GIURISPRUDENZA PENALE

ASSOCIAZIONE LUCA COSCIONI
PER LA LIBERTÀ DI RICERCA SCIENTIFICA

FASCICOLO 2019, 1-BIS

"QUESTIONI DI FINE VITA"

Dalla Legge 22 dicembre 2017, n. 219

alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato

«Lasciar morire una persona in un modo che altri approvano,
ma che essa considera in orribile contraddizione con la sua vita,
è una forma di tirannia odiosa e distruttiva»

R. Dworkin

Iniziativa promossa dalla rivista giuridica Giurisprudenza Penale in collaborazione con la Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica e il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre".

Comitato scientifico: Avv. Prof. Gianni Baldini, Prof. Ettore Battelli, Prof.ssa Patrizia Borsellino, Prof. Carlo Casonato, Prof. Cristiano Cupelli, Prof.ssa Marilisa D'Amico, Prof. Gianpaolo Fontana, Avv. Filomena Gallo, Prof.ssa Antonella Massaro, Prof.ssa Irene Pellizzone, Avv. Guido Stampanoni Bassi.

***

Giurisprudenza Penale è una rivista giuridica registrata presso il Tribunale di Milano con autorizzazione n. 58 del 18 febbraio 2016 e con codice ISSN 2499-846X.

SOMMARIO:

INTRODUZIONE	**Questioni di fine vita: i riflettori tornano ad accendersi con il "caso Cappato".** di Antonella Massaro	7
IL FINE VITA DOPO LA LEGGE 219/2017	**Scelte giuste, anche alla fine della vita: analisi etico-giuridica della legge n. 219/2017.** di Lorena Forni	15
	L'interruzione di un trattamento salvavita in assenza di DAT: quali spazi per il consenso presunto? di Lucia Maldonato	29
	Profili processuali della legge sul cd. biotestamento. di Simone Calvigioni	52
	Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219. di Marta Fasan	83
	Il diritto all'autodeterminazione: disposizioni anticipate di trattamento. di Antonella Nurra	103
	"Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura": l'approccio narrativo nella Legge 219/2017. di Caterina Iagnemma	114
	Golden Hour del paziente: consenso biografico e dignità della vita. di Massimo Foglia	124
	Effetti redistributivi della legge n. 219/2017 nel rapporto fra medico e paziente. di Maurizio Di Masi	147

La legittimazione dell'attività medica alla luce dell'obbligo di forma scritta e di necessaria comprensibilità del consenso informato 166
di Sara Scapin

Le disposizioni anticipate di trattamento ed il gesto di assistenza infermieristica: quale valenza ordinistica e giuridica? 177
di Pio Lattarulo e Luigi Pais dei Mori

LA TUTELA DEL MINORE E IL FINE VITA IN ETÀ PEDIATRICA: I CASI GARD ED EVANS.

Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita. 185
di Alessandra Pisu

Oltre l'autodeterminazione. I confini del diritto nei casi Gard ed Evans. 211
di Benedetta Vimercati

Il fine vita tra medicina e media: i risvolti dei casi Gard ed Evans 243
di Simone Salemme, Antonella Moschillo, Mattia Ballo

FINE VITA: PROFILI COSTITUZIONALI. IL TEMA DELL'OBIEZIONE DI COSCIENZA.

Il principio di autodeterminazione terapeutica nella Costituzione italiana e i suoi risvolti ordinamentali. 256
di Arianna Carminati

Il corpo come conflitto: fine vita e diritto costituzionale verso un orizzonte biopolitico. 279
di Andrea Venanzoni

Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia. 311
di Ugo Adamo

La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiane sul fine vita. 344
di Eleonora Canale e Ilaria Del Vecchio

L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento". 362
di Marco Edgardo Florio

PROFILI COMPARATISTICI E SOVRANAZIONALI

Il Belgio: caso più unico che raro. 400
di Benedetta Dentamaro

Fine vita e Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Profili comparatistici tra Italia e Spagna. 410
di Tina Noto

Diritto penale e fine vita in Germania. I reati di omicidio su richiesta e di sostegno professionale al suicidio nello *Strafgesetzbuch.* 426
di Francesco Camplani

L'ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita. 441
di Ludovica Poli

La *prosecution* del *mercy killing* e del suicidio assistito nel sistema inglese: una questione di *public interest*? 458
di Marcello Stellin

FINE VITA E DIRITTO PENALE

Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo 485
di Federico Consulich e Carolina Genoni

Diritto penale e fine vita: la legge 219 tra sensatezze e illogicità. 518
di Federica Scariato

La rilevanza spazio-temporale del contributo causale nella partecipazione materiale nel suicidio altrui: un'analisi costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. 527
di Giuseppe Ortolani

Aiuto al suicidio: la Consulta al bivio, tra istanze costituzionali di autoresponsabilità e persistenti incrostazioni "paternalistiche". 543
di Pierluigi Guercia

Sul principio di offensività come limite normativo al concorso di persona nel reato. 559
di Piergiorgio Gualtieri

La (non) responsabilità penale del medico nelle scelte di fine vita del paziente. 578
di Marta Bernardini

Diritto a morire: artt. 579 e 580 c.p. e Legge n. 219/2017. Necessità di riforma alla luce del nuovo consenso informato e dell'esclusione da responsabilità penale dei soli medici. 596
di Veronica Rossetto

I confini del diritto ai confini della vita: un luogo privilegiato per la promozione dialogica dei valori? 604
di Rosa Maria Palavera

La funzione politico-criminale del nuovo divieto di accanimento terapeutico: i limiti ai doveri di protezione del medico e il rischio sanitario non consentito. 618
di Vincenzo Tigano

Questioni di fine vita: i riflettori tornano ad accendersi con il "caso Cappato".

di ***Antonella Massaro*** *(Professore associato di diritto penale presso l'Università degli Studi Roma Tre)*

Le questioni di fine vita, soprattutto grazie al caso che ha visto protagonisti Marco Cappato e Fabiano Antoniani, sono ritornate prepotentemente sotto i riflettori del dibattito giuridico e politico, amplificando l'eco, già particolarmente significativa, della legge n. 219 del 2017.
Il fatto che il quadro normativo attuale risulti almeno parzialmente contraddittorio, come efficacemente evidenziato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 2018, è un dato che parrebbe imporsi con una tale autoevidenza da non lasciare spazio a considerazioni ulteriori, almeno per ciò che attiene alle premesse da cui muovere per un superamento di quelle aporie. La c.d. eutanasia, però, non solo appassiona i giuristi, ma, soprattutto, li divide. Difficile stabilire da che parte possa stare la Giustizia quando a venire in considerazione siano tematiche così pregne di morale e di etica; è però possibile, forse, provare a chiarire almeno da parte debba stare il Diritto.
Ben vengano, allora, i dibattiti "pubblici" e partecipati, come quello cui ha dato luogo la Call for Papers indetta dalla rivista Giurisprudenza penale e i cui risultati sono raccolti in questo fascicolo.

Sommario: **1.** Che i riflettori restino accesi, anche quando rischiano di accecare – **2.** L'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale – **3.** Gli scenari ipotizzabili: **a)** a partire dalla Corte costituzionale – **3.1. b)** a partire dal legislatore – **3.2. c)** affidandosi alla logica del "caso per caso".

1. Che i riflettori restino accesi, anche quando rischiano di accecare.

Le questioni di fine vita sembrano destinate a salire sul palcoscenico del dibattito politico e giuridico solo in rare occasioni, le quali però, in ragione della potenza narrativa delle storie che raccontano, catalizzano l'attenzione dello spettatore in maniera pressoché inevitabile: commuovono, indignano, disorientano e, soprattutto, dividono.
Inutile precisare che le vicende umane e giudiziarie, classificate, secondo le cadenze dell'algido vocabolario di cui i giuristi sono avvezzi a nutrirsi, come i "casi" di Piergiorgio Welby, Fabiano Antoniani, Eluana Englaro, Walter Piludu, Giovanni Nuvoli, Oriana Cazzanello (si è portati, curiosamente, a indicare i casi in questione non con il nome degli imputati ma con quello delle "vittime"), rappresentano solo la punta dell'*iceberg* di un fenomeno eterogeneo e complesso.
Al contenzioso quantitativamente poco significativo generato dalle "pratiche "eutanasiche, del resto, fa da contraltare la sconcertante ordinarietà con cui le questioni di fine vita si (im)pongono nelle corsie d'ospedale, nel silenzio delle case che ospitano e qualche volta nascondono i pazienti e le loro famiglie, in certe strutture di ricovero per malati terminali che rischiano di somigliare più a un lazzaretto disperato e disperante che a un protettivo rifugio in cui, ostinatamente, si "scelga" di continuare a "vivere". Il sistema sanitario nazionale, inutile negarlo, non sempre riesce a rispondere in maniera adeguata alla supplicante richiesta di chi le cure non intende rifiutarle ma ottenerle, pur a fronte di

sofferenze atroci che consumano il corpo e lo spirito. Se la questione fosse osservata attraverso una lente un po' meno appannata da riflessi filosofico-giuridici, susciterebbero forse un sorriso amaro le raffinate e appassionate discussioni attorno a un preteso paternalismo, non importa se *hard* o *soft*, praticato da uno Stato al quale sta a cuore che il singolo "per il suo bene, non si faccia del male", ma i cui cittadini, che magari di Feinberg o Dworkin sanno poco o nulla, hanno spesso l'impressione che la tutela della propria salute assuma la consistenza di un mero "diritto di carta", almeno per chi non disponga di risorse economiche che consentano di aggirare le liste di attesa, di accedere alle strutture più all'avanguardia, di ottenere un'assistenza dignitosa in presenza di malattie che mettono a dura prova anche la dignità più volenterosa[1].

Ben venga allora, da qualunque precomprensione ideologica si muova, un dibattito partecipato sui temi compendiati sotto la discussa etichetta della eutanasia. Ben venga, allora, il coraggio di chi ritiene che la sofferenza di una scelta in apparenza "controintuitiva", come quella di darsi o farsi dare la morte, non sia solo un fatto privato, ma una questione pubblica. Ben venga, allora, il tentativo di comprendere non solo (e non tanto) da che parte possa stare la Giustizia, ma (almeno) da che parte debba stare il Diritto[2].

Il caso che ha visto protagonisti Fabiano Antoniani e Marco Cappato ha riacceso in maniera prepotente, quasi accecante, i riflettori sulle questioni di fine vita. Meno nota, almeno mediaticamente, è la vicenda di Davide Trentini, per il cui suicidio assistito in Svizzera sono attualmente imputati lo stesso Marco Cappato e Mina Welby: il copione, sia pur con le inevitabili peculiarità che caratterizzano ogni singola vicenda, continua dunque a ripetersi. In occasione del caso di Marco Cappato e di Dj Fabo, tuttavia, è salita sul palco anche la Corte costituzionale: l'ordinanza n. 207 del 2018 non ha pronunciato l'ultima battuta, ma ha indubbiamente introdotto un colpo di scena che, allo stato, lascia aperto più di un possibile finale.

2. L'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale

La Corte d'assise di Milano, con ordinanza del 14 febbraio 2018[3], ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 580 c.p. sotto un duplice profilo. Anzitutto, si è ravvisato un

---

[1] «[…] non c'è nulla da fare: il problema è sempre nello scarto tra l'affermazione formale e l'attuazione dei diritti, scarto che aumenta nelle congiunture di particolare difficoltà economica»: O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2018, 921.

[2] Cfr. S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Riv. biodiritto*, 3/2018, 169, nota 18, il quale avverte che solo la valorizzazione del sostrato pre-legale ed etico-valoriale nel quale inevitabilmente affonda un diritto che non voglia ingannevolmente venire confinato nel mondo della mera *tecnicalità* può condurre all'esito (auspicato) secondo cui la questione dell'eutanasia si risolva in una scelta etica, non legale. Sull'intreccio tra diritto (penale) e morale v. soprattutto O. DI GIOVINE, da ultimo in *Procreazione assistita*, cit., 914 ss.

