maggiore deve ritenersi il grado della colpa, l'inosservanza della norma terapeutica avrà un maggiore disvalore per un insigne specialista che per un comune medico generico. In definitiva, potendosi configurare la 'colpa grave' nel caso dell'errore inescusabile, che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali adoperati nell'atto operatorio e che il medico deve essere sicuro di poter gestire correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o di diligenza, che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria”.*

In termini riassuntivi l'attuale principio della giurisprudenza dominante sulla Balduzzi è dunque il seguente: il sanitario che si attiene a linee guida risponde penalmente solo per imperizia grave, che si ha quando il sanitario non si doveva attenere a linee guida per le macroscopiche specificità del caso concreto.

Va rimarcato, infine, sull'indicazione della giurisprudenza, che presupposto necessario perché si risponda solo per imperizia grave, è ovviamente che il sanitario si sia attenuto alle linee guida.

Qualora il sanitario non vi si attenga, risponde penalmente a prescindere dalla forma (negligenza, imprudenza, imperizia) e dal grado della colpa (grave o lieve).

#### **4. “Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario” (d.d.l. n. 2224/2016)**

Il disegno di legge sulle “*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*” (A.S. n. 2224), approvato alla Camera il 28 gennaio 2016 e attualmente all’esame del Senato, anche se non propriamente attinente la tematica delle direttive anticipate di trattamento, risulta di particolare interesse in quanto reca, indubbiamente, importanti novità riguardo al fenomeno della cosiddetta malasanita e della conseguente medicina difensiva<sup>10</sup>.

Il testo, come di sovente accade, ha preso il nome dai suoi presentatori (Federico Gelli alla Camera e Amedeo Bianco al Senato) e, pertanto, per ragioni di semplicità, nel prosieguo della trattazione faremo riferimento allo stesso unicamente con il nome di d.d.l. “Gelli/Bianco”.

*Ratio* del provvedimento, nelle intenzioni dell’esecutivo, è quella di ricreare un nuovo equilibrio nel rapporto tra medico e paziente, pervenendo alla risoluzione di due problematiche:

- 1) la mole del contenzioso medico-legale, che ha provocato anche un notevole aumento del costo delle assicurazioni per professionisti e strutture;

---

<sup>10</sup> Si tratta di argomenti su cui “*molto si è discusso inutilmente e che provocano grande disagio tra i medici*” (come sostenuto da A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, 3/2016).

2) il fenomeno della medicina difensiva, che ha causato un uso inappropriato delle risorse destinate alla sanità<sup>11</sup>.

Se il d.d.l. “Gelli/Bianco” entrerà effettivamente in vigore entro la fine del 2016, nella forma licenziata dalla Camera, *“dando così il via ad una vera e propria svolta epocale per la sanità”*<sup>12</sup>, apporterà novità importanti anche nei confronti di un’esigenza pratica molto sentita: quella di individuare le linee guida alle quali il sanitario debba attenersi per andare esente da responsabilità e che dovranno essere utilizzate nel giudizio penale.

Dopo queste doverose premesse, possiamo finalmente addentrarci nell’esame dei 18 articoli che compongono il d.d.l. “Gelli/Bianco” e verificare se i contenuti della legge in esame rappresentino o meno questa auspicata *“svolta epocale per la sanità”*.

## **5. I contenuti del d.d.l. “Gelli/Bianco”**

### **5.1. Sicurezza delle cure in sanità**

Nel primo articolo della d.d.l. in esame si esprime il concetto di sicurezza delle cure in sanità.

Il comma 1 afferma che *“La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell’interesse dell’individuo e della collettività”* per poi specificare, nel comma 2, che *“la sicurezza delle cure si realizza anche mediante l’insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie e l’utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative”* e, nel comma 3, che *“alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle aziende sanitarie pubbliche è tenuto a*

---

<sup>11</sup> In un recente *report* pubblicato dal Ministero della Salute (che può essere trovato sul sito [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it)) emerge che l’impatto economico di questa pratica è pari a circa 10 miliardi di Euro l’anno, con un aumento della spesa sanitaria pro-capite di 165 Euro. Prescindendo per un momento dal dato puramente economico non possono tacersi le conseguenze cliniche per i pazienti, i quali spesso si sottopongono a esami del tutto inutili e alcune volte potenzialmente dannosi (si pensi ad analisi invasive o che prevedono la sottoposizione ad agenti dannosi, quali radiazioni etc.).

<sup>12</sup> Così almeno auspica il relatore Gelli.

*concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale”.*

Visto il legame che il legislatore ritiene intercorrere tra sicurezza e risparmio, la norma va correlata col testo già approvato dei commi 538, in cui si stabilisce che *“La realizzazione delle attività di prevenzione e gestione del rischio sanitario rappresenta un interesse primario del Sistema sanitario nazionale perché consente maggiore appropriatezza nell’utilizzo delle risorse disponibili e garantisce la tutela del paziente”*, 539<sup>13</sup> e 540<sup>14</sup> della l. n. 208/2015<sup>15</sup>.

Le disposizioni contenute nell’art. 1 del d.d.l. “Gelli/Bianco” rappresentano un chiaro tentativo di ridurre il numero di eventi risarcibili e, di conseguenza, la mole del contenzioso medico-legale, con tutto quel che ne può derivare in termini di risparmio.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il d.d.l. Gelli/Bianco, proprio come il c.d. decreto Balduzzi, e forse anche di più, si caratterizza per l’aver una fortissima attinenza ad un progetto di *spending review*, cui i provvedimenti legislativi degli ultimi anni in tema di sanità sembrano essersi maggiormente ispirati.

---

<sup>13</sup> In cui si afferma che *“Per la realizzazione dell’obiettivo di cui al comma 538, ai fini di cui all’articolo 3 bis del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano dispongono che tutte le strutture pubbliche e private che erogano prestazioni sanitarie attivino un’adeguata funzione di monitoraggio, prevenzione e gestione del rischio sanitario (risk management), per l’esercizio dei seguenti compiti: a) attivazione dei percorsi di audit o altre metodologie finalizzati allo studio dei processi interni e delle criticità più frequenti, con segnalazione anonima del quasi-errore e analisi delle possibili attività finalizzate alla messa in sicurezza dei percorsi sanitari. Ai verbali e agli atti conseguenti all’attività di gestione aziendale del rischio clinico, svolta in occasione del verificarsi di un evento avverso, si applica l’articolo 220 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271; b) rilevazione del rischio di inappropriata nei percorsi diagnostici e terapeutici e facilitazione dell’emersione di eventuali attività di medicina difensiva attiva e passiva; c) predisposizione e attuazione di attività di sensibilizzazione e formazione continua del personale finalizzata alla prevenzione del rischio sanitario; d) assistenza tecnica verso gli uffici legali della struttura sanitaria nel caso di contenzioso e nelle attività di stipulazione di coperture assicurative o di gestione di coperture auto-assicurative”.*

<sup>14</sup> In cui si statuisce che *“L’attività di gestione del rischio sanitario è coordinata da personale medico dotato delle specializzazioni in igiene, epidemiologia e sanità pubblica o equipollenti ovvero con comprovata esperienza almeno triennale nel settore”.*

<sup>15</sup> Recante *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”.*

Bisogna osservare, tuttavia, che se è vero che una diminuzione degli eventi avversi risarcibili porterebbe a una riduzione dei costi, *“mettere a norma i nostri ospedali, mediamente centenari, avrebbe un costo che il servizio non potrebbe sostenere”*<sup>16</sup>.

## **5.2. Attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente**

L'articolo 2 reca norme riguardanti il ruolo del Difensore civico e l'istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario.

I primi due commi si occupano di chiarire i metodi di attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale e le modalità con cui lo stesso può essere adito.

Al comma primo si stabilisce che *“Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono affidare all'ufficio del Difensore civico la funzione di garante per il diritto alla salute e disciplinarne la struttura organizzativa, che preveda la rappresentanza delle associazioni dei pazienti e il supporto tecnico”*.

Il Difensore civico, che potrà essere adito per segnalare le disfunzioni del sistema, viene così chiamato a garantire la sicurezza delle cure.

Questi, nella sua funzione di garante per il diritto alla salute, potrà infatti essere adito per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria, in modo del tutto gratuito, direttamente o mediante un proprio delegato, da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie e, acquisiti gli atti<sup>17</sup> relativi alla segnalazione pervenuta<sup>18</sup>, potrà intervenire a tutela del diritto leso con i poteri e le modalità che verranno stabiliti dalla legislazione regionale.

Si nota come venga esclusa la possibilità di rivolgersi al garante per il diritto alla salute mediante segnalazioni anonime (che rappresentava un *vulnus* della prima stesura).

---

<sup>16</sup> A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, 3/2016.

<sup>17</sup> Il comma 3 specifica che tale acquisizione può avvenire *“anche digitalmente”*.

<sup>18</sup> *“...e, qualora abbia verificato la fondatezza della segnalazione”*.

L'ultimo comma dell'articolo in esame si occupa di stabilire modalità di istituzione<sup>19</sup> e compiti, di raccolta e trasmissione dei dati<sup>20</sup> all'Osservatorio nazionale sulla sicurezza nella sanità<sup>21</sup>, dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente.

L'istituzione dovrà avvenire, in particolare, *“con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”*.

### **5.3. Osservatorio nazionale sulla sicurezza nella sanità**

L'articolo 3, come preannunciato, si occupa di istituire l'organo che avrà il compito di acquisire<sup>22</sup> i dati regionali relativi agli errori sanitari nonché alle cause, all'entità, alla frequenza e all'onere finanziario del contenzioso e l'onere di individuare idonee misure anche mediante la predisposizione, con l'ausilio delle società scientifiche, di linee di indirizzo per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario, nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie: l'Osservatorio nazionale sulla sicurezza nella sanità.

Tale Osservatorio dovrà essere istituito<sup>23</sup>, ricorda il primo comma, *“entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano [...] presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS)”*.

Sempre il comma 1 ribadisce, come per i Centri di gestione del rischio sanitario, che l'istituzione dovrà avvenire *“senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”*: ancora una volta emergono le finalità economiche del d.d.l. in esame.

---

<sup>19</sup> *“...in ogni regione”*.

<sup>20</sup> Sugli errori sanitari e sul contenzioso.

<sup>21</sup> Di cui all'art. 3 della stessa legge.

<sup>22</sup> Dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente di cui all'articolo 2.

<sup>23</sup> Qualora la legge in esame dovesse entrare in vigore.