[3] Sull'*iter* giudiziario che ha condotto alla Corte costituzionale si rinvia, anche per indicazioni ulteriori, a D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 luglio 2018; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 ottobre 2018; M. D'AMICO, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2018, 737 ss.; I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio, dal codice Rocco alla Carta costituzionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *questa rivista*, 17 settembre 2018; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle Leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 giugno 2018. Si segnalano, poi, le *Note di udienza*, relative alla discussione di fronte alla Corte costituzionale, di F. GALLO e V. MANES, consultabili in *questa rivista*, 5 novembre 2018.

aspetto incostituzionalità nel fatto che l'art. 580 c.p. attribuisca rilevanza penale anche a forme di aiuto meramente materiale al suicidio, le quali quindi, rivolgendosi a un soggetto volontariamente e liberamente determinatosi a porre fine alla propria vita, non abbiano contribuito in alcun modo a determinarne o a rafforzarne il proposito [4]. In via subordinata (come chiarito dalla Corte costituzionale[5]), si lamentava una sproporzione del trattamento sanzionatorio, visto che l'art. 580 c.p. prevede la stessa (severa) pena tanto per l'aiuto morale quanto per quello materiale.
Con l'ordinanza n. 207 del 2018, come ampiamente noto, la Corte costituzionale ha optato per una soluzione *prima facie* insolita, almeno sul piano strettamente procedurale: pur ravvisando alcune criticità nell'attuale disciplina dell'aiuto al suicidio e pur ritenendo che lo strumento più adatto ad emendarle sia la penna del legislatore, il Giudice delle Leggi ha preferito non ricorrere al consueto e collaudato strumento della sentenza monito, ma, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», ha disposto il rinvio del giudizio al 24 settembre 2019. L'obiettivo dichiarato è quello di consentire un intervento del Parlamento che adegui la risposta dell'ordinamento e rimedi alla "disparità di trattamento" nei confronti di soggetti che versino in condizioni analoghe a quelle di Fabiano Antoniani.
L'impianto motivazionale dell'ordinanza n. 207 del 2018 può essere idealmente scomposto in due parti, dalla cui lettura congiunta si ricava un tentativo di delimitazione del "campo di indagine" che, a sua volta, sembra rispondere a una doppia finalità. Da una parte, si edificano degli argini robusti, per impedire che il piano su cui è adagiato (in equilibrio precario) l'aiuto al suicidio si inclini troppo, fino a trasformarsi nel famigerato pendio scivoloso e ingovernabile; dall'altra parte, la Corte si è assunta la responsabilità di non abbassare gli occhi[6], mettendo in evidenza le più plateali incongruenze che emergono dall'attuale quadro normativo.

1) Quanto al primo aspetto, la Corte afferma, in maniera apparentemente perentoria, che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione»[7]. La scelta, dunque, è quella di "salvare" l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, generalmente e genericamente inteso, e senza che a venire in considerazione siano le specifiche questioni poste dai soggetti affetti da malattie irreversibili. Tralasciando il dettaglio delle singole argomentazioni addotte, sul versante tanto dell'art. 2 Cost. quanto degli artt. 2 e 8 CEDU, pare interessante sottolineare il mancato accoglimento, da parte della Consulta, del cambio di paradigma relativo al bene giuridico tutelato, pure proposto con forza dal giudice *a quo*: secondo la tesi di quest'ultimo, in effetti, il bene giuridico sotteso all'art. 580 c.p. andrebbe individuato non più nella vita, come nelle logiche stataliste e statolatriche del codice Rocco, ma nella libertà di autodeterminazione del singolo, con la conseguente necessità di non considerare penalmente rilevanti condotte di aiuto rivolte a un soggetto liberamente e autonomamente determinatosi al suicidio. La Corte costituzionale, viceversa, continua ad

[4] Il dubbio era stato formulato in questi termini già da L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, 79.
[5] Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 1 del *Considerato in diritto*.
[6] Come auspicato da V. MANES, *Note di udienza*, cit., 14. Sottolinea la scelta, da parte della Corte costituzionale, di non occultare il problema, sebbene senza approdare a una sentenza manipolativa, anche S. PRISCO, *Il caso Cappato*, cit., 156.
[7] Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 8 del *Considerato in diritto*.

assumere quale punto di riferimento l'esigenza di tutelare il bene della vita[8], enfatizzando la condizione di particolare vulnerabilità in cui versano (*rectius*: potrebbero versare) i soggetti che si orientano a favore di una scelta estrema e irreparabile: spesso, infatti, si tratta di persone «malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine»[9].
La prospettiva in questione risulta indubbiamente significativa, se non altro perché da uno spostamento del fuoco di tutela dalla vita alla libertà individuale sarebbero potute derivare conseguenze di rilievo anche in riferimento alla tenuta della fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), in cui, per definizione, il soggetto passivo presta un consenso libero e consapevole[10].

2) Nella seconda parte dell'ordinanza n. 207 del 2018, la Corte ha cura di sottolineare la peculiarità di quelle ipotesi «in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»[11]. Come avvenuto, per l'appunto, nel caso di Fabiano Antoniani. In queste ipotesi, osserva la Consulta, l'assistenza da parte di terzi potrebbe rappresentare «l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.».
La legge n. 219 del 2017, stabilizzando e precisando gli esiti giurisprudenziali che hanno definito tanto il caso di Piergiorgio Welby quanto quello di Eluana Englaro, ha esplicitamente riconosciuto a ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare o di interrompere qualsiasi trattamento sanitario, anche se necessario alla propria sopravvivenza. Il punto è che Fabiano Antoniani, pur bisognoso del respiratore artificiale, non ne era completamente dipendente, con la conseguenza per cui il distacco dello stesso avrebbe comportato la morte del paziente solo dopo alcuni giorni: proprio per questa ragione Dj Fabo aveva infine optato per una pratica di suicidio assistito in Svizzera. Trattando questa ipotesi in maniera differente da quella, per intendersi, riassunta dal caso Welby, si verrebbe a determinare una vera e propria disparità di trattamento tra il soggetto per cui l'unica via praticabile sia quella dell'interruzione "*tout court*" di un trattamento in atto e il soggetto per il quale questa via, pur materialmente percorribile, cagionerebbe sofferenze chiaramente più atroci di quelle che conseguirebbero all'intervento di un soggetto terzo che lo "aiuti a morire".
A nulla varrebbe opporre, in questo caso, l'argomento della particolare vulnerabilità di soggetti che si trovino in una condizione assimilabile a quella di Fabiano Antoniani: «è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale

[8] V. in particolare Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 8 del *Considerato in diritto*: «neppure […] è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita, che il rimettente fa discendere dagli artt. 2 e q3, primo comma, Cost.».
[9] Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 6 del *Considerato in diritto*.
[10] Per più ampie considerazioni al riguardo sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*, in *questa rivista*, 14 ottobre 2018, 6 ss.
[11] Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 8 del *Considerato in diritto*.

categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione». Se, altrimenti detto, il consenso informato "funziona" nelle situazioni prese in considerazione dalla legge n. 219 del 2017, dovrebbe poter operare anche in vicende che differiscono da quelle disciplinate dal legislatore solo per un contingente profilo di carattere naturalistico-causale.

Come già precisato, tuttavia, la Corte ritiene che una pronuncia di accoglimento della questione, pur significativamente "ritagliata" rispetto a quella sollevata dai giudici milanesi, lascerebbe aperti profili di criticità evitabili solo con un intervento da parte del Parlamento, il quale, sempre ad avviso della Consulta, potrebbe concretizzarsi in una modifica della legge n. 219 del 2017. Tra le preoccupazioni più significative che emergono dall'ordinanza n. 207 del 2018 si segnalano:

- il rischio che «qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – possa lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino»;
- le lacune che verrebbero a determinarsi in riferimento alle «modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»;
- il rischio di una prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda, secondo quanto previsto dalla legge n. 38 del 2010.

Per queste ragioni, la Corte "mette in mora" il legislatore, ricalcando le orme della Corte Suprema canadese e della Corte Suprema inglese, nella speranza che il dialogo con il Parlamento, sia pur forzosamente avviato, si traduca nel superamento di una disciplina (quanto meno) anacronistica e (certamente) inadeguata.

3. Gli scenari ipotizzabili: a) a partire dalla Corte costituzionale

Anche muovendo da una delimitazione della questione di legittimità costituzionale rispetto alla fisionomia che la stessa assumeva nell'ordinanza di rimessione, restava pur sempre ipotizzabile un intervento "immediato" della Corte, attraverso una sentenza interpretativa. Lo sviluppo logico-argomentativo seguito dal Giudice delle Leggi, per esempio, avrebbe potuto condurre a dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 580 c.p. nella parte in cui rende penalmente rilevante l'aiuto meramente materiale fornito a chi, ancora capace di autodeterminarsi, versi in una condizione che gli consentirebbe di richiedere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua, alle condizioni previste dalla legge n. 219 del 2017. Uno degli aspetti che, come si è cercato di chiarire, sembrerebbero emergere dell'ordinanza n. 207 del 2018, sembra proprio la "disparità di trattamento" tra coloro per i quali l'unica via è rappresentata dalla

richiesta di interruzione di un trattamento già in atto (casi, per intendersi, paragonabili a quello di Piergiorgio Welby) e coloro per i quali questa via, pur materialmente percorribile, cagionerebbe sofferenze eccessive, sproporzionate o, comunque, superiori a quelle cui lo stesso soggetto andrebbe incontro ricorrendo a pratiche di suicidio assistito (come nella vicenda che ha visto protagonista Fabiano Antoniani).
Si sarebbe trattato quindi, in attesa di eventuali scelte del Parlamento per una esplicita e organica regolamentazione del suicidio assistito, di intervenire in casi indubbiamente "marginali" e/o "estremi", che però non avrebbero aperto alcun inquietante scenario di *horror vacui*. Attraverso un richiamo esplicito alla legge n. 219 del 2017, in particolare, non solo sarebbero risultati meglio definiti i contorni del "consenso informato", ma si sarebbe anche scongiurato il rischio di angeli della morte legittimati ad entrare in azione al di fuori della relazione medico-paziente. Il risultato in questione, forse, sarebbe stato più agevolmente raggiungibile a fronte di una questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento alla legge n. 219 del 2017, ma anche un intervento "ortopedico" sull'art. 580 c.p. non sarebbe stato (e non sarebbe ancora) da escludere.
Non è impresa agevole quella di ipotizzare lo scenario che potrebbe determinarsi qualora, come in effetti sembra assai probabile, il legislatore resti inerte o intervenga in maniera inadeguata. La sentenza in questione è stata etichettata fin da subito come una "pronuncia a incostituzionalità differita": si è affermato, in proposito, che il 24 settembre 2019 la Corte non potrebbe certo tornare sui propri passi, convertendo il sostanziale accoglimento di oggi in un futuro rigetto[12]. La lettura della motivazione non lascerebbe dubbi sul fatto che la disposizione impugnata sia ritenuta illegittima, sebbene a seguito di una drastica delimitazione della questione rispetto a quella sollevata dalla Corte di appello di Milano[13]. Certo, il fatto che l'incostituzionalità non sia stata dichiarata non obbliga la Corte e pronunciarla il prossimo settembre, ma un esito che, qualora la situazione restasse invariata, fosse diverso dall'incostituzionalità «infliggerebbe al prestigio della Corte un colpo esiziale»[14].
Le conclusioni della Corte costituzionale, in effetti, non sembrerebbero ammettere ripensamenti: «laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale». Anziché avventurarsi in temerari propositi, sembra però più saggia la via della prudente (e fiduciosa) attesa.

3.1 b) a partire dal legislatore

[12] A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul Caso Cappato)*, in *www.giurcost.org*, 2018, III, 574.
[13] M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018, § 1.
[14] Così, ancora, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., § 3.

La via più agevole per il legislatore che intendesse raccogliere il "monito rafforzato" della Corte costituzionale è indubbiamente quella di intervenire non già sulla formulazione dell'art. 580 c.p., quanto piuttosto sull'impianto della legge n. 219 del 2017. Se il Parlamento si limitasse a recepire le indicazioni "minime" suggerite dalla Corte costituzionale, si tratterebbe di "estendere" la disciplina attuale a coloro che, pur tenuti in vita attraverso tecniche di sostegno artificiale, non ne siano del tutto dipendenti. Questi soggetti, e solo loro, dovrebbero poter optare per tecniche di suicidio assistito, previa acquisizione del consenso nelle forme già previste dalla legge; dovrebbe trattarsi, inoltre, di pratiche escluse dal possibile ambito di operatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento, con il requisito dell'attualità del consenso che, dunque, tornerebbe a intendersi "in senso stretto". A quest'ultimo proposito, non è un caso che la Corte costituzionale, elencando le condizioni in presenza delle quali emergerebbero le criticità dell'attuale assetto normativa, faccia esplicito riferimento alla perdurante capacità del soggetto di prendere decisioni libere e consapevoli[15].
Qualora, invece, il legislatore intendesse "andare oltre" le indicazioni offerte dal Giudice delle Leggi, si tratterebbe di introdurre una disciplina organica in materia di suicidio assistito, il cui vero *punctum pruriens* sarebbe la previsione normativa di meccanismi e procedure capaci di assicurare un effettivo accertamento della "reale volontà" del paziente[16].
Resta infine la possibilità, tecnicamente praticabile anche se indubbiamente più complessa, di intervenire direttamente sugli articoli 579 e 580 c.p., ritagliando uno spazio di irrilevanza penale che, vista la presenza nell'ordinamento della legge n. 219 del 2017, con quest'ultima dovrebbe necessariamente coordinarsi.

3.2 c) affidandosi alla logica del "caso per caso"

Qualora la situazione legislativa dovesse restare invariata e qualora, per assurdo, la Corte costituzionale decidesse di non dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., resterebbe pur sempre la via "interpretativa".
Una soluzione praticabile, in effetti, sembra quella fondata sulla valorizzazione della libertà di autodeterminazione del singolo come bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p. Muovendo dalla premessa per cui il soggetto che decide di togliersi la vita, *a fortiori* mediante il contributo di un terzo, versa solitamente in una condizione di particolare vulnerabilità, potrebbe ritenersi che l'art. 580 c.p. configuri un reato di pericolo presunto, posto a tutela della libertà di autodeterminazione del singolo. È ormai opinione sufficientemente condivisa quella per cui i reati di pericolo presunto possono considerarsi compatibili con il principio di necessaria offensività in materia penale solo in quanto la presunzione di pericolo effettuata in astratto dal legislatore sia "superabile" in concreto. A venire in considerazione, detto altrimenti, è la distinzione tra offensività in astratto e offensività in concreto. Secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale, il principio di offensività opera infatti su due

[15] Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 6 del *Considerato in diritto*.
[16] Cfr. la proposta di O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita*, cit., 922: «se il diritto in materia bioetica non riesce ad operare scelte largamente condivise, allora si potrebbe valutare l'opportunità che vi rinunci, senza perciò optare per un modello astensionistico. In altri termini, come accennavo in precedenza, spero si possano immaginare (anche sulla falsariga della legge del 1978 sull'aborto) meccanismi procedurali che avvicinino il giudicante e, in genere, i "decisori" alla situazione di fatto, annientando o fortemente riducendo la distanza tra chi soffre e chi decide della situazione di chi soffre. Sulla base del presupposto - per niente retorico e per contro dotato di numerose evidenze empiriche - che la vicinanza emotiva annienti il peso del pregiudizio ideologico nella decisione, facilitando il raggiungimento di soluzioni condivise».

piani: il primo è quello della previsione normativa (offensività in astratto), sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale; il secondo è quello dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato. Qualora si riscontrasse una carenza di offensività in astratto perché, per esempio, la presunzione di pericolo operata dal legislatore non trovi corrispondenza alcuna nelle regole di comune esperienza, il "rimedio" sarebbe quello della dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie; se, per contro, si ritesse che, in ragione delle esigenze di tutela dei soggetti più vulnerabili, l'offensività in astratto dell'art. 580 c.p. possa ritenersi rispettata, spetterà pur sempre ai giudici comuni verificare se, di volta in volta, il fatto sia risultato concretamente offensivo.
La lettura in questione ha un pregio e un difetto, entrambi evidenti.
Il pregio è quello di affidarsi alla (e di confidare nella) logica del "caso per caso"[17] in una materia che, per la delicatezza degli interessi che vengono in considerazione e per la inadeguatezza "culturale" che si registra a più livelli nell'attuale contesto sociale, politico, ma anche giuridico, sembrerebbe mal conciliarsi con una disciplina di carattere generale e astratto.
Il difetto è quello per cui, se davvero si ritesse di assumere come premessa una sostanziale messa in discussione del dogma dell'indisponibilità della vita umana per approdare alla tutela della (sola) libertà di autodeterminazione, si comprometterebbe non tanto la tenuta dell'art. 580 c.p., ma, come già precisato, quella dell'art. 579 c.p. Si tratterebbe però di conseguenze cui la perdurante vocazione a un paternalismo di facciata, incline più a lasciarsi distrarre dal dito anziché a concentrarsi sulla luna, non sembra per ora disposto a concedere spazi, anche solo ipotetici.

[17] Il fallimento, in materia di biodiritto, della normazione per regole e la necessità di valorizzare la risposta emotiva di fronte al caso concreto sono stati ormai da tempo evidenziati da O. DI GIOVINE, di recente in *Procreazione assistita*, cit., spec. 922 (v. nota precedente). La «necessità di volgersi all'analisi dei singoli casi» sembra assumere un ruolo centrale anche nelle riflessioni di S. PRISCO, *Il caso Cappato*, cit., 157.

Scelte *giuste*, anche alla fine della vita: analisi etico – giuridica della legge n. 219/2017.

di ***Lorena Forni*** *(Ricercatrice in Filosofia del Diritto – Università di Milano - Bicocca)*

La legge n. 219/2017 Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento rappresenta un felice approdo della legislazione più recente in tema di relazione terapeutica e di scelte sulle cure. Può essere altresì considerata una legge che consente scelte giuste nella cura e nell'assistenza. Il principio di giustizia sotteso a questo testo normativo sarà chiarito e spiegato in riferimento ai diritti e ai doveri dei soggetti impegnati nella relazione di cura, alle risorse, per certi aspetti nuove, di cui tenere conto, anche in contesti di malattia inguaribile. Il contributo che si propone metterà in rilievo, attraverso gli strumenti dell'analisi etico-giuridica, come questa legge favorisca una pratica clinica responsabile e appropriata, attenta a modulare interventi e scelte giuste, anche alla fine della vita.

Italian law n. 219/2017 is a good result of most recent legislation on therapeutic relationships and care choices. It can also be considered a law that allows fair choices for health care and assistance. Principle of justice underlying this law will be clarified and explained with reference to rights and duties of the subjects involved in the care relationship and to resources, for certain aspects new, to be taken into account, even in contexts of incurable illness. This paper will highlight, through the tools of ethical and legal analysis, how this law fosters a responsible and appropriate clinical practice, attentive to interventions and right choices, even at the end – of - life.

Sommario: 1. Una normativa inutile, pericolosa e *ingiusta*? - **2.** Una buona legge, che richiede approcci equilibrati - **3.** La legge n. 219/2017: una legge *giusta* - **4.** Vantaggi e risorse. Elementi nuovi per le scelte nella relazione di cura - **5.** Scelte *giuste*, anche alla fine della vita - **6.** Brevi osservazioni conclusive

1. Una normativa inutile, pericolosa e *ingiusta*?

L'emanazione della legge n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento,* ha provocato, specie tra "gli addetti ai lavori", reazioni per certi versi inaspettate.

A fronte di chi considera la legge uno strumento pericoloso o inutile[1], vi sono state anche prese di posizioni che la considerano un risultato al di là delle attese, poiché secondo alcuni avremmo

[1] Cfr. G. AZZONI, *Una legge formalmente (semanticamente) inutile e sostanzialmente (pragmaticamente) pericolosa*, in Newsletter OLIR.it - Anno XV, n. 1/2018, consultabile all'indirizzo

uno strumento per superare il tema della rimozione della morte[2] e poiché invece, secondo altri, avremmo "lo" strumento giuridico a cui fare appello, così tanto agognato, che avrebbe colmato un vuoto normativo, soprattutto per quanto riguarda la gestione dei problemi delle fasi assistenziali alla fine della vita.

Prima di entrare nel merito di alcuni, specifici, profili della legge e della sua portata, con particolare riferimento alla *giustizia* delle scelte che la normativa consente, è tuttavia utile analizzare, seppur brevemente, alcuni argomenti, riferibili a coloro che hanno considerato la legge n. 219/2017 un insuccesso, o addirittura, uno strumento *ingiusto*.

I critici, infatti, hanno sostenuto che si tratti di uno strumento inutile, poiché avremmo già avuto, nel nostro Paese, tutti gli elementi necessari per orientare la pratica clinica, sia sul piano deontologico, sia su quello giuridico, specie attraverso numerose pronunce dei Tribunali. Sarebbe tuttavia uno strumento pericoloso, perché « […] fa propria nel modo più solenne […] l'antropologia del consenso informato, che rappresenta un grave impoverimento della realtà esistenziale del soggetto malato, oltre che un'eccessiva semplificazione delle varie fattispecie concrete in cui può venirsi a trovare». Se fossero fondate, queste critiche configurerebbero le norme relative al consenso e alle disposizioni anticipate come regole non solo pericolose, ma anche *ingiuste.*

Di questi argomenti, non certo nuovi, sono state più volte evidenziate le criticità logiche e argomentative[3]. In questa sede preme ricordare che da una parte, chi ha proposto questi argomenti, probabilmente non conosce le realtà assistenziali, nelle quali da tempo gli operatori sanitari lamentavano l'insufficienza dei soli codici deontologici per orientare i comportamenti, specie di colleghi ancora radicalmente ancorati a paradigmi di tipo paternalistico; dall'altra parte, l'affermazione che i diritti e i doveri dei soggetti coinvolti nella relazione di cura fossero già stati ottenuti attraverso le sentenze delle Corti è un'affermazione che deve essere precisata. È senz'altro vero che molti diritti sono stati affermati proprio grazie alle Corti, ma non va scordato che il nostro non è un sistema di *common law* e che un intervento legislativo non rappresenta la duplicazione di diritti già sanciti: è, semmai, l'esatto opposto, vale a dire è l'esplicitazione di principi e norme del sistema, presenti a diversi gradi dell'ordinamento, che sono stati interpretati e tradotti dai giudici in molti casi particolari e concreti e che, pertanto, una volta inseriti in uno

---

https://www.olir.it/newsletter/archivio/2018_02_01.html. Per ulteriori profili di criticità sollevati riguardo alla legge, cfr. F. D'AGOSTINO, *Come leggere la legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal. Rivista di biodiritto,* n. 1, 2018, pp. 15-18

[2] In questa sede si accenna solo al tema della morte come oggetto di rimozione individuale e culturale o come vero e proprio "tabù". Sul punto, cfr. E KÜBLER-ROSS, *La morte e la vita dopo la morte: la nascita ad una nuova vita*, Edizioni mediterranee, 1991; cfr. F. CAMPIONE, *Contro la morte*, Edizioni Clueb, 2003; cfr. anche, più di recente, P ARIÈS, *Storia della morte in Occidente*, Rizzoli, 2013

[3] Cfr., a proposito dei controargomenti da opporre a chi considera la legge n. 219/2017 uno strumento dannoso o superfluo, P. BORSELLINO, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Una conquista per i pazienti e per gli operatori sanitari*, in *Rivista italiana di cure palliative*, XX, vol. 2, 2018 testo integralmente consultabile al seguente indirizzo http://www.ricp.it/web/procedure/protocollo.cfm?List=WsIdEvento,WsIdRisposta,WsRelease&c1=00256&c2=7&c3=1; cfr. anche P. BORSELLINO, *"Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e Diritto*, nn. 8-9, 2018, pp. 783-802. Per quanto riguarda le buone ragioni a sostegno e a promozione della disciplina in esame, cfr. anche il *Forum* sulla Legge n. 219/2017. Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, in *BioLaw Journal. Rivista di biodiritto,* n. 1, 2018, in particolare pp. 19-84

strumento legislativo, diventano norme di portata e di validità generale, capaci di adattarsi, in ogni sede interpretativa, a situazioni presenti e future.
Al di là di questioni generali, vi sono anche ragioni di fatto non certo irrilevanti da tenere in debita considerazione per considerare non certo *ingiusta* la legge n. 219/2917: sia per i pazienti, sia per gli operatori, posticipare all'interno di un contenzioso la definizione dei reciproci diritti e doveri non risolve tempestivamente le questioni della pratica clinica quotidiana. Al contrario, la via processuale è ritenuta una strada tortuosa ed eccessivamente gravativa e, dunque, non auspicabile come (unica) modalità di soluzione giuridica.
Riguardo, invece, all'argomento dell'antropologia mitizzata del consenso informato, che si tradurrebbe nella *fictio* di un paziente realmente informato, come se fosse una chimera[4], oppure, ancora, riguardo al tema dell'impoverimento e dell'eccessiva semplificazione dei vissuti di malattia e di cura, vi sono buoni controargomenti. L'idea che sia irrealistico pensare a pazienti autenticamente informati è un alibi, molte volte proposto, per sottrarre l'autonomia decisionale dei soggetti, quando siano inseriti in percorsi di malattia, di assistenza e di cura[5]. Proprio perché si tratta di diritti fondamentali - quello al consenso informato e all'autodeterminazione circa le cure e il corpo - che nemmeno i critici più severi della legge disconoscono, e di cui nessun soggetto può essere privato, si è cercato di sminuirne non tanto la portata concettuale, quanto la loro incidenza pratica.
Sono le obiezioni avanzate riguardo alla "pericolosità" della legge ad essere non solo speciose, ma anche *ingiuste*, perché fondate su pregiudizi e perché, del resto, è davvero difficile immaginare che una normativa, che stabilisce diritti e doveri dei soggetti di una relazione di cura, possa essere strumento di impoverimento dei vissuti dei malati. Sarebbe come sostenere che l'affermazione di diritti personalissimi, come ad esempio il diritto di voto, effettuata (anche) attraverso lo strumento legislativo si traduca, in realtà, nella creazione di uno strumento pericoloso, che poi, nelle pieghe pragmatiche di situazioni concrete, finirebbe con l'impoverire la vita dei cittadini.
Infine, anche l'argomento che si tratti di una legge che non troverà numerose applicazioni pratiche è fortemente criticabile. Se anche valesse per un numero esiguo di pazienti - ammesso e non concesso che questo sia lo scenario attuale o futuro -, l'esercizio di diritti fondamentali non deve e non può essere piegato alla loro effettiva diffusione o alla numerosità degli utilizzi. Questo serve forse come ultimo argomento di resistenza in certi contesti, in cui si preferiscono prassi eticamente e giuridicamente poco rispettose dei diritti dei pazienti, ma più rassicuranti per alcuni professionisti ancorati a modelli di relazione di cura superati.
Non dobbiamo mai dimenticare che la legge n. 219/2017 è e deve essere considerata una normativa rispettosa di diritti e principi costituzionali, ed è un insieme di prescrizioni strettamente correlate all'esercizio del fondamentale diritto alla salute che, come la giurisprudenza ha evidenziato, va difeso «ad oltranza, contro ogni iniziativa ostile»[6].