Il comma 4 precisa, infine, che l'osservatorio, nell'esercizio delle sue funzioni, si avvale *“anche del Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità (SISMES), istituito con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali 11 dicembre 2009, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.8, del 12 gennaio 2010”*.

#### **5.4. Trasparenza dei dati**

L'articolo 4 si prende la briga di precisare che *“le prestazioni sanitarie erogate dalle strutture pubbliche e private sono soggette all'obbligo di trasparenza, nel rispetto del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”*.

Si prevede, poi, l'onere per la direzione sanitaria della struttura di fornire, entro trenta giorni dalla richiesta da parte degli aventi diritto, la documentazione clinica relativa al paziente<sup>24</sup>.

Se già l'art 1 andava correlato con quanto disposto dall'art. 1 della l. 28 dicembre 2015, n. 208, il riferimento alle *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”* diviene esplicito nell'ultimo comma dell'art. 4, in cui si sancisce che *“le strutture sanitarie pubbliche e private rendono altresì disponibili, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, i dati relativi a tutti i risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio, verificati nell'ambito dell'esercizio della funzione di monitoraggio, prevenzione e gestione del rischio sanitario (risk management) di cui all'articolo 1, comma 539, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, come modificato dall'articolo 16 della presente legge”*.

#### **5.5. Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida**

Dopo alcuni articoli che, come abbiamo visto, trattano in modo abbastanza generico la trasparenza dei dati e il ruolo del difensore civico, la legge entra nel vivo con l'art. 5.

---

<sup>24</sup> Il comma 2 aggiunge *“[...]preferibilmente in formato elettronico”*.

Riprendendo uno spunto del decreto Balduzzi, l'art. 5 invita (o sarebbe meglio dire obbliga, visto l'utilizzo del presente indicativo "*si attengono*") gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, ad attenersi, salvo che le specificità del caso concreto impongano di disattenderle, alle buone pratiche clinico-assistenziali (percorsi diagnostici terapeutico assistenziali adattati alla realtà dell'ambiente di cura) e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco ministeriale, inserite nel SNLG (Sistema Nazionale Linee Guida) e pubblicate dall'Istituto Superiore di Sanità.

In questo modo il legislatore intende assicurare conoscibilità e chiarezza dei protocolli medici da applicare, garantendo l'effettivo e reale accreditamento scientifico delle società che li elaborano.

Si tratta di una scelta che, tuttavia, ha provocato molte critiche perché le società scientifiche non sono regolamentate, perché è ancora poco affrontato il conflitto di interessi e perché spesso le linee guida cambiano in tempi brevissimi (in qualsiasi momento può apparire una pubblicazione che le contraddice).

Con l'entrata in vigore del d.d.l. Gelli persisterebbero, infatti, gran parte delle problematiche che avevano spinto il giudice di Milano a sollevare dinanzi alla Corte Costituzionale una questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. 158/12, come convertito dalla l. 189/12.

Una fra tutte: quella di creare un'area di non punibilità ingiustificatamente premiale per coloro che manifestano acritica e rassicurante adesione alle linee guida o alle buone prassi, limitando la punibilità, in modo del tutto ingiustificato avvilente e penalizzante, a quei soggetti che se ne discostano con una pari dignità scientifica.

Il sistema delineato dalla norma, promuovendo la produzione di linee guida affinché costituiscano il perimetro della non punibilità, entro il quale l'operatore sanitario trovi riparo dalla punibilità per colpa grave, finirebbe insomma per bloccare "*l'evoluzione*

*del pensiero scientifico e la sperimentazione clinica*”, con un risultato assolutamente *“deprimente per la libertà del sapere e lo sviluppo scientifico”*<sup>25</sup>.

## **5.6. Responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria**

L’art. 6 contiene le disposizioni che maggiormente possono interessare il penalista.

Il testo dell’articolo prescrive che dopo l’art. 590 *bis* c.p., “è inserito” l’art. 590 *ter* (titolato “*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*”) del seguente tenore: “*L’esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagiona a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita risponde dei reati di cui agli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Agli effetti di cui al primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali*”.

Allo stato attuale la colpa medica è disciplinata, come abbiamo visto, dall’art. 3, comma 1, l. 189/12 (c.d. legge Balduzzi), il quale stabilisce che “*L’esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*”.

Secondo la giurisprudenza unanime, lo ricordiamo, si avrebbe colpa grave nei soli casi in cui il sanitario si sia attenuto a linee guida alle quali non avrebbe dovuto attenersi, stante che le “*macroscopiche specificità del caso concreto*”<sup>26</sup> imponevano di disattenderle.

La giurisprudenza maggioritaria limita poi l’applicazione della Balduzzi alla sola forma dell’imperizia<sup>27</sup>, sicché in mancanza della stessa, negligenza e imprudenza, seppur lievi, importeranno comunque la punibilità.

---

<sup>25</sup> Ordinanza 21/3/2013, n. 124, del Tribunale di Milano (in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con note di M. SCOLETTA).

<sup>26</sup> Parla di “*macroscopiche specificità del caso concreto*”, fra le ultime, Cass. 27185/2015.

<sup>27</sup> La restrizione alla sola imperizia si basa su un sillogismo interpretativo: premessa maggiore: la Balduzzi ha ad oggetto le linee guida; premessa minore: le linee guida contengono solo regole di perizia; conclusione: la Balduzzi ha ad oggetto solo regole di perizia. Questo sillogismo è posto in discussione nella premessa minore da una giurisprudenza minoritaria (da ultimo: Cass. 34295/15).

Qualora la legge “Gelli/Bianco” dovesse entrare in vigore nel testo approvato dalla Camera, l’art. 6, inserendo l’art. 590 *ter* nel c.p., andrebbe sostanzialmente a ratificare i principi sanciti, ad oggi, dalla giurisprudenza dominante (da un lato, il comma 1 ribadisce il principio *culpa levis sine imperitia non excusat*, e dall’altro il comma 2 ribadisce l’esclusione della colpa grave quando vi è il rispetto delle linee guida, salve le rilevanti specificità del caso concreto<sup>28</sup>), introducendo, peraltro, due novità di rilievo. Sotto il profilo dei reati, mentre la legge Balduzzi non indica a quali reati sia applicabile, la “Gelli/Bianco” fa riferimento esclusivamente ai reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p.<sup>29</sup>.

Bisogna comunque precisare che *“Per evitare una pressoché certa scure d’incostituzionalità, occorrerebbe eliminare nel testo normativo il riferimento ai soli reati di omicidio colposo e lesioni colpose, senza battezzare il testo quale art. 590 *ter* c.p. e mantenendolo semplicemente sotto l’art. 6 della Gelli-Bianco, con una tecnica legislativa già usata con la Balduzzi”* o, ancora meglio, *“modificare la parte generale del codice penale, introducendo l’art. 43 bis c.p. vincendo così la secolare ritrosia del legislatore a modificare la parte generale del codice penale, per il comprensibile timore di ripercussioni non facilmente calcolabili sull’intero sistema”*<sup>30</sup>.

Sotto il profilo delle linee guida, invece, mentre la legge Balduzzi non fa menzione di quali linee guida e buone pratiche rilevino per la sua applicazione, l’art. 6 della legge Gelli-Bianco le indica in modo espresso: sono quelle definite e pubblicate ai sensi di legge e cioè, come abbiamo visto, ai sensi dell’art. 5, quelle *“...previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e*

<sup>28</sup> Unica differenza rispetto all’attuale assetto giurisprudenziale e l’utilizzo dell’aggettivo “rilevante” in sostituzione di “macroscopico”.

<sup>29</sup> Rimarrebbero quindi fuori dal suo ambito di applicazione tutti gli altri reati.

<sup>30</sup> P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell’approvanda legge Gelli-Bianco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016, osserva che, anche se si volesse mantenere la limitazione ai soli reati di omicidio colposo e lesioni colpose, l’art. 6 della Gelli-Bianco non potrà comunque essere denominato numericamente art. 590 *ter* c.p., dal momento che la medesima denominazione numerica è già stata data di recente all’aggravante della fuga del conducente in caso di lesioni personali stradali, con riferimento al nuovo art. 590 *bis* c.p. (*Lesioni personali stradali gravi o gravissime*), nel testo approvato definitivamente in Senato lo scorso 2 marzo 2016.

*regolamentato con decreto del Ministero della Salute, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge*<sup>31</sup>.

Si viene insomma “*a conoscere, prima che la condotta venga tenuta, quale è la condotta lecita e quella illecita*” e la fattispecie colposa ne “*guadagna in termini di determinatezza*”<sup>32</sup>.

Occorre da ultimo osservare, poi, che, anche se la locuzione “*colpa grave*” compare nell’art. 590 *ter*, che il d.d.l. in esame prevede di introdurre nel codice penale, il d.d.l. “Gelli/Bianco” non fornisce alcuna definizione di “colpa grave”.

Il testo del secondo comma dell’art. 590 *ter* può, ad una prima lettura, apparire utile ai fini di una interpretazione del concetto di “colpa grave”.

In realtà, questo secondo comma contiene una indicazione in termini negativi, dalla quale si può solo ricavare quali casi non configurano colpa grave (il che avverrebbe “*quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali*”), ma non necessariamente in tutti gli altri casi va riconosciuta la colpa grave.

Non possiamo, quindi, ricavare dall’art. 590 *ter* indicazioni utili per una definizione esaustiva di colpa grave, neppure volgendo al contrario il secondo comma di detto articolo.

### **5.7. Responsabilità della struttura e dell’esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria**

L’art. 7 prevede la responsabilità della struttura e dell’esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria.

Si prevede in particolare che, mentre la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata “*che, nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del*

---

<sup>31</sup> L’art. 5 continua precisando che “*Ai fini della presente legge, le linee guida sono inserite nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) e pubblicate nel sito internet dell’Istituto superiore di sanità*”.

<sup>32</sup> P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell’approvanda legge Gelli-Bianco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016.

*codice civile, delle loro condotte dolose o colpose*<sup>33</sup>, l'esercente la professione sanitaria *“risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile”*.

La proposta di legge Gelli segna così un rivoluzionario cambiamento riguardante la responsabilità civile del medico.

L'art. 7 sancisce, difatti, il definitivo superamento della teoria da contatto sociale (enunciata per la prima volta dalla Corte di Cassazione, con sentenza 589 del 1999 e successivamente ribadita dalle Sezioni Unite 11 gennaio 2008 n. 577 e 11 novembre 2008 n. 26972), secondo la quale tra medico e paziente si instaura un contatto, di natura sociale, il cui inadempimento è da sottoporre al regime di cui all'art. 1218 c.c.<sup>34</sup>. La sussunzione del “contatto sociale” sotto il regime dell'adempimento contrattuale comporta l'applicazione del termine ordinario di prescrizione (10 anni) e, soprattutto, un diverso regime di distribuzione dell'onere della prova.

Invero, a mente dell'art. 1218 c.c. applicato ai casi in questione, al danneggiato spetta l'onere di provare di aver ricevuto una prestazione sanitaria e il peggioramento delle proprie condizioni di salute rispetto a quelle preesistenti alla prestazione ricevuta, nonché il nesso causale tra il peggioramento e la prestazione stessa; al medico e alla struttura sanitaria spetta invece la prova impeditiva che l'inadempimento non vi sia stato o, nel caso positivo, che questo sia dipeso da cause a loro non imputabili.

Ciò agevola grandemente il danneggiato, che se avesse dovuto agire ex art. 2043 per far valere la responsabilità aquiliana avrebbe dovuto provare anche la colpa concreta dei sanitari.

Gli sforzi giurisprudenziali, nati dall'esigenza di tutelare maggiormente il paziente, vengono così totalmente superati dall'art. 7 del d.d.l. che include, invece, la responsabilità civile del medico nell'alveo dell'art. 2043 c.c., lasciando, viceversa, inalterata la responsabilità contrattuale delle strutture sanitarie e dei medici liberi professionisti.

---

<sup>33</sup> La disposizione si applica *“anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina”*.

<sup>34</sup> Per una disamina della teoria da contatto sociale v. M. SANTISE *La responsabilità medica tra contatto sociale e responsabilità del “passante” e del “nessuno”. L'incidenza della legge n.189/2012, in Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2015, 105 ss.

*“La norma rappresenta, pertanto, uno degli snodi cruciali della riforma”<sup>35</sup>.*

Con essa si stravolge completamente la precedente ricostruzione della responsabilità civile del medico - confermata anche dalla prevalente giurisprudenza successiva alla legge Balduzzi - e si introduce, invece, un *“doppio binario”* di responsabilità: contrattuale a carico delle strutture sanitarie (pubbliche e private) e dei liberi professionisti, ed extracontrattuale per l'esercente la professione sanitaria che svolge la propria attività nell'ambito di una struttura sanitaria (pubblica o privata o in rapporto convenzionale con il Servizio Sanitario Nazionale).

Come prima accennato, spetterà pertanto al paziente dimostrare di aver subito un danno eziologicamente ricollegabile alla prestazione sanitaria ricevuta, provando non soltanto la natura e l'entità della lesione subita, ma anche la colpa, generica o specifica, degli operatori sanitari, per di più entro il più breve termine prescrizione di cinque anni.

Da subito, prima ancora che il procedimento parlamentare avesse inizio, sono state sollevate critiche a tale significativa novità.

Si paventano, infatti, dubbi di incostituzionalità della norma per contrasto con l'art. 3 della Costituzione là dove, nel configurare la responsabilità del medico dipendente come extracontrattuale e, viceversa, quella del medico libero professionista e dell'ente ospedaliero in termini di responsabilità contrattuale, pone in essere una violazione del fondamentale principio di uguaglianza.

Una cosa è certa: l'art. 7 sembra aver consacrato *“un definitivo ‘ritorno al passato’ che non tiene conto dei progressi giurisprudenziali e dell'affidamento su di essi serbato dai pazienti-cittadini, i quali risultano così negativamente aggravati in punto di tutela”<sup>36</sup>.*

## **5.8. Tentativo obbligatorio di conciliazione**

---

<sup>35</sup> C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, in [www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it), 2016.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

L'articolato prosegue con una norma “*sicuramente positiva per il paziente*”<sup>37</sup> e cioè il tentativo obbligatorio di conciliazione.

In base al disposto dell'articolo 8 chi intenda esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria sarà tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696 *bis* del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente.

La presentazione del ricorso costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento.

In tali casi non trova applicazione l'articolo 5, comma 1 *bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28<sup>38</sup>, né l'articolo 3 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132<sup>39</sup>, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. L'improcedibilità dovrà essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza e, ove il giudice dovesse rilevare che il procedimento<sup>40</sup> non è stato espletato ovvero che è iniziato, ma non si è concluso, assegnerà alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ai fini della conciliazione, ovvero di completamento del procedimento.

Ai sensi del comma 3, ove la conciliazione non dovesse riuscire o il procedimento non si dovesse concludere entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diverrà procedibile e gli effetti della stessa saranno salvati se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, sarà stato depositato presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1 il ricorso di cui all'articolo 702 *bis* del codice di procedura civile.

In tal caso il giudice dovrà fissare l'udienza di comparizione delle parti<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, 3/2016.

<sup>38</sup> *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*.

<sup>39</sup> *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*.

<sup>40</sup> Di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.

<sup>41</sup> Si applicano gli articoli 702 *bis* e seguenti del codice di procedura civile.

L'articolo ricorda, infine, che *“la partecipazione al procedimento di accertamento tecnico preventivo di cui al presente articolo è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10, e per tutta la durata del procedimento”* e che *“in caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione”*.

Anche se i precedenti tentativi di rendere obbligatoria la conciliazione *“si sono infranti di fronte alla resistenza del mondo giuridico”*<sup>42</sup>, la speranza è che la maggior precisione della presente norma ne favorisca, in qualche modo, l'attuazione.

### **5.9. Azione di rivalsa**

La legge affronta poi l'istituto della rivalsa.

Le questioni legate alla materia rivestono interesse relativamente alle franchigie dei contratti di assicurazione ed ai periodi di scopertura assicurativa, che si verificano in caso di mancata partecipazione delle compagnie assicuratrici alle gare pubbliche indette dalle aziende sanitarie.

Da alcuni anni il tema della rivalsa ha assunto importante rilievo pratico, posto che varie regioni hanno adottato un sistema di autogestione assicurativa (denominato anche di autoritenzione o di autoassicurazione) del Servizio Sanitario ed altre hanno optato per franchigie elevatissime (500.000 euro).

Si stabilisce, nello specifico, che l'azione di rivalsa potrà essere esercitata nei confronti dell' esercente la professione sanitaria soltanto in caso di dolo o colpa grave.

Tale disposto riprende le fonti normative da tempo esistenti in materia di rivalsa nei confronti del dipendente pubblico, sottolineando che tale azione è connessa al solo *“caso di dolo o di colpa grave”*, ma propone una equivoca voce verbale *“può”*.

---

<sup>42</sup> A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, 3/2016.

È impensabile, infatti, che “il ‘può’ stia ad indicare una mera facoltà della struttura sanitaria”<sup>43</sup>, perché ciò renderebbe di fatto inefficace il disposto dell’art. 22 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, “*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*”, in base al quale “*L’amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest’ultimo[...]*”.

Si prevede poi, al comma 2, che qualora il danneggiato nel giudizio di risarcimento del danno, non abbia convenuto anche l’esercente la professione sanitaria, l’azione di rivalsa nei confronti di quest’ultimo possa essere esercitata soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale e debba essere esercitata, a pena di decadenza, entro un anno dal passaggio in giudicato del titolo sulla base del quale è avvenuto il pagamento ovvero dal pagamento in caso di risarcimento avvenuto sulla base di un titolo stragiudiziale.

I commi 3 e 4 precisano, comunque, che “*La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l’impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l’esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio*” e che “*In nessun caso la transazione è opponibile all’esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa*”.

Il comma 5 prosegue stabilendo che “*in caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, l’azione di rivalsa nei confronti dell’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 dell’articolo 7 deve essere esercitata dinanzi al giudice ordinario ed è esclusa la giurisdizione della Corte dei conti*”.

Si esclude così il possibile intervento della Corte dei conti.

Per quanto attiene la misura della rivalsa, in caso di colpa grave questa non potrà comunque superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Sull’argomento v. D. RODIRGUEZ, A. APRILE *Responsabilità professionale. Tutti i dubbi sulla “rivalsa” della struttura sanitaria nei confronti dei professionisti sanitari dipendenti*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>44</sup> Lo stesso dicasi in caso di accoglimento della domanda proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria privata.

Quale che sia l'entità del risarcimento dovuto al danneggiato, quindi, la rivalsa non potrà superare una cifra ben nota all'atto della stipula del contratto.

Questo non può non incidere sui contratti di assicurazione, che dovranno commisurare il premio – a questo punto, ci si augura ragionevolmente contenuto – al rischio massimo, noto, pari alla retribuzione lorda di un triennio del professionista assicurato.

L'unica obiezione dell'assicuratore potrebbe derivare dalla previsione di una reiterata ricorrenza di "colpa grave" in capo ad un medesimo professionista, ma è facile affermare che si tratta di evento che l'esperienza insegna essere raro.

Dal testo del d.d.l. Gelli, peraltro, *“non si evince che, in caso di plurime richieste di rivalsa, il tetto previsto possa conformemente moltiplicarsi”*<sup>45</sup>.

Si prevede, poi, che per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di rivalsa, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non potrà essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti né potrà partecipare a pubblici concorsi per incarichi superiori.

Nella sua attuale stesura<sup>46</sup> l'art. 9 *“ha assunto nel suo complesso una forma più discreta”*, nel senso che *“non è più così enfatico nel ribadire, espressamente e più volte, il ruolo della struttura sanitaria quale promotrice dell'azione di rivalsa”*<sup>47</sup>.

Tale ruolo resta comunque centrale anche nella nuova versione, posto che è scomparso il precedente comma 8, che ricordava l'esercizio dell'azione erariale da parte della procura presso la Corte dei conti e che quindi l'intero articolo è dedicato all'azione di rivalsa solo da parte della struttura sanitaria.

Nella rinnovata stesura dell'art. 9 si osserva come non vi sia più menzione della procedura della comunicazione, descritta nella anteriore redazione del comma 3.

---

<sup>45</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>46</sup> Bisogna ricordare che prima di essere sottoposto all'esame della Camera, recependo la condizione n. 5 posta nel parere della II Commissione, l'art. in esame è stato integralmente modificato (emendamento 9.100 del Relatore).

<sup>47</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

Questo aspetto è ora riproposto nell'art. 13, il cui contenuto è analogo a quello della prima frase del precedente comma 3.

Persiste, dunque, in capo alle strutture sanitarie e alle compagnie di assicurazione l'obbligo di comunicazione al professionista dell'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato<sup>48</sup>.