2. Una buona legge, che richiede approcci equilibrati

[4] Sul punto, contro questa impostazione, si rimanda all'analisi di P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, 1999, pp. 87. Cfr. anche P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto*, Cortina, seconda edizione, 2018, in particolare pp. 161 e ss.
[5] Cfr. P. BORSELLINO, *Ibid*.
[6] Cfr. testo della sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 1 agosto 2006 (ud. 6 luglio 2006) n. 17641, cit. anche in L. FORNI, *La sfida della* giustizia *in sanità. Salute, equità, risorse,* Giappichelli, 2016, in particolare p. 56.

È stato chiarito che le contrarietà teorico – giuridiche alla legge n. 219/2017 appaiono, per le più, ideologiche[7], ed è stata fatta chiarezza riguardo al fatto che la legge è da considerarsi uno strumento di libertà e di responsabilità, poiché quando si sanciscono diritti (e doveri) per certe categorie di soggetti non si danneggia la posizione giuridica soggettiva di nessun altro.
Resta tuttavia ancora da capire se, con questa legge, si possa sensatamente affermare che vi sia in atto un superamento della rimozione della morte; inoltre, bisogna precisare in che senso tale normativa sia una "novità" nel contesto giuridico.
In riferimento alla prima questione, si deve rammentare che, ogni volta che si affronta il tema della morte e della sua rimozione, siamo di fronte a questioni culturali complesse, oltre al fatto che l'idea e la paura della (nostra) morte, nella società contemporanea, rappresentano alcuni tra i tabù più radicati. Non possiamo tuttavia considerare appropriato, nel momento attuale, un parallelismo tra la nuova normativa introdotta con la legge 219/2017 e il famoso atteggiamento del saggio, citato da Epicuro[8], riguardo la morte stessa. «Il saggio […] né rifiuta la vita né teme la morte; perché né è contrario alla vita, né reputa un male il non vivere. E come dei cibi non cerca certo i più abbondanti, ma i migliori, così del tempo non il più durevole, ma il più dolce si gode»[9]. Se, infatti, considerassimo il passo citato un auspicio per una buona qualità di vita, anche nelle fasi finali dell'esistenza, dovremmo subito precisare che non siamo inseriti in un contesto socio-culturale, tanto meno clinico-scientifico, assimilabile a quello a cui si riferiva Epicuro. Inoltre, non abbiamo quasi mai esperienze di vita buona, piena e attiva, a cui, immediatamente, segue l'evento "morte", come atto/fatto istantaneo. Siamo, al contrario, calati in realtà di malattie, talvolta insorte inaspettatamente, il cui decorso dura molti mesi o anni; ci dobbiamo spesso confrontare con condizioni di grave compromissione determinate dal cronicizzarsi di certe patologie, in cui vi sono molteplici percorsi volti a ripristinare, ove possibile, un elevato grado di salute, che sono tuttavia, il più delle volte, segnati da difficoltà, spesso dolorosi e carichi di problemi e di angosce, sia per il paziente, sia per i suoi familiari. Siamo inseriti in un contesto terapeutico – assistenziale complesso, in continua evoluzione, fortemente tecnicizzato, che cerca risposte a vissuti di malattie articolate e che pone tutti di fronte a questioni di scelta. Pertanto, se è vero che l'evento "morte" è ancora oggetto di rimozione, individuale e culturale, dobbiamo però precisare che la legge n. 219/2017 non si pone l'obiettivo diretto di favorire il superamento del tabù della morte, ma offre senz'altro buoni strumenti per valorizzare buone scelte - scelte *giuste* - fino alla fine della vita.
A coloro, invece, che ritengono che la legge sia una novità assoluta e che sia un risultato normativo che ha colmato una lacuna del nostro ordinamento, andrebbe chiarito che un vero e proprio vuoto normativo, in ogni senso, non vi è mai stato. Possiamo infatti ricordare che lo stesso

[7] Il termine "ideologico" è proposto nel significato kelseniano, vale a dire come forma di mascheramento, di travestimento di qualcosa, fatto passare per qualcos'altro. In questo caso, si tratta di mascherare un giudizio di valore (fortemente negativo sulla legge n. 219/2017), presentato, invece, cose se fosse una mera questione di fatto relativa alla legge stessa. Sul concetto di "ideologico" e di "ideologia", cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000, in particolare pp. 59-60
[8] «[…] Non è nulla dunque, né per i vivi né per i morti, perché per i vivi non c'è, e i morti non sono più. Ma i più, nei confronti della morte, ora la fuggono come il più grande dei mali, ora come cessazione dei mali della vita la cercano. Il saggio invece né rifiuta la vita né teme la morte; perché né è contrario alla vita, né reputa un male il non vivere. E come dei cibi non cerca certo i più abbondanti, ma i migliori, così del tempo non il più durevole, ma il più dolce si gode [...]». Cfr. EPICURO, *Opere*, Einaudi, 1970, pp. 62-63
[9] *Ibid*.

quadro giuridico del nostro Paese, in relazione alla volontarietà dei trattamenti sanitari e, conseguentemente, al consenso informato, riconosce portata immediatamente prescrittiva all' articolo 32, comma 2 della Costituzione e che le Corti superiori italiane, in particolare la Corte di Cassazione civile e la Corte Costituzionale[10], hanno in più occasioni ricostruito[11] un insieme di norme, interne e sovranazionali[12], presenti e valide nell'ordinamento, applicabili per la disciplina dei temi in oggetto. Senza pretesa di esaustività, dobbiamo tuttavia ricordare che, soprattutto la Corte costituzionale con la sentenza n. 438 del 2008, ha ribadito che il consenso informato si configura quale vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». La Corte, infine, non ha mancato di sottolineare che «[…] il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, che pone in risalto la sua funzione di sintesi di *due diritti fondamentali della persona*: quello all'autodeterminazione e quello alla salute».

In riferimento all'aspetto, questo sì forse maggiormente innovativo della legge n. 219/2017, del riconoscimento delle disposizioni anticipate di trattamento quale strumento utile per poter riferire una volontà, il più possibile certa e vicina al vissuto e ai convincimenti della persona caduta in stato di incapacità, si devono fornire alcune precisazioni. La Corte di Cassazione sul caso Englaro, come noto, aveva già contribuito a fare chiarezza, ritenendo ingiustificato e discriminatorio considerare in modo diverso la volontà attuale, rispetto a quella espressa in forma anticipata, riguardo ai trattamenti che si vorrebbero o non si vorrebbero praticati, nel caso in cui un soggetto cada in stato di incapacità. Ancora di maggior interesse, in relazione alla direttive o disposizioni anticipate, nel caso di espressa previsione di un fiduciario, era la giustificazione etico-giuridica fornita dalla Corte stessa. Il decisore sostitutivo era stato infatti considerato soggetto che ha la responsabilità non tanto di decidere "al posti di" o "per", ma "con" l'incapace: «egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, [… deve ricostruire] la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»[13].

Pertanto, la legge 219/2017 si pone quale risultato, sul piano legislativo, di piena attuazione non solo dei principi richiamati a livello internazionale e dalle Corti superiori italiane, ma è un elemento normativo, che legittima e giustifica, una volta di più e senza ambigue opacità, la buona

[10] Cfr., in particolare, la sentenza del 15 dicembre 2008 della Corte costituzionale (udienza del 1 novembre 2008 , n. 438; il testo è consultabile al seguente indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2008&numero=438

[11] Si rinvia alla ricostruzione effettuata nelle motivazioni della sentenza di Cassazione sul caso Englaro, sentenza della Cass. Civ. del 16 ottobre 2007, (ud. del 4 ottobre 2007) n. 21748, il cui testo è consultabile al seguente indirizzo: http://www.anaao.it/userfiles/file/21748.pdf

[12] Cfr. gli articoli 5 e 9 della Convenzione su diritti umani e la biomedicina di Oviedo, 1997 e l'articolo 3 della Carta di Nizza del 2000

[13] Cfr. punto 7.3, terzo capoverso del "Considerato in diritto" della sentenza Cass. Civ. del 16 ottobre 2007, (udienza del 4 ottobre 2007) n. 21748

pratica clinica se messa in atto alla luce del consenso informato quale istanza etica e vincolo giuridico[14].
Questo ha significato sancire che è la volontà del soggetto interessato a giustificare le scelte sulle cure e gli interventi sul corpo, volontà espressa sia in forma attuale, sia con una disposizione anticipata.
Inoltre, non va dimenticato che gli stessi codici deontologici dei diversi operatori sanitari[15] coinvolti nelle pratiche di cura e di assistenza, da tempo, hanno al proprio interno prescrizioni precise sulle questioni del consenso ai trattamenti, riguardo ai doveri di informazione, di rispetto delle volontà anticipatamente manifestate, non meno che riguardo alla possibilità di sospendere o non attivare un trattamento, ritenuto irragionevole e da cui non si possa ottenere alcun beneficio.
Allora, hanno forse ragione coloro che considerano la legge n. 219/2017 inutile? La risposta, negativa, è giustificata sulla base di diversi argomenti. Le *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento* sono la traduzione, sul piano legislativo ordinario, di prescrizioni e principi normativi certamente presenti nel dibattito e nella cultura giuridica italiana degli ultimi decenni, che hanno ricevuto una formulazione, agile e organica, nello strumento legislativo. Esso rappresenta, pertanto, un felice approdo e un punto di riferimento fruibile non solo per gli operatori del mondo del diritto, bensì anche, e soprattutto, per i soggetti che si trovano coinvolti in molti contesti della cura e dell'assistenza, che per una migliore pratica clinica chiedevano – e finalmente hanno ottenuto – uno strumento normativo che recepisse, estendendole *erga omnes*, alcune imprescindibili prescrizioni, non solo deontologiche.
Al di là delle buone ragioni a sostegno della legge n. 219/2017, brevemente ricordate nei paragrafi precedenti e già ampiamente discusse e illustrate in diverse sedi[16], questa è l'occasione per proporre un'analisi etico-giuridica degli argomenti che possano qualificare la legge n. 219/2017 (anche) come una legge *giusta*.