Il disposto dell'art. 13 evita che un giudizio sostenuto contro la struttura possa realizzarsi all'insaputa del professionista coinvolto nei fatti contestati dal danneggiato.

Non è stato comunque reiterato il dettato del precedente comma 4, che prevedeva che *“l'omissione o la incompletezza della comunicazione preclude l'ammissibilità del giudizio di rivalsa”*.

Secondo parte della dottrina *“la disposizione attuale non sembra, quindi, tutelare adeguatamente il professionista che non sia stato avvisato del giudizio di risarcimento”*<sup>49</sup>.

È ben vero che, nella predetta circostanza, la decisione pronunciata *“non fa stato”*, ma è altrettanto vero che proprio siffatta decisione è logico presupposto per avviare l'azione di rivalsa da parte della struttura.

Infatti, nel caso che il giudizio si sia concluso riconoscendo la legittimità delle pretese del danneggiato, il professionista sarà richiesto di rivalsa da parte della struttura, essendosi concretizzata una delle condizioni previste nel comma 2: quella della azione da esercitare *“successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale”*.

Una volta avviata l'azione di rivalsa, insomma, *“il professionista potrà sempre difendersi, ma la difesa sarà più complessa, perché egli dovrà contrastare un teorema*

---

<sup>48</sup> L'opportunità di una comunicazione precoce al professionista sanitario quale quella contemplata dall'art. 13 deriva dal fatto che, soprattutto in caso di autogestione assicurativa o di franchigie elevatissime, ma anche nel caso di franchigie relativamente modeste e/o di temporanea scopertura assicurativa, possa frequentemente sorgere conflitto di interessi fra il professionista e la struttura sanitaria, che non ha alcun dovere e, spesso, alcun vantaggio, a difendere la specifica condotta di un dato professionista. Anzi, la struttura sanitaria potrebbe, almeno in alcuni casi, assumere un atteggiamento difensivo particolarmente blando, accettando le richieste del ricorrente ed utilizzando la sede processuale per dare risalto a situazioni che evidenzino gravi lacune nell'operato del professionista.

<sup>49</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Rivalsa delle strutture sanitarie nei confronti dei professionisti dipendenti: il nuovo look del Ddl Gelli non risolve tutti i problemi*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

*accusatorio già ben strutturato, confortato da fatti accertati nel corso del giudizio di risarcimento del danno promosso contro la struttura sanitaria*<sup>50</sup>.

Invero, nonostante il comma 3 preveda che la sentenza pronunciata all'esito del giudizio nel quale l'esercente la professione medico-sanitaria non sia stato parte non faccia "stato", cionondimeno le prove raccolte in quel processo potranno, ai sensi del comma 7, essere utilizzate quali argomenti di prova dal giudice investito dell'azione di rivalsa<sup>51</sup>.

Per la verità, la disposizione dettata dal comma 7 sembra stridere con il disposto della nostra Carta costituzionale, e segnatamente con l'art. 24, in quanto ritenere applicabili a taluno fatti accertati senza accordargli la facoltà del contraddittorio, ancorché degradandoli a meri argomenti di prova che il giudice può utilizzare, lede il diritto di difesa.

Secondo la dottrina citata, *"venuto meno il combinato disposto dei commi 3 e 4 della vecchia stesura, l'art. 9 non sembra più, in caso di comunicazione omessa o incompleta, idoneo a garantire al professionista di essere messo in condizione di costruire da subito la propria difesa"*<sup>52</sup>.

Ciò potrà essere garantito solo ove egli venga precocemente a conoscenza dell'instaurazione del giudizio risarcitorio nei confronti della struttura<sup>53</sup>.

Carente e opinabile appare pure la nuova stesura dell'art. 9 per quanto riguarda la fase stragiudiziale.

Merito dell'attuale versione dell'art. 9 è aver introdotto, nel comma 4, il tema della transazione, ovviamente extragiudiziale.

La transazione, se non è opponibile in sé, costituisce però titolo per promuovere l'azione di rivalsa da parte della struttura sanitaria.

---

<sup>50</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Rivalsa delle strutture sanitarie nei confronti dei professionisti dipendenti: il nuovo look del Ddl Gelli non risolve tutti i problemi*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>51</sup> D'altro canto il comma 7 sembra abbastanza chiaro nel prevedere che *"Nel giudizio di rivalsa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione"*.

<sup>52</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Rivalsa delle strutture sanitarie nei confronti dei professionisti dipendenti: il nuovo look del Ddl Gelli non risolve tutti i problemi*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>53</sup> E, nei casi in cui egli non sia convenuto in giudizio, la conoscenza può essere realizzata con lo strumento della menzionata comunicazione da parte della struttura sanitaria come previsto dall'art. 13.

La speranza è, dunque, che nella legge che scaturirà dal d.d.l. venga opportunamente stabilito *“l’obbligo della comunicazione al professionista da parte della struttura sanitaria in caso non solo di giudizi di risarcimento in cui sia convenuta solo la struttura (come contemplato dall’art. 13), ma anche di richieste di risarcimento stragiudiziali”*<sup>54</sup>.

Allo stesso modo è auspicabile che venga introdotto un disposto *“che stabilisca che in qualsiasi ambito, giudiziario e stragiudiziale, non solo le valutazioni conclusive (e le connesse decisioni), ma anche tutti gli accertamenti comunque svolti in assenza dei professionisti interessati o dei loro rappresentanti o consulenti non possano essere considerati prove della gravità della colpa del professionista”*<sup>55</sup>.

#### **5.10. Obbligo di assicurazione**

L’art. 10, comma 1 disciplina l’assicurazione obbligatoria per le aziende del Servizio Sanitario Nazionale: *“Le aziende del Servizio sanitario nazionale, le strutture e gli enti privati operanti in regime autonomo o di accreditamento con il Servizio Sanitario Nazionale che erogano prestazioni sanitarie a favore di terzi devono essere provvisti di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d’opera, ai sensi dell’articolo 27, comma 1 bis, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso l’azienda, la struttura o l’ente.”*<sup>56</sup>.

Ad un primo sguardo, può sembrare che il citato comma 1 bis dell’art. 27 sia ripreso testualmente nel comma 1 dell’art. 10 del d.d.l. “Gelli”.

Il d.d.l. riporta in verità, rispetto al comma 1 bis dell’art. 27, una precisazione peculiare: esso cita infatti la *“responsabilità civile verso terzi”*, connettendola espressamente a *“danni cagionati dal personale...”*.

---

<sup>54</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *op. cit.*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>55</sup> *Ibidem*

<sup>56</sup> La disposizione si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria nonché attraverso la telemedicina.

Si tratta di una puntualizzazione “*da intendere quale richiamo al fatto che le aziende devono assumere su di sé l'obbligo di risarcire, mediante assicurazione, i danni cagionati dal personale, non solo dipendente ma 'a qualunque titolo operante' non solo nell'azienda ma anche 'presso l'azienda', in qualsiasi luogo cioè si trovi ad agire per fini istituzionali aziendali*”<sup>57</sup>.

Già il comma 1 *bis* dell'art. 27 era stato interpretato come esprime la volontà del legislatore di porre a carico delle aziende il risarcimento dei danni provocati dal personale comunque operante per conto delle stesse; adesso il comma 1 dell'art. 10 del d.d.l. Gelli rinforza questa interpretazione tramite questa precisazione ed è perciò pacifico che “*fra i danni cagionati dal personale e per i quali esiste in capo alle aziende l'obbligo di assicurarsi, sono da comprendere anche quelli causati dalla condotta colposa del personale stesso*”<sup>58</sup>.

In materia di assicurazione obbligatoria delle aziende del S.S.N., il d.d.l. Gelli reitera comunque un'espressione peculiare - “*altre analoghe misure*” - del suddetto comma 1 *bis* dell'art. 27 del d.l. 90 del 2014, convertito nella legge 114 (dello stesso anno).

L'obbligo contemplato sia dal d.d.l. “Gelli” sia dal d.l. 90, è che le aziende siano provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile.

La locuzione “*altre analoghe misure*” è, di primo acchito, “*imperscrutabile*”<sup>59</sup>.

Dal punto di vista pratico, il problema fondamentale dell'interprete è, quindi, di stabilire se fra le predette “*analoghe misure*” vada altresì ricompreso il sistema, adottato da varie regioni, della cosiddetta autogestione assicurativa o autoassicurazione, opportunamente meglio denominato di autoritenzione, nella cui logica rientrano anche le scelte di quelle regioni che hanno optato per franchigie elevatissime (500.000 euro).

---

<sup>57</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Così la definiscono D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

Certo è che *“solo e soltanto questa interpretazione delle analoghe misure può legittimare l'adozione di siffatto sistema da parte delle regioni”*<sup>60</sup>.

Anche se, a ben vedere, soprattutto con riferimento all'autorizzazione totale, *“è paradossale ritenere analoga alla assicurazione una misura che non si basa assolutamente sulla assicurazione”*<sup>61</sup>.

Sembrerebbe quasi che si voglia, per così dire, celebrare l'assicurazione valorizzando la non-assicurazione.

Si tratta di espressione che *“non si presta ad una interpretazione univoca e certa, neppure analizzandone il significato nel contesto degli altri passi del d.d.l. Gelli in cui essa figura”*<sup>62</sup>.

Il comma 4<sup>63</sup> dell'art. 10, ad esempio, offre un suggerimento interpretativo che conforta la tesi per cui l'autorizzazione non debba essere considerata compresa tra le *“altre analoghe misure”*, dal momento che in quel comma 4, l'espressione viene arricchita di alcuni dettagli esplicativi che la definiscono in modo non equivoco: *“altre analoghe misure che determinano la copertura assicurativa”*.

In senso contrario sembra, invece, esprimersi il comma 6<sup>64</sup> del medesimo articolo, il quale, prevedendo *“i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio,*

---

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *“Le aziende, le strutture e gli enti di cui al comma 1 rendono nota, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, la denominazione dell'impresa che presta la copertura assicurativa, indicando per esteso i contratti, le clausole assicurative ovvero le altre analoghe misure che determinano la copertura assicurativa.”*

<sup>64</sup> *“Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti l'IVASS, l'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, nonché le associazioni di tutela dei pazienti, sono determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie. Il medesimo decreto stabilisce i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio, richiamate dal comma 1; disciplina altresì le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di assicurazione.”*

*richiamate dal comma 1*”, sembra consentire di far rientrare l’autoritenzione fra le “*altre analoghe misure*”.

Le conseguenze dell’una o dell’altra interpretazione sono rilevanti, anche “*perché condizionano il significato di altre parti del d.d.l. Gelli*”, ed in particolare “*investono il concetto di adeguatezza della copertura, contemplata, nel comma 3 dell’art. 10, relativamente alla prescrizione a tutti professionisti sanitari di assicurarsi per la rivalsa esercitata da parte dell’azienda*”<sup>65</sup>.

Se si dovesse consentire l’autoritenzione, lo scenario dipinto dal d.d.l. Gelli vedrebbe infatti le aziende delle varie regioni non assicurate, perché in autoritenzione, e sollecitate, vista la necessità di poter compensare i costi connessi ad un siffatto sistema, a contestare la colpa grave ai professionisti (i quali dovranno quindi essere adeguatamente assicurati per la rivalsa).

Qualora il comma 1 dell’art. 10 del d.d.l. Gelli dovesse essere approvato in via definitiva confermando la clausola dell’ammissibilità di “*altre analoghe misure*”, senza fornire una definizione di quali siano queste analoghe misure, esso finirà, quindi, “*con l’ammettere il principio, che sembrerebbe voler invece contrastare*”<sup>66</sup>, che le aziende possano non essere assicurate.

Qualora invece, l’intenzione del legislatore fosse stata quella di ammettere la possibilità che le aziende non siano, in senso proprio, assicurate, allora, in fin dei conti, il comma 1 sarebbe potuto anche non esistere, “*posto che reca una disciplina inutile e contraddittoria, richiedendo la prassi dell’assicurazione obbligatoria, ma ammettendo anche misure che non hanno carattere di assicurazione*”<sup>67</sup>.

In sintesi, quindi, qualora la legge che scaturirà dal d.d.l. Gelli dovesse continuare a consentire di adottare l’autoritenzione quale misura analoga alla assicurazione, si avrà uno scenario caratterizzato da aziende assicurate in senso proprio ed aziende organizzate con “*altre misure*”, cioè concretamente non assicurate, e per le aziende in

---

<sup>65</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

autoritenzione, si realizzerà, quasi certamente, *“l’esigenza di promuovere azioni di rivalsa, favorite dalla mancanza di chiara definizione del concetto di colpa grave, al fine di demandare ad altri (il professionista improvvidamente non assicurato o la sua compagnia di assicurazione) l’onere risarcitorio”*<sup>68</sup>.

Occorre da ultimo osservare che il d.d.l. Gelli non menziona un'assicurazione per responsabilità civile del professionista dipendente.

Il comma 2 dell'art. 10, che conferma i riferimenti normativi in base ai quali vige l’obbligo dell’assicurazione personale, riguarda unicamente il professionista sanitario *“che svolga la propria attività al di fuori di un’azienda”*.

L'assicurazione personale per il professionista dipendente sembrerebbe<sup>69</sup> quindi facoltativa.

Gli ultimi commi fissano, infine, dei requisiti minimi delle polizze da fissarsi con decreto ministeriale.

### **5.11. Estensione della garanzia assicurativa**

L’art. 11 prevede che la garanzia assicurativa *“è estesa anche agli eventi accaduti durante la vigenza temporale della polizza e denunciati dall’assicurato nei cinque anni successivi alla scadenza del contratto assicurativo”* e che *“le imprese di assicurazione possono estendere l’operatività della garanzia assicurativa anche a eventi accaduti nei cinque anni antecedenti alla conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati alla impresa durante la vigenza temporale della polizza”*.

In caso di cessazione definitiva dell’attività professionale per qualsiasi causa dovrà, comunque, essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> D. RODRIGUEZ, A. APRILE, *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>69</sup> Il condizionale è d’obbligo, dato che le norme menzionate nel comma 2 dell’art.10 concernono tutti gli esercenti le professioni sanitarie, quindi anche i dipendenti e non solo i liberi professionisti, gli unici ad essere richiamati nel citato comma 2.

<sup>70</sup> Ultrattività che è, comunque, estesa agli eredi e non assoggettabile alla clausola di disdetta.

### **5.12. Azione diretta del soggetto danneggiato**

L'art. 12 disciplina l'azione diretta del soggetto danneggiato.

Nell'assicurazione per la responsabilità civile, l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore è ammessa soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, mentre in tutti gli altri casi l'assicuratore è obbligato solo nei confronti dell'assicurato a tenerlo indenne da quanto questi debba pagare ad un terzo cui ha provocato un danno. Sicché, al di fuori delle eccezioni indicate dalla legge, soltanto l'assicurato è legittimato ad agire nei confronti dell'assicuratore e non anche il terzo, nei confronti del quale l'assicuratore non è tenuto per vincolo contrattuale né *ex lege*<sup>71</sup>. La previsione dell'azione diretta del danneggiato (e, come vedremo in seguito, l'istituzione di un fondo di garanzia) è dunque una particolarità dalla quale è possibile desumere che, agli occhi del legislatore, il risarcimento del danno in ambito medico abbia assunto, ormai, proporzioni tali da farlo assurgere penalmente ad interesse sociale alla stregua dei danni prodotti dalla circolazione dei veicoli e dall'esercizio della caccia.

Facendo salve le disposizioni di cui all'art. 8, l'articolo in esame prevede quindi che *“il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa all'azienda, struttura o ente di cui al comma 1 dell'articolo 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10”*.

Il comma 2 stabilisce, comunque, come non siano opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie di cui all'articolo 10, comma 6, ma l'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nella misura in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o di ridurre la propria prestazione.

---

<sup>71</sup> Tribunale di Modena, sentenza n. 1823 del 28 novembre 2012.

Anche tali disposizioni confermano il carattere “sociale” che il legislatore intende imprimere alla disciplina del risarcimento del danno in campo sanitario, trattandosi di norma palesemente a favore del danneggiato.

Nel giudizio promosso contro l’impresa di assicurazione dell’azienda, struttura o ente a norma del comma 1, litisconsorte necessario sarà l’azienda, la struttura o l’ente medesimo; nel giudizio promosso contro l’impresa di assicurazione dell’esercente la professione sanitaria a norma del comma 1, litisconsorte necessario sarà invece l’esercente la professione sanitaria.

L’impresa di assicurazione ha diritto di accesso alla documentazione della struttura sanitaria relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro.

Il termine di prescrizione dell’azione del danneggiato nei confronti dell’impresa di assicurazione è il medesimo previsto per l’azione verso l’azienda sanitaria, la struttura, l’ente assicurato o l’esercente la professione sanitaria.

### **5.13. Obbligo di comunicazione all’esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità**

Come abbiamo già visto il disposto dell’art. 13 evita che un giudizio promosso contro la struttura possa realizzarsi all’insaputa del professionista coinvolto nei fatti contestati dal danneggiato.

L’art. 13 prevede infatti l’obbligo, a carico delle strutture sanitarie e sociosanitarie di cui all’articolo 7, comma 1, e delle imprese di assicurazione che prestano la copertura assicurativa nei confronti dei soggetti di cui all’articolo 10, commi 1 e 2, di comunicazione<sup>72</sup> all’esercente la professione sanitaria dell’introduzione nei loro confronti del giudizio promosso dal danneggiato.

Come abbiamo già detto trattando l’istituto della rivalsa, per operare correttamente l’obbligo della comunicazione al professionista da parte della struttura sanitaria dovrebbe, auspicabilmente, essere esteso anche ai casi di richieste di risarcimento stragiudiziali.

---

<sup>72</sup> Che dovrà avvenire “...entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell’atto introduttivo, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento contenente copia dell’atto introduttivo del giudizio”.

#### **5.14. Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria**

All'articolo 14 viene istituito un fondo di garanzia per i soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria presso la CONSAP, teso a risarcire i danni cagionati da responsabilità sanitaria nelle ipotesi in cui: gli importi eccedano i massimali previsti dai contratti stipulati dalla struttura sanitaria o dall'esercente la professione sanitaria; la struttura o il medico siano assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro sia in stato di insolvenza o di liquidazione coatta.

Il fondo sarà alimentato da un contributo, percentualmente parametrato ai premi incassati per tali contratti, che le imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni da responsabilità sanitaria dovranno versare annualmente alla CONSAP.

Come abbiamo anticipato parlando dell'azione diretta del danneggiato, la previsione di un fondo di garanzia rappresenta un'ulteriore prova del rango di interesse sociale che assumerà il risarcimento del danno in ambito sanitario se la proposta di legge in esame dovesse entrare in vigore.

#### **5.15. Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio, dei consulenti tecnici di parte e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria**

L'art. 15 è dedicato al tema della scelta dei periti.

*Vexata quaestio*, perché “una scelta sbagliata all'inizio dell'iter processuale comporta spese e giudizi successivi”<sup>73</sup>.

L'art. 15 prevede, quindi, che “nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria implicanti la valutazione di problemi tecnici complessi, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del

---

<sup>73</sup> A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, 3/2016.

*procedimento, avendo cura che i soggetti nominati non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi”.*

Per far ciò lo stesso articolo prevede, ai commi 2 e 3, che gli albi dei consulenti tecnici<sup>74</sup> e dei periti<sup>75</sup> debbano “*essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire [...] un’idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche dell’area sanitaria*” e che, negli stessi, debbano “*essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina*”.

#### **5.16. Modifiche alla legge 28 dicembre 2015, n. 208, in materia di responsabilità professionale del personale sanitario**

L’art. 16 prevede due sostituzioni.

All’articolo 1, comma 539, lettera a), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, il secondo periodo è sostituito dal seguente: “*I verbali e gli atti conseguenti all’attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell’ambito di procedimenti giudiziari.*”.

All’articolo 1, comma 540, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, invece, le parole da “*ovvero*” fino alla fine del comma sono sostituite dalle seguenti: “*...in medicina legale ovvero da personale dipendente con adeguata formazione e comprovata esperienza almeno triennale nel settore*”.

Si tratta di una norma tesa a specificare meglio quali esperti possano gestire il *risk management* e a chiarire che gli atti conseguenti all’attività di gestione del rischio clinico (gli *audit*, la *peer review*, il *mortality and morbidity*) non possano essere acquisiti o utilizzati nell’ambito di procedimenti giudiziari.

#### **5.17. Clausola di salvaguardia e clausola di invarianza finanziaria**

Gli ultimi due articoli prevedono le clausole di salvaguardia e le ormai consuete clausole di invarianza finanziaria.

---

<sup>74</sup> Di cui all’articolo 13 delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368.

<sup>75</sup> Di cui all’articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

L'art. 17 chiarisce che *“le disposizioni della presente legge sono applicabili nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione, anche con riferimento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”*.