3. La legge n. 219/2017: una legge *giusta.*

In che senso può essere considerata una legge giusta? Una prima risposta, quasi ovvia, porterebbe a dire che si tratta di un insieme di norme emanate *secondum ius*. Se ci domandassimo sulla base di quali ragioni una provvedimento, una norma, una legge sono giusti e se ci limitassimo a valutarli giusti *solo* perché emanati da organi competenti, a seguito di procedure formalmente valide, ridurremmo la valutazione di ciò che è giusto a ciò che è comandato, col rischio di confinare la discussione nell'ambito delle criticità del legalismo etico[17], senza tenere in

[14] Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto, cit.*, pp. 79-93
[15] Sinteticamente, si rinvia, in queste sede, al Titolo IV del codice di deontologia dei medici, in particolare agli articoli dal 33 al 39, non meno che all'articolo 20, a proposito del tempo di informazione/comunicazione come tempo di cura Per quanto riguarda il codice deontologico degli infermieri, invece, si rimanda al Capo IV, in particolare agli articoli dal 19 al 40.
[16] Cfr. *supra*, i riferimenti bibliografici proposti nella nota 3 e cfr. C. FARALLI, *Il difficile percorso per una legge di civiltà A proposito della Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Sociologia del diritto*, n.1, 2018, pp. 175-183; cfr. anche C. CASONATO, *La legge 219/2017, tra conferme e novità*, in *BioLaw Journal. Rivista di biodiritto*, n. 1, 2018, pp. 11-13
[17] Per un approfondimento teorico- giuridico sul legalismo etico cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 2014, in particolare il cap. V. Cfr. anche L. FERRAJOLI, *L'itinerario di Norberto Bobbio: dalla teoria generale del diritto alla teoria della democrazia*, in *Teoria Politica*, n. 3, 2004, pp. 127 e ss.; cfr. L. TRIOLO, *Il legalismo giuridico. Riflessioni in margine ad una teoria critica della*

considerazione che altri, e diversi approcci etico – giuridici, possono essere adottati e senza comprendere i molti profili connessi alla legge in esame.
Potremmo allora provare ad affrontare la questione da un'altra prospettiva.
Nella riflessione bioetica, quando si menziona la "giustizia", la si considera uno dei principi a cui improntare l'etica biomedica. Come sostenuto, ad esempio, da Bauchamp e Childress[18], e come ricordato da diversi autori[19], esistono almeno sei differenti significati attribuibili al principio di "giustizia", molto diversi gli uni dagli altri, che sono richiamati quando ci si appella alla giustizia in riferimento al diritto alla salute e a corrette pratiche all'interno di servizi sanitari. È possibile individuare «a rappresentive list of some major candidates for the position of valid material principles of [distributive] justice (though other lists have been proposed): 1.To each person an equal share; 2. To each person according to need; 3. to each person according to effort; 4. To each person according to contribution; 5. To each person according to merit; 6. To each person according to free-market exchanges[20]».
Tuttavia, tradizionalmente, il principio di giustizia è messo in relazione quasi esclusivamente[21] con i profili allocativi, secondo la definizione, molto nota, che ne ha dato H. T. Engelhardt jr. L'autore considera il principio di giustizia il criterio secondo il quale è eticamente giustificata ogni prassi clinica o assistenziale realizzata in attuazione di una politica sanitaria che garantisca l'accesso degli individui alle cure mediche in condizioni di equità[22].
Sulla base di queste premesse, a lungo, nei contesti di riflessione biomedica, la giustizia di una scelta in un percorso clinico – terapeutico è stata considerata prevalentemente in riferimento alla sua sostenibilità sul piano dei costi, dovendo gestire risorse limitate.
Questa idea di giustizia nelle questioni di salute e sanità ha però mostrato almeno due grossi limiti. Il primo è riferito alla concezione ancillare, quasi subordinata, della giustizia delle scelte riguardo al corpo e alle cure rispetto agli altri principi bioetici, come il principio di autonomia, di beneficenza e di non maleficenza. Si è a lungo ritenuto che il primo e principale obiettivo fosse quello di mettere il paziente al centro del percorso di cura, di valorizzarne le scelte autonome, di perseguire il *best interest* quando si fosse di fronte a soggetti incapaci e, ovviamente, che tutta la cura e l'assistenza fossero erogate per evitare di fare del male agli assistiti. Solo in via eventuale, e semmai in momenti successivi, si è presa in considerazione la giustizia (allocativa o distributiva) delle scelte compiute.

---

legalità, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 4, 2004, pp. 154-199; cfr. infine G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 203-227, in particolare pp. 210 e ss.

[18] Cfr., sul punto, T. L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica*, Le Lettere, 1999, trad, it di *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1979, p. 161. Riguardo alla rimodulazione del principio di giustizia, si veda anche la settima edizione del testo degli autori, ripubblicata nel 2013: cfr. ID. *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 2013

[19] Per il riferimento a differenti significati di *giustizia in bioetica*, cfr. ad esempio, M. CHIODI, *Modelli teorici in Bioetica*, Franco Angeli, 2005; cfr. A. PESSINA, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Bruno Mondadori, 2000; cfr. anche M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Giuffré, 2009, in particolare p. 15, nota 8, in cui richiama i "padri" del principialismo in bioetica, vale a dire T.L. Beauchamp e J.F. Childress

[20] Cfr. T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica, , op. cit.*, pp. 161 e ss.

[21] Per una differente considerazione teorica e per diverse modulazioni concrete della giustizia delle scelte per la salute e la sanità, cfr. L. FORNI, *La sfida della* giustizia *in sanità, cit.*, in particolare il cap. 5, pp. 165-202

[22] Cfr. la definizione del principio di giustizia di H. T. ENGELHARDT, *Manuale di Bioetica*, Il Saggiatore, 1992, pp. 118-122 e, in particolare, per il principio di *giustizia*, pp. 404 e ss.

Il secondo limite, invece, riguarda il fatto che l'accesso a cure mediche, a beni e servizi complessi, non sempre concretamente fruibili o disponibili in egual misura per tutti, ha portato a considerare la giustizia il criterio *economico* delle scelte, con cui stabilire la distribuzione delle risorse. A loro volta, le risorse sono ritenute, per lo più, cifre che denotano importi di spesa disponibili, voci di budget o, in ogni caso, elementi traducibili in somme di denaro.
Una tale configurazione della *giustizia* in contesti di assistenza sanitaria risulta distorcente, specie nei contesti di assistenza alla fine della vita, perché porta a considerare giusto solo ciò che è economicamente conveniente e rende ancora più difficile una buona pratica clinica, che da una parte deve valorizzare l'autonomia e il miglior interesse dei pazienti e, dall'altra parte, deve stabilire tetti di spesa per ogni reparto e, molto spesso, per ogni singolo malato. Il rischio a cui espone questo modo di intendere - e mettere in pratica – il principio di *giustizia* è, però, soprattutto riferito al possibile esito paradossale a cui porterebbe: si arriverebbe a considerare eticamente proponibile ed approvabile un piano terapeutico solo a patto che sia anche economicamente vantaggioso. Un tale scenario sarebbe il risultato di un completo rovesciamento dei principi bioetici propri della pratica clinica, e anzi sarebbe l'inizio di un nuovo modo di intendere l'etica biomedica, laddove le scelte sarebbero eticamente approvabili a patto che comportino, se non dei guadagni, quanto meno una adeguata copertura economico – finanziaria.
Proprio tenendo in considerazione questi rilievi è opportuno richiamare, pur brevemente, alcune fertili intuizioni di Amartya Sen[23] sul tema della *giustizia* delle scelte, per comprendere la portata, per certi versi innovativa, delle sue proposte, specie se contestualizzate in riferimento alla legge n. 219/2017.

4. Vantaggi e risorse. Elementi nuovi per le scelte nella relazione di cura

Sen sostiene che ciò che si considera giusto, sia per i singoli, sia per le questioni pubbliche (e si deve precisare, anche per quelle di salute), è di solito stimato in riferimento al *vantaggio* generale che si può ricavare[24]. "Vantaggio" è un termine che, nelle teorie classiche (utilitariste e neocontrattualiste), è stato spesso considerato sinonimo o equivalente di altre espressioni o termini, quali, ad esempio, "utilità personale", "felicità", "piacere individuale", "patrimonio", "reddito" etc. etc.
Discostandosi da significati tradizionalmente presenti nelle discussioni sul tema, l'autore propone una originale ridefinizione del termine "vantaggi", o *capabilities*. Per "vantaggio" o "vantaggi", egli intende la capacità concreta dei soggetti di interagire con l'ambiente in modo da modificarlo e di riuscire così a fare «ciò a cui il soggetto stesso assegna un valore»[25]. Egli inoltre specifica ulteriormente l'espressione "assegnare un valore" secondo due significati. In un primo senso, l'espressione assume il significato di «ciò che vale la pena di fare/essere»[26]. In un secondo senso, Sen ritiene che "assegnare un valore", sia un altro modo di individuare ciò che è *una risorsa.*

[23] Di Sen segnaliamo, sul tema della giustizia nelle scelte, pubbliche e provate, tra i molti contributi: A. SEN, *Etica e economia*, Laterza, 2000; ID., *La ricchezza della ragione*, Il Mulino, 2000; ID. *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, 2002; ID., *Razionalità e libertà*, Il Mulino, 2005; ID., *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, 2006; ID., *L'idea di giustizia*, Mondadori, 2010; ID., *La diseguaglianza*, Il Mulino, 2010; ID., *L'azione giusta*, Ediesse, 2012
[24] Cfr. A. SEN, *L'idea di giustizia, cit.*, p. 243
[25] Cfr. A. SEN, *L'idea di giustizia, cit.*, p. 243
[26] Cfr. A. SEN, *L'idea di giustizia, cit.*, pp. 262 e ss.

Pertanto, stimare ciò che è un "vantaggio" significa individuare ciò che è una "risorsa" e, al tempo stesso, significa individuare «ciò che vale la pena di fare/essere»[27].
Potremmo allora domandarci se le prescrizioni presenti nella legge n. 219/2017 siano davvero capaci di orientare operatori e pazienti verso scelte che valga la pena fare. Più in generale, per i soggetti in gioco, è davvero una legge vantaggiosa, che disciplina organicamente scelte approvabili, da preferire, o in senso lato *giuste*[28]?
La risposta, affermativa, può essere argomentata in relazione a due specifici profili. Il primo si riferisce alla valorizzazione dei soggetti della relazione di cura, precisandone diritti e doveri e disciplinando modi e forme della manifestazione di volontà; il secondo, invece, riguarda le prescrizioni per favorire una buona pratica clinica, attenta a garantire, il più possibile, una relazione di cura non conflittuale, soprattutto nei percorsi alla fine della vita.
Per quanto riguarda la considerazione dei soggetti della relazione di cura, il secondo comma dell'articolo 1 della legge n. 219/2017 prescrive, appunto, che «è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico».
Questa norma ha un'incidenza più ampia di quanto si ritenga, poiché senz'altro è da intendersi nel senso che la relazione di cura è un *continuum*, è un processo necessario affinché tutti i soggetti coinvolti possano esercitare i loro diritti (e i loro doveri); la norma evidenzia, inoltre, che una corretta impostazione della relazione deve fondarsi su competenza e fiducia, che divengono le premesse o precondizioni a muovere dalle quali il paziente compie le sue scelte. Per valutare con adeguatezza cosa sia vantaggioso, o abbia valore, cosa valga la pena fare o essere, e *scegliere*, il primo elemento che va esplicitato riguarda l'importanza della componente informativa[29], che risulta fortemente condizionata anche dalla responsabilità e dalla professionalità dei curanti, nell'instaurare una relazione di cura.
La volontà di un soggetto circa le cure è, pertanto, un giudizio articolato, nel quale i sanitari giocano l'imprescindibile ruolo di portatori di competenza tecnico – scientifica, ma anche di interlocutori affidabili con cui interagire sulla base di lealtà e fiducia[30]. È proprio grazie all'incontro di due soggetti, con vissuti, esperienze e competente diverse, che si realizza, concretamente, l'autonoma decisione dei pazienti riguardo ciò che, per loro, vale la pena conoscere e scegliere.
Fin dalle prime fasi della relazione terapeutica si delineano, inoltre, le risorse disponibili: lungi dall'essere *esclusivamente* di natura economica, "risorsa" è ogni elemento che porta vantaggi, che "vale la pena" usare/modulare/decidere/acconsentire/rifiutare etc. in un percorso clinico – assistenziale.