L'art. 18 ribadisce, invece, per l'ennesima volta che *“le amministrazioni interessate provvedono all'attuazione delle disposizioni di cui alla presente legge nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”*.

## **6. Riflessioni conclusive sul d.d.l. Gelli/Bianco**

Le reazioni registrate al primo passaggio in aula del d.d.l. Gelli, da parte di sindacati medici e di esperti di *risk management*, sembrano essere state di *“evidente soddisfazione”*<sup>76</sup>.

La riforma della responsabilità sanitaria, ormai in fase di approvazione definitiva, segna sicuramente una svolta importante per tutti, medici e pazienti, e *“rappresenta comunque un successo per la Politica, che ha avuto il coraggio e la capacità di mettere mano ad una riforma, da più tempo annunciata ma finora mai attuata, senza attendere - come sempre più spesso è avvenuto in passato - che fosse la magistratura chiamata a risolvere i problemi su cui il Parlamento non aveva saputo o voluto intervenire”*<sup>77</sup>.

Detto questo, tutto è perfettibile o più semplicemente migliorabile e, anche se il testo oggi al Senato è davvero decisamente migliorativo rispetto a quello iniziale, si registra il permanere di alcune criticità<sup>78</sup>.

Le critiche che erano state operate sul d.d.l. Gelli approvato in aula concernevano principalmente:

---

<sup>76</sup> Come evidenzia L. BENCI, *D.d.l. Gelli e bilanciamento interessi pazienti: obiettivo raggiunto?*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>77</sup> M. M. GIUNGATO, *Responsabilità professionale. Difensore civico: una partecipazione paritetica può ridurre il contenzioso. E non solo.*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>78</sup> Come osserva L. BENCI, *Ddl Gelli e bilanciamento interessi pazienti: obiettivo raggiunto?*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

- a) il mancato finanziamento del sistema di prevenzione dei rischi, l'accentramento in capo al medico igienista della figura del *risk manager* e la mancanza di garanzia di riservatezza e confidenzialità dei verbali degli *audit* interni con il rischio di vanificare l'intero percorso preventivo;
- b) la segnalazione (anche) anonima delle disfunzioni al difensore civico;
- c) le “*buone pratiche clinico assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida*” delle società scientifiche, che costituiranno efficacia esimente, valide solo se provenienti da organismi “accreditati” presso il ministero con il conseguente rischio di perdita dell'autonomia professionale e, financo, di invadenza della politica;
- d) una depenalizzazione dell'attività sanitaria che rischia di vanificare una parte della domanda di giustizia da parte dei cittadini;
- e) una inversione dell'onere della prova per i professionisti non adeguatamente controbilanciata da altre norme;
- f) le criticità dell'azione di rivalsa;
- g) l'obbligo di assicurazione, anche per i professionisti dipendenti, senza le adeguate norme sulle società assicuratrici che, ad oggi, propongono prodotti assicurativi che non offrono una reale sicurezza in molti casi<sup>79</sup>.
- h) i paventati rischi di incostituzionalità

Per quanto attiene il punto sub a) il problema del mancato finanziamento delle attività di prevenzione del rischio permane.

Quindi tanto le attività stralciate dal d.d.l. Gelli nella legge di stabilità 2016, quanto la costituzione del Centro regionale del rischio sanitario e dell'Osservatorio nazionale

---

<sup>79</sup> *Ibidem*; le criticità principali del d.d.l. in esame, dal punto di vista dei medici, concernono invece: “a) la mancata previsione della formazione obbligatoria alla sicurezza del paziente e al rischio clinico, insito nella quotidianità della prassi; b) la carente comprensione che il fine delle analisi interne (gli *audit*) sugli eventi avversi, avvenuti o impediti per tempo, è volto all'interesse dei pazienti e non alla punizione del colpevole; c) l'omessa o dimenticata istituzione di un organismo indipendente di validazione e monitoraggio delle linee guida (argomento assai complicato) onde arginare il conflitto di interesse; d) alcune rigidità degli strumenti di rivalsa; e) la mancanza di un tetto ai risarcimenti e di tabelle ministeriali di riferimento; f) il mancato obbligo di assicurare e il mancato controllo sugli assicuratori perché non si creino distorsioni nel mercato”. (v. A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 3/2016, 376.)

sulla sicurezza devono avvenire “*senza o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*” secondo la “*pigra dicitura del mancato finanziamento*”<sup>80</sup>.

Viene così messa a rischio l’attuazione di tutta la parte preventiva o, quanto meno, la reale incidenza preventiva rispetto alla situazione attuale.

Un servizio sanitario sempre più defanziato e l’attivazione a costo zero o, nel migliore dei casi, *low cost* delle attività preventive rischiano, infatti, di vanificare i risultati attesi e sperati.

Bene invece la sottrazione “*dei verbali*” di gestione del rischio all’attività giudiziaria, dal momento che la loro inclusione avrebbe reso impossibile l’intera attività.

Bene anche l’estensione della figura del *risk manager* ai medici legali e ad altro personale sanitario, visto che il monopolio previsto per gli igienisti e, soprattutto, l’esclusione di altro personale sanitario non trovava alcuna ragione logica di esistere.

Cassata con buone ragioni anche la pericolosa segnalazione anonima delle disfunzioni al difensore civico “*che avrebbe incentivato pericolosi comportamenti delatori con lo scudo dell’anonimato*”<sup>81</sup>.

Resta, tuttavia, in piedi l’elenco delle società scientifiche accreditate dal ministero che saranno le depositarie ufficiali, non del sapere (dal momento che nessuno può impedire la emanazione di linee guida a società scientifiche non presenti nell’elenco), bensì dell’efficacia esimente dell’esclusione della colpa grave nei comportamenti professionali.

I rischi paventati sono noti: una forte burocratizzazione dell’attività professionale e, soprattutto, una limitazione delle innovazioni.

I comportamenti professionali potranno costantemente essere confrontati con il discostamento dalle linee guida e dalle buone pratiche consultando il sito dell’Istituto Superiore di Sanità che diventerà il punto di riferimento “forense” per eccellenza.

Un comportamento non conforme rischia di essere immediatamente catalogato come inappropriato, o peggio ancora, in taluni casi marchiato in automatico come colpa

---

<sup>80</sup> L. BENCI, *Ddl Gelli e bilanciamento interessi pazienti: obiettivo raggiunto?*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>81</sup> L. BENCI, *Ddl Gelli e bilanciamento interessi pazienti: obiettivo raggiunto?*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

grave, vista la generale previsione dell'articolo 5 del d.d.l. che stabilisce come principio generale di tutti gli esercenti le professioni sanitarie un esercizio professionale che impone di “*attenersi*” alle linee guida e buone pratiche accreditate.

Non si capisce, poi, se la funzione dell'Istituto Superiore di Sanità sia di reale controllo o sia meramente notarile e, eventualmente nel primo caso, se possa esserci una responsabilità dell'Istituto stesso in caso di pubblicazione di linee guida errate.

È sparita inoltre la norma transitoria che, nelle more dell'applicazione del nuovo regime (accreditamento delle società scientifiche e pubblicazione sul sito dell'Istituto superiore di sanità) lasciava in vigore l'attuale situazione prevista dalla legge Balduzzi; si rischia così un pericoloso vuoto normativo.

Per quanto riguarda le disposizioni contenute nell'art. 6, restano in piedi quasi tutte le argomentazioni poste dal Tribunale di Milano (ordinanza 21 febbraio 2013) per sollevare la questione di legittimità costituzionale del decreto Balduzzi.

Confermato l'obbligo di assicurazione anche per i professionisti dipendenti - con oneri a proprio carico - con una novità rilevante costituita dall'interessante articolo 11, denominato “*Estensione della garanzia assicurativa*”.

Tutte le polizze sulla responsabilità sanitaria sono oggi stipulate con la formula “*claims made*”, che limita la copertura assicurativa al tempo della vigenza del contratto e non al tempo dell'accadimento del sinistro.

Il d.d.l. estende in ogni caso la copertura ai cinque anni successivi alla scadenza del contratto e “*può*” anche applicare la retroattività sempre quinquennale.

In caso di cessazione dell'attività professionale è prevista un'ultrattività decennale. Interessante anche la previsione dell'articolo 10 sulla fissazione dei requisiti minimi delle polizze da stabilirsi con decreto ministeriale anche se non si comprende in quali tempi<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Su questo aspetto sono condivisibili le preoccupazioni manifestate da T. ACETI (intervista su [www.quotidiantosanita.it](http://www.quotidiantosanita.it)).

Le previsioni sulle assicurazioni sono le innovazioni più significative apportate dall'aula in quanto “*fanno venire meno i sospetti – intollerabili – di un atteggiamento del legislatore condiscendente verso le assicurazioni stesse*”<sup>83</sup>.

In realtà manca ancora un punto fondamentale tipico dell'obbligo assicurativo: l'obbligo a contrarre da parte delle imprese assicuratrici.

Sulle criticità legate all'azione di rivalsa è inutile soffermarsi ulteriormente.

Come detto in apertura il testo attuale del d.d.l. Gelli risulta significativamente migliore del precedente, ma anche se molte criticità sono state corrette, molte altre restano in piedi.

Infine, se da un lato si è perseguita la finalità di deflazionare il contenzioso introducendo una *fictio iuris*, ossia che il rapporto medico/paziente non sia di natura contrattuale, escludendo in tal modo il relativo regime quanto a distribuzione dell'onere della prova e durata del termine di prescrizione, dall'altro non pare che le attività preventive siano idonee alla riduzione degli errori atteso il loro esplicito mancato finanziamento.

Infatti, come abbiamo già sottolineato, tutte le attività di prevenzione – sia quelle già anticipate in stabilità sia quelle contenute nel d.d.l. – non sono finanziate e risulta quindi difficile pensare, visti i tempi, grandi impegni di spesa su attività che rischiano di rimanere sulla carta.

Valutando, dunque, complessivamente il d.d.l. rispetto alle finalità di bilanciamento che dichiaratamente intendeva perseguire, si osserva come “*tale bilanciamento non risulti*” poi così “*riuscito*”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> L. BENCI, *Ddl Gelli e bilanciamento interessi pazienti: obiettivo raggiunto?*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

<sup>84</sup> Si tratta delle riflessioni svolte da L. BENCI, *Ddl Gelli e bilanciamento interessi pazienti: obiettivo raggiunto?*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

## CONCLUSIONI

Abbiamo visto come l'interpretazione prevalente dell'art. 32 Cost. (o per meglio dire del combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost.) riconosca la massima ampiezza possibile al principio di autodeterminazione terapeutica, che si estende fino alla libertà del paziente di lasciarsi morire attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare.

Nonostante la chiarezza quasi lapalissiana della nostra Carta costituzionale il legislatore sembra voler continuare a porre un freno all'effettiva capacità dei privati di autodeterminarsi (quantomeno in merito a scelte terapeutiche che non incontrano il favore di certe forze politiche all'interno del Parlamento).

Il d.d.l. "Calabrò" (ad oggi il testo che più si è avvicinato all'entrata in vigore in materia di direttive anticipate di trattamento) presenta infatti così tante criticità che da più parti, in dottrina, è stata espressa la speranza che venisse insabbiato in virtù del principio per cui è "*meglio nessuna legge che una cattiva legge*".

Dinanzi a un testo siffatto risulta assai difficile, invero, anche per me credere che il desiderio che ha animato il legislatore fosse quello di garantire il diritto di autodeterminazione dei pazienti e non, piuttosto, quello di negare l'esercizio del diritto ai soggetti incapaci.

Sono in molti, perciò, ad essersi chiesti se non sia, a questo punto, meglio affidarsi ad una giurisprudenza illuminata che tenga conto del dettato costituzionale piuttosto che a soluzioni legislative con lo stesso in contrasto.

Il suddetto orientamento risulta, a mio modo di vedere, tanto condivisibile quanto, al tempo stesso, foriero di difficoltà nella soddisfazione pratica del diritto, ancorché riconosciuto in via giurisprudenziale.

Invero, il vuoto legislativo farebbe sì che ogni caso dovrebbe trovare una risoluzione in via giurisdizionale, così come è avvenuto per il caso Englaro.

Non si può, tuttavia, fare a meno di notare che ci sono voluti svariati anni e la saggezza "illuminata" dei singoli giudici costituenti quel determinato collegio della Suprema Corte per dare attuazione alla volontà espressa dall'interessata e che è stato anche merito della strenua tenacia con cui il padre si è battuto per il rispetto della dignità e dei diritti della figlia se si è giunti a una soluzione.

Non si può, però, chiedere ad ogni cittadino un tale impegno per vedere riconosciuti i propri diritti.

Ritengo, pertanto, che una regolazione sia essenziale al fine di dettare modalità tali da consentire e anzi agevolare l'esercizio del fondamentale diritto all'autodeterminazione, così come ritengo che in un rapporto medico-paziente, nel quale il malato non sia in condizioni tali da poter formulare e comunicare le sue scelte, potrebbero rendersi utili formalità che garantiscano la conoscibilità e la certezza della volontà, che altro non sono che i presupposti della cogenza delle disposizioni anticipate.

Dovrà certamente trattarsi di disposizioni di legge che, quantomeno, agevolino e garantiscano l'esercizio di un diritto che, come abbiamo più volte evidenziato, è formalmente e inderogabilmente riconosciuto dalla nostra stessa Carta costituzionale, e non di disposizioni tese a limitarlo.

Questa norma non dovrà e non potrà pertanto essere del tenore del cosiddetto d.d.l. "Calabrò", il quale, come sostenuto da più parti in dottrina, *"si occupa di qualcosa che nessuno al mondo intenderebbe come testamento biologico, perché nessuno al mondo pensa che le disposizioni di un testamento biologico possano non essere vincolanti per i sanitari e nessuno al mondo pensa che, in presenza di un testamento biologico, spetti ai sanitari, nel caso di conflitto, di avere l'ultima parola"*.

Un testo siffatto *"potrebbe al più, e forse in modo più appropriato, essere definito come una sorta di linee guida, mal redatte e inaccettabili, sui trattamenti di fine vita, in spregio del diritto di autodeterminazione"* perché *"solo in questo Paese v'è qualcuno che osa affermare che l'idratazione e la nutrizione artificiali non siano trattamenti sanitari e che quindi non possano essere accettate o rifiutate al pari di ogni atto medico, e perché solo in questo Paese v'è chi si azzarda a utilizzare lo strumento legislativo per definire per decreto se un certo trattamento è un atto medico oppure no"*<sup>1</sup>.

Se la legge Balduzzi, e ancor di più il recentissimo d.d.l. "Gelli", hanno registrato la volontà del legislatore di cercare (pur con tutte le criticità del caso) di porre un argine a

---

<sup>1</sup> Si tratta dell'opinione, da me condivisa (e peraltro largamente diffusa in dottrina), di V. POCAR, *Note (molto) critiche sul c.d. "Progetto Calabrò"*, in *op. cit.*, Giappichelli, Torino, 2011.

situazioni problematiche come quella della c.d. medicina difensiva, non si comprende per quale ragione lo stesso legislatore stenti ancora a intervenire seriamente sul tema delle direttive anticipate di trattamento e dell'eutanasia, quantomeno con provvedimenti che non sviscerino del tutto il diritto del cittadino di autodeterminarsi e che non privino il consenso del suo ruolo di presupposto indefettibile della legittimità del trattamento medico.

La soluzione certamente più idonea, nonché conforme al dettato dalla nostra Carta costituzionale, sarebbe infatti quella di dotarsi di una legge che facendo propri i principi stabiliti dalla CEDU, i principi stabiliti dalla Convenzione di Oviedo e, soprattutto, i principi contenuti all'interno della nostra Costituzione, riconosca con disposizioni non dissimili da quelle adottate in Belgio (uno tra gli ordinamenti più aperti alle istanze di autodeterminazione del singolo) il diritto di ogni individuo di decidere della propria vita anche nella fase finale della propria esistenza.

Negli ultimi mesi il legislatore sembra essersi mosso in questo senso, come si evince dal numero e dal tenore delle proposte di legge, in tema di biodiritto, attualmente all'esame del Parlamento, e la speranza è che si prosegua in questa direzione.

L'obiettivo di questo elaborato era quello di esaminare la situazione attuale e le prospettive future di regolamentazione sul delicatissimo tema del fine vita con la speranza che un giorno, non troppo lontano, l'Italia si adegui al resto dell'Europa e del mondo, disciplinando una volta per tutte fattispecie, quali l'eutanasia e le direttive anticipate di trattamento, che non possono e non devono rimanere prive di una normativa *ad hoc*.

Pertanto, anche se la vastità della materia e l'esiguità del tempo a mia disposizione non hanno consentito di sviscerare appieno le complesse tematiche sul tappeto, la speranza è di essere riusciti a fornire comunque un quadro che risulti quantomeno soddisfacente e limpido nel dimostrare quanto una regolamentazione in materia di direttive anticipate, e non solo, risulti ad oggi non soltanto auspicabile ma imprescindibile e doverosa.

## BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

### Bibliografia:

- AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible Coma*, in *Journal of American Medical Association*, 205, 1968.
- AMATO S., *I fuochi fatui del living will*, in *Jus*, 2005.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I*, Giuffrè, Milano, 2008.
- BARCARO R., *L'eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Franco Angeli, Milano, 1998.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BELLAGAMBA F., *Stato di necessità ed attività medico-chirurgica: profili di una relazione di incompatibilità*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Napoli, 2009.
- BIRNBAUM J. M. F., *Über das Erfodermis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rucksicht auf den Begriff der Ehrenkrankung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834.
- BOLOGNA C., *Il caso Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, n.2/2005.
- BOPP JR. J., AVILA D., *The Due Process "Right of Life" in Cruzan and its impact on "right-to-die" law*, in *53 University of Pittsburg Law Review*, 1991.
- BOTTI F., *Una legge contestata: l'eutanasia in Australia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di) *Saggi sull'eutanasia*, Giappichelli, Torino, 2011.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973.
- CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law*. In ricordo di Joel Feinberg, Giuffrè, Milano, 2010.
- CAGLI TORDINI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bonomia University Press, Bologna, 2008.
- CALÒ E., *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, in *Corriere giuridico*, n. 12/2007.

- CAMPANA T., *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle “linee guida” e responsabilità penale del medico*, in *Cass. pen.*, 2012.
- CAMPIGLIO C., *Rifiuto di cure e direttive anticipate: la prospettiva europea*. in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, Torino, 2011.
- CAMPIONE R., *“Caso Welby”: il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazione degli interpreti*, in *Fam. dir.*, 2007.
- CANESTRARI S., *Relazione di sintesi, le diverse tipologie di eutanasia; una legislazione possibile*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline.*, Giappichelli, Torino, 2003.
- CARAVITA B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. e soc.*, n. 1/1994.
- CARLASSARE L., *L’art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L’amministrazione sanitaria. Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione.*, Neri Pozza, Vicenza, 1967.
- CARUSI D., *Sulle spiccate singolarità del disegno parlamentare in tema di “alleanza terapeutica, consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento”*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova (2011)*, Giappichelli, Torino, 2011.
- CASALONE C., *La medicina di fronte alla morte. Tra eutanasia e accanimento terapeutico*, in *Aggiornamenti sociali on-line*, nn. 7-8, 2002.
- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, in *La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, Università degli studi di Trento, 2006.
  - *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2009.
  - *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in CASONATO C., FROSINI T. E., GROPPI T. (a cura di), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Vol. 3, 2009.
- CHARLESWORTH M., *L’etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, trad. it. Roma, Donzelli, 1996

- CHIEFFI L., *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali.*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993.
- CIVELLO G., *Responsabilità medica e rispetto delle “linee guida”, tra colpa grave e colpa lieve. La nuova disposizione del “decreto sanità”,* in *Archivio penale*, 2013.
- COLBY W. H., *The Lessons of the Cruzan Case*, in 39 *The University of Kansas Law Review*, 1991.
- CONDIE C., *Comparison of the Living Will Statutes of the Fifty States*, in 14 *Journal of Contemporary Law*, 1988.
- CONSORTE F., *Colpa e linee guida*, in *Dir pen. e proc.*, 2011.
- CRISAFULLI V., *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. e Soc.*, 1982.
- CUPELLI C., *Il “diritto” del paziente (di rifiutare) e il “dovere” del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008.
  - *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n.3/2009.
  - *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione.*, in *Cass. pen.*, n. 9/2013.
- D’ALOIA A., *Diritto di morire?*, *La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”*, in *Politica del diritto*, n. 4/1998.
- D’AQUINO T., *La somma Teologica*, trad. it. Bologna, Edizioni studio domenicano, 1985-1988.
- DE SANTIS G., *Il decreto “Balduzzi” e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013.
- DE TILLA M., MILITERNI L., VERONESI U. (a cura di), *Il testamento biologico verso una proposta di legge*, Sperling & Kupfer, Milano, 2007.
- DEFANTI C. A., *I trattamenti di sostegno vitale*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DI LANDRO A. R., *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro It.*, 2011.
  - *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa penale nel settore sanitario*, Giappichelli, Torino, 2012.