---

[27] Cfr. A. SEN, *L'idea di giustizia, cit.*, in particolare pp. 262-277
[28] Cfr. U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e Diritto*, Laterza, 1980, pp. 12 e ss.
[29] Cfr. A. SEN, *La disuguaglianza, cit.*, pp. 107 e ss.
[30] Su questo punto, che torna in discussione anche in ambiti diversi da quello italiano o europeo, come ad esempio nel contesto americano, cfr. M. K. KILDBRIDE, S. JOFFE, *The New Age of Patient Autonomy.Implications for the Patient-Physician Relationship*, in JAMA, pubblicato online il 15 ottobre 2018, doi:10.1001/jama.2018.14382

Sono considerate, allora, "risorse" le competenze dei curanti, la relazione di fiducia, oltre che, ovviamente, le informazioni e tutti i presidi diagnostici, farmaceutici, chirurgici etc., propri di ogni contesto terapeutico.
La legge n. 219/2017, tuttavia, al comma 8 dell'articolo 1, ha sancito anche che: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».
Non a caso questa è una delle prescrizioni accolte con maggior favore dagli operatori, soprattutto da coloro che operano nelle cure palliative e nei percorsi alla fine della vita, proprio perché il legislatore ha considerato il tempo della comunicazione non come risorsa da intendersi alla luce di categorie aziendali o meramente economiche: il tempo è una risorsa *di cura*, da valorizzare, perché è una componente della stessa relazione terapeutica e non uno strumento di misurazione delle *performance* assistenziali.
A partire di contributi seniani, "risorsa" è termine non tanto descrittivo di uno o più elementi da usare in un percorso terapeutico, ma connotato da un preciso significato valutativo: stimare cosa è risorsa, per il paziente, così come per i curanti, significa esplicitare cosa ha senso e valore, cosa è importante e *giusto*, indipendentemente dalla mera incidenza economica.
Se prendiamo sul serio gli strumenti interpretativi ricavati dalla teoria di Sen e se rileggiamo la legge n. 219/2017, sono risorse i pazienti, i loro familiari - a patto che il paziente sia d'accordo circa la loro inclusione in un percorso informativo/deliberativo – gli stessi operatori, che hanno il dovere di dedicare tempo adeguato alla informazione e alla comunicazione, al fine di prospettare possibili linee di azione. Non si tratta più solo di gestire beni e servizi in un regime di scarsi finanziamenti; si tratta, per lo più, di avere consapevolezza che saranno i pazienti, con le loro scelte, ad orientare l'azione terapeutica verso quali percorsi intraprendere, continuare, modificare o sospendere. La modulazione delle risorse diventa, allora, direttamente conseguente alla manifestazione di volontà circa i trattamenti dei soggetti stessi, volontà che è doveroso rispettare sia in forma attuale, sia attraverso una disposizione anticipata[31].
Questo significa che una scelta è giusta se presa in modo ponderato, a seguito di una adeguata informazione, sulla base di un libero consenso informato. Significa, altresì, che non sarà più possibile considerare la giustizia di una scelta solo in relazione al suo costo, proprio perché la migliore gestione delle risorse parte dalla valorizzazione della volontà degli assistiti, considerati soggetti che non solo vale la pena, ma che è doveroso coinvolgere, se lo vogliono, nel percorso di cura.
La giustizia delle decisioni e delle scelte, pertanto, non è eventuale e confinata alla sostenibilità economica; una scelta è giusta proprio perché è una scelta libera e informata, che è valso la pena prendere, rivedere, cambiare etc. Si evidenzia, pertanto, il ruolo giocato dai *soggetti*[32]. Grazie, infatti, al coinvolgimento nei processi deliberativi dei pazienti[33], si possono attuare rimodulazioni di *risorse personali*, che incidono e incideranno sull'allocazione complessiva.
Su questo specifico punto non esistono ancora indagini precise di tipo statistico, ma in prospettiva sarebbe interessate valutare i risparmi di spesa che si potranno realizzare, prendendo sul serio l'autonomia dei soggetti e, al tempo stesso, la giustizia delle scelte compiute.

---

[31] Cfr. Art. 4 della legge n. 219/2017
[32] Cfr. A. SEN, *Giustizia e capacità*, in ID., *La disuguaglianza, cit.*, pp. 110-115
[33] Cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Giuffrè, 2007, pp. 7 -30

5. Scelte *giuste*, anche alla fine della vita.

Il secondo profilo di giustizia che si può evidenziare nella legge n. 219/2017 riguarda i comportamenti virtuosi, a tutela dei pazienti e degli stessi operatori sanitari, volti a favorire scelte giuste, specialmente nei percorsi *alla fine della vita*.

I contesti di cura e assistenza caratterizzati non tanto da situazioni patologiche acute, ma da condizioni croniche, giunte alle ultime fasi o gli ambiti in cui si lavora prevalentemente con pazienti a prognosi infausta sono stati oggetto di particolare attenzione dalla legge qui esaminata. Le fasi legate alla cura di soggetti per i quali non sia più prospettabile un percorso di guarigione, proprio perché generalmente caratterizzate da tensioni, ansia e difficoltà in generale, anche tra gli operatori, secondo la nuova disciplina dovrebbero trarre giovamento e potremmo immaginare, nel medio e lungo termine, un significativo miglioramento delle prassi. Le ragioni sottese a tali aspettative sono legate alla portata di molte prescrizioni introdotte.

Il comma 7 dell'articolo 1 ha stabilito che «nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla». L'articolo 1, comma 5, prescrive, inoltre, che «qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». Infine, di particolare incidenza sono le prescrizioni sancite all'articolo 2, che disciplina i doveri di intervento dei sanitari, e del medico in particolare, attraverso presidi e strumenti propri delle cure palliative e volti al sollievo del dolore, fisico e psichico, e che impone obblighi di assistenza e di cura a pazienti con prognosi infausta, senza tuttavia che ciò si traduca in ostinazioni irragionevoli nelle cure, né nella somministrazione di trattamenti inutili o sproporzionati[34].

Le norme menzionate evidenziano che la sofferenza è in linea di principio un disvalore; al contrario, le migliori risorse sulla base delle quali sarà possibile modulare presidi, medicinali e interventi, sono individuate a partire dalle scelte di coloro che sono nelle fasi finali dell'esistenza. Sembra paradossale, ma proprio in questi contesti, ciò che vale la pena più di ogni altra cosa e ciò che rappresenta un vantaggio sono le decisioni del paziente stesso. Egli, infatti, ha il diritto di non iniziare, sospendere o rifiutare trattamenti che non ritiene (più) sostenibili, nelle condizioni in cui versa e, peraltro, sono esplicitati i doveri dei sanitari, di non ostinarsi in cure irragionevoli o in terapie e presidi inutili o sproporzionati e che, tuttavia, devono garantire cure e assistenza, in ogni caso.

[34] Cfr. il testo dell'articolo 2: "Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità" nella fase finale della vita, che prescrive al medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, di adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico (co. 1). A tal fine, al secondo comma, si precisa che è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore. Inoltre, nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.

Riguardo alla sospensione o non attivazione di un trattamento, le norme richiamate rinviano all'ineludibile valutazione soggettiva di chi ha in gioco la propria vita, che valuta, insieme ai curanti, se scelte adottate in precedenza siano ancora sostenibili, o se, in uno scenario mutato o aggravato, siano ora divenute irragionevoli, inutili o sproporzionate[35]. Il legislatore ha sancito che, al di là degli stretti criteri di appropriatezza clinica, è il paziente il soggetto che ha diritto di decidere riguardo alla non attivazione o alla sospensione di un trattamento: ignorare la sua volontà, o prescinderne, significa compiere un illecito, che si traduce in un aggravio delle condizioni psico – fisiche del soggetto, e che cagiona svantaggi e danni.

Proprio in ragione della complessità delle circostanze in cui spesso le cure alla fine della vita vengono erogate, il legislatore ha chiarito, al sesto comma dell'articolo 1, che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale». Questo significa che, in attuazione del secondo comma dell'articolo 32 della Costituzione, ogni paziente adulto e capace ha il diritto di rifiutare qualunque trattamento o terapia, anche salvavita; ha altresì il diritto di non iniziare o di sospendere i trattamenti o le terapie in atto. Tali scelte si configurano come lecite e *giuste*, e si è fatta chiarezza anche a livello legislativo riguardo la praticabilità di tali decisioni, che non hanno conseguenze giuridicamente configurabili per gli operatori sanitari.

La norma che esime gli operatori da responsabilità risarcitorie e da imputazioni penalmente rilevanti, quando agiscono nel rispetto della volontà dell'assistito, dovrebbe essere considerata una prescrizione di particolare importanza, per svelenire il clima di sfiducia tra curanti e pazienti, perché mira a ripristinare – o a favorire - condizioni di cura il più possibile distese. In ogni caso, questa prescrizione dovrebbe imprimere una positiva controtendenza a stili e a prassi non rispettose delle volontà dei soggetti e di cui si è troppo a lungo sottovalutato la rilevanza nel radicare e incrementare comportamenti orientati solo alla c.d. "medicina difensiva"[36].

Allo stesso tempo, tuttavia, non ogni richiesta avanzata dai pazienti è *giusta* e deve essere accolta. Il secondo capoverso del sesto comma dell'articolo 1, infatti, prescrive che il paziente non possa esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali e che, a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali.

Questa prescrizione ha una portata significativa: chiarisce che non si ha diritto di richiedere, e dunque di ottenere, qualunque somministrazione di pseudo farmaci o presunte terapie o interventi e strumenti medico – sanitari non comprovati dall'evidenza scientifica e validati dalla comunità

---

[35] Per un'analisi dei profili specifici della legge n. 219/2017 qui menzionati, cfr. M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e Dat: tutte le novità*, in *Il civilista*, 2018, edizione speciale sulla legge n. 219/2017

[36] La medicina difensiva è definita «una deviazione da buona prassi clinic-terapeutiche, dovuta primariamente alla minaccia di una responsabilità». Cfr. D. M. STUDDERT, M. M. MELLO and W. M. SAGE, *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment*, in *JAMA*, n. 1, 2005, pp. 2609-26617. Per un approfondimento su questo tema, cfr., fra i molti, D. J. PALMISANO, *Health Care in Crisis: The Need for Medical Liability Reform*, in *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol 5, 2013, article n. 10, pp. 371-384. Sui problemi etici e giuridici sollevati dalla medicina difensiva, si rinvia anche a C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria* in *Responsabilità civile e previdenza: Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, n. 2/2018, pp. 410-444. Cfr. infine, più di recente, F. POGGI, *La medicina difensiva*, Mucchi Editore, 2018

scientifica stessa (come invece è capitato, nel nostro Paese, in almeno due casi molto noti: i c.d. caso "Di Bella"[37] e il caso "Stamina"[38]). La norma, inoltre, non pone obblighi professionali ai sanitari destinatari di richieste contrarie alla legge, alle norme deontologiche e alle buone pratiche professionali. Pertanto, se è chiarito che la richiesta di sospensione o non attivazione di trattamento è sempre lecita, anche quando comporti la morte del paziente, e che non configura[39] (né lo ha mai fatto) richiesta eutanasica, altrettanto chiarito è il fatto che l'eutanasia, intesa come una richiesta reiterata, esplicita e inequivoca, avanzata da un paziente capace ad un operatore sanitario, di porre fine alla propria vita, perché ritenuta non più esistenzialmente sostenibile[40], sarà considerata richiesta giuridicamente illecita[41], finché saranno vigenti gli articoli 579 e 580 del Codice penale[42] o finché non vi sia una norma specifica che, come nel caso delle legislazione olandese, depenalizzi tali pratiche[43].

6. Brevi osservazioni conclusive.

La legge n. 219/2017 è un esempio di come il principio di giustizia nelle questioni riguardanti il corpo e le scelte di salute ad esso connesse si possano concretizzare, per consentire scelte giuste, per tracciare i confini delle richieste approvabili, sul piano morale e deontologico, e lecite su quello giuridico.

Tanto maggiore è l'informazione puntuale e corretta data al paziente, in ogni fase dell'assistenza o della cura, tanto migliori saranno le prassi sanitarie che si potranno avere. L'informazione, comprensibile e completa, dovrà riguardare certamente alcuni, centrali, elementi, come la diagnosi, la prognosi, le eventuali alternative terapeutiche, i rischi o le possibili complicanze connesse alla terapia o agli interventi[44]; tuttavia anche altri profili devono essere presi in considerazione. Aver sancito in modo chiaro il diritto di ogni paziente, se lo vuole, di conoscere effettivamente la reale condizione in cui versa, significa affermare il diritto a non essere ingannato e a ricevere una informazione puntuale, esaustiva e veritiera non solo sullo stadio della malattia, ma anche sul prevedibile sviluppo che questa potrà avere, anche se si tratta di prognosi grave, di progressiva e inarrestabile degenerazione, o di prognosi ad esito infausto.

---

[37] Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto, cit.*, pp. 161-169; cfr. M. BUCCHI, *La provetta trasparente. A proposito del caso Di Bella*, in *il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di politica*, n. 1, 1998, pp. 90-102: doi: 10.1402/738

[38] Cfr. M. FERRARI, *Il caso "Stamina" alla luce della normativa vigente: quali responsabilità in capo ai diversi protagonisti?*, in B. INZITARI (a cura di), *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, Giappichelli, pp. 749-778; cfr. anche M. CAPOCCI, G. CORBELLINI (a cura di), *Le cellule della speranza: il caso Stamina tra inganno e scienza*, Ed. Codice, 2014; cfr., infine, A. MICHIENZI, R. VILLA, *Acquasporca*, Zadig, 2014.