- ELLMAN I. M., *Cruzan v. Harmon and the dangerous claim that others can exercise incapacitated patient's right to die*, in 29 *Jurimetrics Journal*, 1989.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Roma, 2014.
  - *Diritto penale parte speciale*, Zanichelli, Roma, 2014.
- FINNIS J., *The "Value of Human Life" And "The Right to Death": Some Reflections On Cruzan And Ronald Dworkin*, in 17 *Southern Illinois University Law Journal*, 1993.
- FLORES D'ARCAIS P., *A chi appartiene la tua vita? Una riflessione filosofica su etica, testamento biologico, eutanasia e diritti civili nell'epoca oscurantista di Ratzinger e Berlusconi*, Ponte alle Grazie, Salani editore, 2009.
- GISLESON J. K., *Right to die, forced to live: Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, in 7 *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 1991.
- GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, Milano, 1997.
- GIUSTI G., *Trattato di medicina-legale e scienze affini, I, Tutela della persona*, Cedam, Padova, 2009.
- GRAZIADEI M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011.
- GRAZZINI B., *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. "Decreto Balduzzi"*, in *Corriere giuridico*, 2013.
- HIRSCH H. J., *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, in *Festschrift für Lackner*, De Gruyter, 1987.
- IADECOLA G., *Qualche riflessione sul piano giuridico e deontologico a margine del "caso Welby"*, in *Giur. mer.*, 2007.
- KREY V., HEINRICH M., *Strafrecht. Besonderer Teil, I*, Kohlhammer, Stuttgart, 2008.
- LEONCINI I., *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Napoli, 2009.

- LUCCHETTI G., MASINI D., MATTIOLI F., *Spunti per un'indagine sull'eutanasia nel mondo antico*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003.
- LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980.
  - *Diritto alla salute*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII,, Roma, 1991.
- MAGRO M. B., *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001.
- MANTOVANI F., *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in “*Archivio Giuridico*”, nn. 1-2, 1970.
- MARRA G., *L'osservanza delle c.d. “linee guida” non esclude di per sé la colpa del medico*, in *Cass. pen.*, 2012.
- MARTINI F., *Il medico non risponde penalmente per colpa lieve se ha rispettato linee guida e pratiche accreditate*, in *Guida al diritto*, 2013.
- MASERA L., *Delitti contro la vita*, in F. VIGANO', C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Giappichelli, Torino, 2011.
- MODUGNO F., *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1982.
- MONTICELLI L., *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *L'indice penale*, I, Cedam, Padova, 1998.
- MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1972.
- NERI D., *Eutanasia*, Laterza, Roma-Bari, 1995.
  - *il diritto di decidere la propria fine*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTA', P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, II, Giuffrè, Milano, 2011.
- PANTI A., *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 3/2016.
- PAVICH G., *Linee guida e buone pratiche come criterio per la modulazione della colpa medica: rilievi all'art. 3 legge n. 189/2012*, in *Cass. pen.*, 2013.

- PELISSERO M., *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova.*, Giappichelli, Torino, 2011.
  - *La legge in itinere in Parlamento e i suoi aspetti penalistici: il ritorno allo stato etico e alla pubblicizzazione dei beni giuridici individuali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova (2011)*, Giappichelli, Torino, 2011.
- PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983.
- PISA P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale. I. Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, Cedam, Padova, 2006.
- PIZZETTI F. G., *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008.
- PLATONE, *La Repubblica*, III, 459c - 460c, trad. it. in *Opere complete*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- POCAR V., *Note (molto) critiche sul c.d. "Progetto Calabrò"*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova (2011)*, Giappichelli, Torino, 2011.
- PONZANELLI G., *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della Corte del New Jersey*, ne *Il foro italiano*, parte IV, 1988.
  - *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, ne *il Foro Italiano*, parte IV, 1991.
- PORTIGLIATTI BARBOS M., *Diritto a morire*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, IV, Utet, Torino, 1990.
- PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
  - *L'attività terapeutica*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino, 2011.

- RACHELS J., *La fine della vita: la moralità dell'eutanasia*, trad. it. Torino, Sonda, 1989.
  - *Uccidere, lasciar morire, e il valore della vita*, in "Bioetica", n. 2, 1993.
- RAZZANO G., *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Sez. I, Giappichelli, Torino, 2014.
- RESCIGNO G. U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in, *Dir. pubbl.*, 1, 2008.
- ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009.
- ROIATI A., *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013.
- ROMBOLI R., *Commento all'articolo 5 del codice civile (Eutanasia)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1988.
- ROXIN C., *An der Grenze von Begehung und Unterlassen*, in *Festschrift für Engisch*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1969.
  - *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubten Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlang*, in *NStZ*, 1987.
  - *Zur Strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in C. ROXIN, U. SCHROTH (a cura di), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Boorberg, Stuttgart, 2010.
- SANTISE M., *La responsabilità medica tra contatto sociale e responsabilità del "passante" e del "nessuno". L'incidenza della legge n.189/2012*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2015.
- SANTOSUOSSO A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, ne il foro italiano, parte IV, 1991.
  - *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale ruolo dei familiari?* in *Dir. pen. proc.*, 1996.
  - *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011.

- *Indicazione medica vs. autodeterminazione*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova* (2011), Giappichelli, Torino, 2011.
- SAX W., *Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung*, in *JZ*, 1975.
- SEMINARA S., *Riflessioni in tema di omicidio ed eutanasia*, in “*Riv. it. dir. e proc. pen.*”, 1995.
  - *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTA', P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, I, Giuffrè, Milano, 2011.
- SGRECCIA E., *Bioetica cattolica e bioetica laica: a proposito dei “paradigmi”*, in *Bioetica*, 2011.
- SMORTO G., *Note comparatistiche sull’eutanasia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 7/2007.
- SORRENTINO F., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari, sulla facoltà del malato di interrompere le cure (tra art. 32 Cost. e c.p.)*, in *Quaderni regionali*, nn. 1-2/2007.
- SPAGNOLO A. G., CICERONI M., MINARCORI R., *Biobanche: aspetti etici della conservazione del materiale biologico umano*, in *Iustitia*, 2006.
- STELLA F., *Il problema giuridico dell’eutanasia: l’interruzione e l’abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984.
- STORTONI L., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003.
- TOOLEY M., *Aborto e infanticidio*, in G. FERRANTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Introduzione alla bioetica*, Liguori, Napoli, 1992.
- TRIPODINA C., *Il diritto nell’età della tecnica: il caso dell’eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004.
  - *Articolo 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. BARTOLE, R. BIN, Cedam, Padova, 2008.

- *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2008.
- *Il risvolto negativo del diritto alla salute: il diritto di rifiutare le cure. Studio in prospettiva comparativa di due recenti casi italiani: il caso Welby e il caso Englaro*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012.
- VALBONESI C., *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell’illecito colposo*, in *Riv. It dir. e proc. pen.*, 2013.
- VALLINI A., *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.
- VANNINI O., *I delitti contro la vita e la integrità di stirpe e l’omicidio del consenziente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932.
- VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma.*, Giuffrè, Milano, 2007.
  - *Salute e autodeterminazione: i principi costituzionali*, in D. CARUSI, S. CASTIGNONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Giappichelli, Torino, 2011.
- VIGANÒ F., *Art. 54*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato, I*, Ipsoa, Milano, 2006.
  - *Esiste un “diritto a essere lasciati morire in pace”?* Considerazione in margine al caso Welby, in *Dir. pen. e proc.*, n. 1, 2007.
  - *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.

- *I presupposti di liceità del trattamento medico*, in *Il corriere del merito* n. 4/2009.
- ZANCHETTA R., *Il testamento biologico. Note a margine del ddl Calabrò*, Exeo, Padova, 2012.

### **Sitografia:**

- BRUSCO C., *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.
- CAPUTO M., *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.
- CASONATO C., *Il diritto di Terri Schiavo*, in *L'Adige*, 28 aprile 2005, in [www.jusunitn.it](http://www.jusunitn.it).
  - *Bioetica e pluralismo nello stato costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006.
  - *Fine vita: il diritto che c'è*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2008.
- CHECCOLI T., *Brevi note sulla distinzione fra eutanasia attiva e passiva*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it), 2008.
- DE SANTIS P. A., *Il caso Englaro. Se il diritto alla autodeterminazione terapeutica diventa "diritto di morire"*, in [www.ildirittopericoncorsi.it](http://www.ildirittopericoncorsi.it), 2008.
- DI COSIMO G., *La Cassazione fra coscienza e incoscienza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009.
- GAMBERINI A., *Novità in tema di colpa medica (art. 3, comma 1, l. n. 189/2012) e di protezione dei minori (l. n. 172/2012)*, in [ius17unibo.it](http://ius17unibo.it), 2012.
- GATTA G. L., *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.
- GIACALONE A., *Profili giuridici dell'eutanasia*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2005.
- GIUNGATO M. M., *Responsabilità professionale. Difensore civico: una partecipazione paritetica può ridurre il contenzioso. E non solo*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.

- GUERRIERO C., *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, in [www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it), 2016.
- MINGARDO L., *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La Giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it).
- PIRAS P., *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016.
- POLI P. F., *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.
- PORCARELLI A., *L'eutanasia nella storia*, in [www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it).
- RISICATO L., *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in [www.statochiese.it](http://www.statochiese.it), 2009.
- RODOTÀ S., *Su welby l'occasione mancata dei giudici*, in [www.ricerca.repubblica.it](http://www.ricerca.repubblica.it), 2006.
- RODRIGUEZ D., APRILE A., *Rivalsa delle strutture sanitarie nei confronti dei professionisti dipendenti: il nuovo look del D.d.l. Gelli non risolve tutti i problemi*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.
  - *Responsabilità professionale. Tutti i dubbi sulla "rivalsa" della struttura sanitaria nei confronti dei professionisti sanitari dipendenti*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.
  - *Responsabilità professionale: aziende e professionisti dipendenti, assicurazioni e rivalsa*, in [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it), 2016.
- SCOLETTA M., *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte Costituzionale.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.
- SIRENA P. A., *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi, relazione tenuta al convegno di Ischia del 13-14 aprile 2013 organizzato da Altalex formazione*, in [www.francocrisafi.it](http://www.francocrisafi.it), 2013.