[39] Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto, cit.*, in particolare pp. 468-471

[40] Si ripropone la definizione di "eutanasia" considerata, tra le molte presenti, quella più appropriata e discussa in sede scientifica. In particolare, si rinvia alla definizione offerta da Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto, cit.*, in particolare pp. 339-340

[41] Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto, cit.*, in particolare pp. 461-471.

[42] Gli articoli 579 e 580 del Codice penale, infatti, disciplinano, rispettivamente, le fattispecie dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione o aiuto al suicidio.

[43] Cfr. Legge 12 aprile 2001, *Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, pubblicata in Stb. del 26 aprile 2001, n. 194, e consultabile al seguente indirizzo http://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/2014-02-15

[44] Questi sono i doveri informativo-comunicativi che si ricavano, come ricordato *supra*, non solo dal testo della legge , ma anche dagli artt. 20, 33, 34 e 35 dell'attuale Codice di deontologia dei medici.

La legge esaminata, inoltre, consente scelte giuste rispetto alle modalità con cui si deve attuare la relazione di cura. Se è vero che le risorse hanno un'incidenza economica, è stato chiarito che non tutte le risorse, specie quelle più rilevanti nella relazione di cura, sono economicamente misurabili.
Le *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento* prescrivono di curare, anche quando non si può guarire, prevenendo fenomeni di "abbandono terapeutico". Definiscono diritti e doveri di pazienti e curanti, anche e soprattutto nelle fasi finali della vita.
La legge n. 219/2017 è una legge da promuovere e da difendere perché considera i pazienti *persone*, vale a dire soggetti meritevoli di attenzione e di considerazione, fino alla fine della loro esistenza[45].
È una legge che valorizza i criteri dell'etica biomedica, rispetto ai quali pone in evidenza la co-primarietà dei principi di autonomia e giustizia[46].
Porta a scelte giuste perché è un prodotto coerente con tutto l'impianto normativo previgente, sovranazionale e nazionale, anche in relazione alle prescrizioni deontologiche degli operatori sanitari.
Scelte giuste si potranno avere, in ogni contesto clinico – assistenziale, ma specialmente in quelli alla fine della vita, perché le norme esaminate consentono ai pazienti di essere considerati la prima, ineludibile, risorsa a cui guardare per la decisione di ogni linea di azione e di cura.
La legge n. 219/2017, se anche non è strumento diretto al superamento della rimozione della morte, contribuisce a costruire una cultura orientata alla qualità della vita, a valorizzare la fiducia tra operatori, pazienti e familiari, soprattutto nella determinazione di cosa valga le pena fare, o non fare, iniziare o sospendere, nei percorsi finali dell'esistenza. Infine, la legge in esame è una legge *giusta* e vantaggiosa, perché consente di garantire uno dei diritti fondamentali più rilevanti nel momento contemporaneo, il fondamentale diritto all'autodeterminazione circa le cure e perché i pazienti non avranno a che fare con "alleati"[47], ma con curanti preparati e professionali, con cui condividere un tratto importante (spesso l'ultimo tratto), della loro esperienza di vita, di malattia e di cura.

---

[45] Sul punto, cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morali" e diritto, cit.*, pp. 486-489
[46] Sul punto, cfr. L. FORNI, *La sfida della giustizia in sanità, cit*., pp. 196-202
[47] È stata superata la c.d. "alleanza terapeutica", espressione evocativa, che rimanda all'idea di un patto tra soggetti su piani asimmetrici, in cui in genere il medico riveste il ruolo di esperto, che chiede al malato, in una posizione svantaggiata, di aderire e dunque, di allearsi, al piano terapeutico proposto. In questo senso cfr. S. T. LEVY (Eds.), *The Therapeutic Alliance*, International Universities Press, 2000; cfr. V. LINGIARDI, *L'alleanza terapeutica,* Cortina, 2002; cfr. anche J. D. SAFRAN, J. C. MURAN, E. SAVI, *Teoria e pratica dell'alleanza terapeutica,* Laterza, 2011; cfr. infine G. LIOTTI, F. MONTICELLI, *Teoria e clinica dell'alleanza terapeutica,* Cortina, 2014. Non va dimenticato, però, che da tempo molte criticità e perplessità erano state evidenziate in ambito bioetico e teorico – giuridico circa l'appropriatezza dell'uso di tale espressione, che porta con sé una eco paternalistica. In proposito, contro l'uso e la spendibilità di tale espressione, cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto, cit.* pp. 105-107

L'interruzione di un trattamento salvavita in assenza di DAT: quali spazi per il consenso presunto?

di ***Lucia Maldonato*** *(Dottoranda di ricerca in diritto penale - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)*

La legge 219/2017 delinea una precisa procedura per fissare le volontà personali in materia di trattamenti sanitari e per esprimere il consenso o il rifiuto rispetto a scelte terapeutiche o a singoli trattamenti, in previsione di un'eventuale sopravvenuta incapacità di autodeterminarsi: in ciò consistono le disposizioni anticipate di trattamento (DAT). L'evenienza che le DAT non vengano formulate, tuttavia, non pare irrealistica, complesse sono le procedure e l'idea di dover decidere sul fine vita non è ancora culturalmente radicata. Lo scenario che si apre è duplice: si potrebbe considerare che le forme prescritte per rendere le disposizioni anticipate di trattamento costituiscano una forma esclusiva per esprimere le proprie scelte di fine vita. In tal caso, la mancata redazione delle DAT potrebbe essere assunta come indice del fatto che il soggetto non abbia voluto esprimersi e le scelte sulla vita del paziente sarebbero rimesse alle decisioni dei medici. Diversamente potrebbe ritenersi che le forme prescritte dalla normativa di recente introduzione costituiscano solo un modo certificato per fissare pro futuro le proprie volontà. In tal caso potrebbe ammettersi la prova circa l'effettiva volontà del singolo rispetto ai trattamenti salvavita, secondo il meccanismo del substitutive judgement adottato dalle Corti americane: era proprio questa l'ipotesi che si era posta con il caso Englaro. Il problema rimane aperto. Qualora si ammettesse la possibilità di provare le volontà del soggetto con modalità diverse da quelle prescritte dalla legge, potrebbe essere scriminata la condotta del sanitario che interrompesse il trattamento salvavita?

Law 219/2017 outlines a specific procedure to set one's own will about health treatments and consent/refusal of therapeutic choices or individual treatments, in view of a possible future inability: these are the so-called "advance treatment disposals" (DAT). The chance that the DATs may not be expressly formulated by a hypothetical patient does not seem unrealistic though, as procedures are pretty well complex and the idea of deciding on the end of life is not culturally rooted yet. The scenario that opens up is thus twofold: one could consider that the forms prescribed to formalize the DAT constitute the sole option for expressing one's own end-of-life choices. In this case, failure in drafting the DAT accordingly could be taken as an indication that the subject did not want to express any choice: decisions regarding the patient's life would then be entrusted to doctors again. By contrast it could be assumed that such forms merely constitute a certified means to fix wishes for the future. In this case it would be possible to prove the patient's will with regard to life-saving treatments according to the mechanism of "substitutive judgment" adopted by the American Courts: this is precisely what has been contended in the famous Englaro case. The issue still lies unsolved. If this possibility is accepted, could the doctor's conduct be excused accordingly?

Sommario: **1.** Una premessa di metodo. - **2.** La legge 219/2017: luci e ombre di un provvedimento lungamente atteso. - **3.** La forma è anche sostanza: la procedura di cui all'art. 4 quale forma esclusiva per rendere le volontà sul fine vita. - **4.** DAT e *favor voluntatis*: la tutela dell'incapace e la volontà "presunta". - **4.1** Il caso di Eluana Englaro. - **5.** Il *substituted judgement* nella giurisprudenza delle Corti americane. - **6.** Incapacità sopravvenuta e accertamento della volontà: l'impossibilità di ricondurre le ipotesi in esame all' art. 3, co. 5 l. 219/2017. - **7.** Alcune possibili conclusioni.

1. Una premessa di metodo.

Il 14 dicembre del 2017 il Senato della Repubblica ha approvato in via definitiva il disegno di legge recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"[1].

La legge 219/2017 copre quello che lungamente è rimasto uno «spazio libero» dal diritto positivo[2], in ragione del carattere di estrema delicatezza della materia, laddove la coscienza sociale esige il rispetto dell'autodeterminazione dei singoli circa la propria esistenza. Le tematiche del fine vita, infatti, sono state tradizionalmente affrontate con un approccio problematico, mai avulso dalle peculiarità del singolo caso oggetto di giudizio e indirizzato a un bilanciamento di interessi e a una valorizzazione della auto-nomia delle persone coinvolte, ispirato al più da direttive fondamentali: un (bio)diritto del giudice più che della legge[3].

Il provvedimento di recente introduzione, nondimeno, tenta di riempire tale «spazio libero» e importa conseguenze di rilievo non solo sul piano civilistico, della tutela del diritto del singolo, ma altresì sul fronte penalistico, ove però la prospettiva è radicalmente differente e ispirata al

[1] Molteplici sono stati i commenti alla normativa di recente introduzione: si rinvia, per tutti, a L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2018, fasc. 2, p. 415 ss.; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona* (*DDL recante "Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*") in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2017, fasc. 3, p. 975 ss.; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 12, p. 123 ss.; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018. Più in generale sull'argomento v. D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 7-8, p. 57 ss.

[2] Sul punto v. F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg*., 1984, p. 1007 ss. Più in generale sull'argomento, cfr. M. BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. disc. pen.*, 1998, p. 113 ss.

[3] In proposito si rimanda alle fondamentali riflessioni di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, p. 9 ss. Il carattere di estrema concretezza dei casi di *end of life decisions* e la profonda unicità di ciascuna vicenda rispetto alle altre renderebbero inaccettabili i riferimenti a generalizzazioni o a colpi d'ascia del legislatore: fondamentale è il bilanciamento tra valori, che non potrà che essere compiuto dal giudice nel quadro dei principi di carattere generale. In questo senso v. anche G.M. FLICK, *A proposito di un testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 2009, n. 4, pp. 509 ss. In tema si vedano anche le riflessioni contenute in A. SANTOSUOSSO – G. GENNARI (a cura di), *Le questioni bioetiche davanti alle Corti: le regole sono poste dai giudici*, in *Nozione di Politeia*, nr. spec. 65, 2002.

valore dell'uguaglianza e ai canoni della tipicità e della determinatezza[4]. Come si vedrà, tuttavia, diverse sono le lacune legislative che impongono una più ponderata riflessione sia sui valori coinvolti sia sulle ricadute penalistiche.
Ci si concentrerà, nel corso dell'argomentare, sui profili problematici sollevati dalla nuova disciplina sulle disposizioni anticipate di trattamento (da questo momento DAT) e in particolare sulla regolamentazione di tutti quei casi in cui, in assenza di una precedente espressione di volontà, si debba decidere sulla vita di un soggetto non più capace di autodeterminarsi.

2. La legge 219/2017: luci e ombre di un provvedimento lungamente atteso.

La l. 219/2017, come viene evidenziato, dà rilievo centrale alla tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona nelle scelte terapeutiche[5]. Il diritto alla salute è garantito dunque tanto in senso positivo, come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, tanto in senso negativo, con il riferimento all'art. 13 Cost. e alla libertà personale, come il diritto a non vedersi imposto un trattamento sanitario, compresi la nutrizione e l'idratazione artificiali[6], senza il consenso libero e informato della persona[7]. Il diritto alla salute, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire[8].

---

[4] Così A. VALLINI, *Il fecondo pensiero di Stefano Rodotà nelle aride prospettive del biodiritto penale*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2018, n. 1, p. 174, ove sostiene le ragioni di un biodiritto più saldamente ancorato alla legge.

[5] Art. 1 l. 219/2017.

[6] La legge inquadra anche la nutrizione e l'idratazione artificiali tra i trattamenti rifiutabili e revocabili. L'anzidetta questione, tuttavia, non è assolutamente pacifica, anzi è ancor oggi oggetto di ampio dibattito bioetico tra chi li ritiene trattamenti sanitari e chi cure ordinarie, sempre dovute al paziente. Nella dottrina penalistica si rinvia a L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., pp. 424 - 425, ove evidenzia che non è possibile sostenere che l'espressione «trattamenti sanitari» ricomprenda tutti gli atti posti in essere per iniziativa medica, «posto che in tal caso la norma si risolverebbe in un truismo, essendo ovvio che quegli atti, in senso meramente descrittivo, sono sempre qualificabili come sanitari, in quanto correlati all'agire di un medico. La norma, dunque, ha senso solo se si riferisce all'intrinseca natura sanitaria degli atti di un medico, da valutarsi secondo i parametri tipici della medicina […] La medicina, pertanto, rimane impegnata a valutare, secondo criteriologie o linee guida sue proprie, in quali casi la nutrizione e l'idratazione artificiali, secondo le relative procedure, si configurino effettivamente come trattamento sanitario terapeutico e in quali casi manifestino, invece, le caratteristiche di un sostegno vitale o di un trattamento sanitario palliativo». In argomento cfr. anche ID., *Omissione dell'intervento terapeutico e eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, n. 4, p. 508 ss.

[7] Sul punto v. C. CUPELLI, *Approvato in via definitiva dal Senato il disegno di legge recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" (A.S. 2801),* in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 12, p. 1, ove ritiene che l'art. 1 *aggiorni* (corsivo dell'Autore) la formulazione dell'art. 32 Cost. In tema di diritto alla vita e alla salute di particolare interesse sono le riflessioni di riflessioni G.M. FLICK, *A proposito di un testamento biologico: spunti per una discussione*, cit. p. 520: «occorre integrare il riferimento alla vita con un'altra nozione, che ne è a prosecuzione e lo sviluppo logico: la definizione di salute – secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità – non già soltanto come assenza di malattie, ma come stato positivo di benessere, apprezzato soggettivamente, variabile nel tempo e bene unitario».

[8] Queste le parole della sentenza che conclude la tristemente nota vicenda di Eluana Englaro. Si rimanda a Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 2007 (ud. 4 ottobre 2007), n. 21748, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2008, p. 583 ss., con commento di C. SARTEA - G. LA MONACA, *Lo Stato Vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*, *ivi*, p. 607. In argomento cfr. le critiche mosse alla sentenza da C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 1058 ss. Cfr anche

Per contro, perché si possa validamente esercitare il diritto di autodeterminazione terapeutica è essenziale, ai sensi dell'art. 1, co. 2 della legge, che "*sia promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico"*. Centrale, dunque, è il consenso del paziente[9] in tutte le fasi del rapporto dello stesso con l'operatore sanitario: il consenso viene disciplinato rispetto al trattamento sanitario da eseguire nell'immediatezza, all'art. 5 della legge viene recepito il sistema di pianificazione condivisa delle cure per i casi di patologie croniche o invalidanti o caratterizzate da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta e, all'art. 4, vengono disciplinate le disposizioni anticipate di trattamento, le disposizioni ora per allora.
È proprio con l'introduzione delle DAT che il legislatore compie un passo di estrema audacia, innestando nel nostro ordinamento un istituto assai controverso e problematico. Attraverso le DAT ciascun soggetto maggiorenne e capace di intendere e di volere *può* fissare le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari per rendere il consenso o il rifiuto rispetto a scelte terapeutiche o a singoli trattamenti, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi[10].
Sul tema il legislatore ha operato una scelta netta, optando, come si approfondirà nel prosieguo, per la natura vincolante delle disposizioni anticipate: l'operatore sanitario, *ex* art. 1, co. 6, è infatti tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente, salvo che quest'ultimo esiga trattamenti contrari a norme di legge, a deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali[11].

E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico* in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1676 ss.; G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso « Englaro »: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*; in *Dir. giur.*, 2007, p. 573; M. PANEBIANCO, *Corte di Cassazione e caso Englaro*, in F. LUCREZI - F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita: Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubettino, 2010, p. 260-261; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*¸ in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1561.

[9] In tema si rinvia a C. VIGNA, *Vita umana e autodeterminazione. Una questione molto disputata*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2017, n. 2, p. 205 ss. Per interessanti riflessioni sui rapporti tra consenso e salute e sul concetto di autonomia privata in ambito terapeutico, cfr. V. ZAMBRANO, *La scelta di vivere e di morire: riflessioni a margine di un libro su "*Autodeterminazione in Salute*"*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2018, fasc. 2, p. 439 ss. Al consenso informato fa riferimento poi l'art. 35, co. 2, del Codice deontologico dei medici del 2014, ai sensi del quale «il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di un dissenso informato».

[10] In argomento, da una prospettiva più strettamente medico-clinica, circa la progressiva valorizzazione del consenso del paziente, si veda N. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico – clinica*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2016, n. 3, p. 241. Sulla necessità di dare rilievo alle volontà espresse attraverso una dichiarazione anticipata in materia di trattamenti sanitari si veda Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 2007, cit., p. 16, punto 7.5. Più in generale sulla questione si v. D. PROVOLO, *Le disposizioni anticipate*. *Le direttive anticipate: profili penali e prospettive comparatistiche*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI, (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, 2011, p. 1969 ss.

[11] Diversi commentatori hanno ritenuto che tale inciso costituisca il riconoscimento della possibilità per il sanitario di opporre la clausola di coscienza. In questo senso L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 423; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 130. Diversamente ritiene P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., pp. 5-9, ove esclude in radice la possibilità per il sanitario di opporre la clausola di coscienza.

Una disposizione anticipata è pertanto una direttiva vincolante, con il limite della incongruità[12], e che ha ad oggetto la globalità della persona, le condizioni di vita che l'individuo ritiene corrispondere a un'esistenza accettabile. Secondo alcuni Autori la disposizione deve intendersi come la sintesi del significato di vita dignitosa per il cittadino, che porta con sé il suo vissuto, l'esperienza, le convinzioni. Assumendo tale prospettiva, non rispettare le DAT significa qualcosa di più di violare il consenso, significa violare la stessa idea di dignità come cristallizzata dall'individuo all'interno della disposizione[13].

Non è possibile dilungarsi sull'argomento ma pare comunque opportuno effettuare alcune considerazioni introduttive circa la disciplina generale delle disposizioni anticipate. In effetti, il riconoscimento della vincolatività[14] *tout court* delle DAT non è affatto scevro di profili

[12] Una norma così congegnata si pone dunque nel senso della totale valorizzazione dell'autonomia del paziente a discapito dell'autonomia del medico chiamato a dare attuazione alle volontà del soggetto non più capace. Tale situazione porrebbe dunque un totale sacrificio dell'autonomia professionale del medico e dunque la sua indipendenza di giudizio su quale possa essere il miglior interesse del paziente. Sottolinea questo aspetto N. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana*, cit., p. 246. In questo senso si pone anche la sentenza del reclamo nel caso Englaro, ove si evidenziava che le dichiarazioni prestate da Eluana dovevano considerarsi dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in un momento di forte emotività, quando Eluana era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nella attualità della malattia. La donna era priva di maturità rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui era effettivamente venuta a trovarsi al momento del giudizio. Non potrebbe dunque attribuirsi alle dichiarazioni di Eluana il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva, maturata con assoluta cognizione di causa.

[13] In questo senso v. C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 127; U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*¸ in *lacostituzione.info*, 15 dicembre 2017. Deve evidenziarsi che all'art. 4 viene stabilito che il medico, d'accordo con il fiduciario, può disattendere le disposizioni anticipate di volontà allorché le stesse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione e capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Ebbene, pare che si tratti di criteri estremamente generici e che certamente aprono, per la loro definizione, all'interpretazione giurisprudenziale. Per incongruenza della disposizione si potrebbe intendere una disposizione scritta male, che non rende evidente la reale volontà del paziente, mentre il riferimento alle terapie non prevedibili pare rimandare all'esigenza che l'espressione di volontà del disponente sia tale da poter essere adattata e plasmata nell'evenienza in cui il progresso della scienza medica sia tale da introdurre nuove terapie dalle capacità salvifiche insperate e non conosciute al momento in cui il disponente stesso aveva reso le proprie dichiarazioni. Tutto ciò potrà essere fatto con il consenso del fiduciario e allorché la terapia di riferimento offra concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita, ove per vita non si intende soltanto il quadro clinico, lo stato oggettivo della vita biologica, ma il vissuto, la vita biografica del paziente e dunque ciò che lo stesso vuole o non vuole, lo stato in cui il paziente ritiene di voler vivere. In ogni caso, anche a fronte di valutazioni tanto complesse, pare che la posizione del medico e dell'*equipe* sanitaria sia tutto sommato una posizione sicura: nel caso di rispetto delle DAT, infatti, vi sarà la medesima esenzione da responsabilità di cui si è parlato con riferimento al consenso informato. Nel caso invece in cui il medico volesse disattendere le DAT e non si trovasse in accordo con il fiduciario, la decisione finale spetterebbe al giudice tutelare, che con il suo provvedimento, coprirebbe l'azione del sanitario e lo affrancherebbe certamente da qualsiasi responsabilità per colpa, restituendogli totale serenità operativa.

[14] La previsione si discosta sia dalla Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina che dal codice di Deontologia medica. La prima all'art. 9 indica che i desideri precedentemente espressi saranno 'tenuti in considerazione' da parte del medico. Il codice di deontologia, all'art. 38. riprende la formulazione del

problematici. Come attenta dottrina non ha mancato di considerare, il primo e principale nodo dell'istituto è indiscutibilmente la mancanza di attualità della dichiarazione rispetto al momento in cui si rende necessaria l'esecuzione del trattamento[15]. Tale inattualità psicologica[16] non consente di affermare con certezza la corrispondenza effettiva tra la volontà astratta come risultante dalla disposizione anticipata e ciò che il paziente deciderebbe nella situazione concreta: l'ultrattività delle volontà espresse nelle disposizioni anticipate non ne assicura la genuinità. Potrebbe darsi, infatti, che quanto ritenuto in un dato frangente non persista nel tempo e in particolare nel momento in cui si determinino le condizioni per cui il medico debba intervenire. Sul punto la normativa di recente introduzione non dà alcuna indicazione dirimente, mentre sarebbe forse stato utile indicare la necessità di un rinnovo periodico delle disposizioni e i limiti della loro validità nel tempo, onde consentire al soggetto che l'espressione dei suoi desideri sia più vicina alla situazione reale e alla possibile condizione clinica futura[17].

In egual maniera la legge non fornisce indicazioni di alcun tipo in ordine all'oggetto delle disposizioni anticipate di trattamento: la norma non fa riferimento solo ad una condizione clinica terminale di una patologia infausta o ad uno stato vegetativo permanente, ma nemmeno a tutte le condizioni in cui un soggetto si trovi in uno stato di incapacità di intendere e di volere. Soprattutto essa non chiarisce quali siano le condizioni cliniche specifiche al ricorrere delle quali potrà farsi legittima applicazione delle DAT (se condizioni permanenti o anche transitorie), lasciandone l'indicazione alla determinazione individuale. Se è certamente impensabile individuare tutte le

---

'tenere conto', formulazione che bilancia l'esigenza di espressione soggettiva del paziente e le esigenze di valutazione critica del medico. Sul punto v. anche D. PROVOLO, *Le disposizioni anticipate*, cit., p. 1972.

[15] Si veda in particolare N. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, cit., p. 245 ove l'Autrice sostiene che, nel caso delle disposizioni anticipate di trattamento non ci si trovi davanti ad un consenso completo e fondato su un chiaro dato esperienziale. Il soggetto che fissa le proprie volontà attraverso la disposizione anticipata non ha infatti esperienza della malattia stessa e l'espressione di volontà sarebbe effetto non di una scelta consapevole bensì di un condizionamento psicologico, frutto del sentimento della paura. Su questi temi, conformemente, nella dottrina penalistica più recente v. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., pp. 417-419 ss.; ID, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. it. dir. med. leg*., 2016, fasc. 3 pp. 1155 ss. Si veda in argomento A. MANNA, voce *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, 1992, p. 1298 ss., il quale mette in evidenza l'artificiosità della posizione dell'individuo, che deve mentalmente porsi nella condizione di un malato terminale. In argomento, da un punto di vista civilistico si vedano le riflessioni di A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine – vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Europa e diritto privato*, 2013, fasc. 2, p. 457 ss.

[16] In tal senso, v. L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, cit., pp. 1160 ss. In argomento, v. anche le riflessioni di M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017, p. 24 ss.

[17] Il problema della delimitazione temporale della validità delle disposizioni anticipate si era in effetti posto nel corso dei lavori preparatori. Durante la seduta del 24 gennaio 2017 era stato posto in discussione l'emendamento a firma dell'On. Fucci, emendamento poi respinto in sede di votazione. Il testo dell'emendamento era il seguente: «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. La dichiarazione anticipata di trattamento può essere rinnovata più volte, con la forma e le modalità prescritte dai commi 1 e 2».

condizioni cliniche potenzialmente inverabili, sarebbe stata auspicabile la previsione almeno di alcune ipotesi specifiche, onde evitare la vaghezza interpretativa del testo[18].

Al netto di tutti i profili critici evidenziati, le DAT hanno fatto ingresso nel nostro ordinamento e la partita per una loro corretta utilizzazione si giocherà sul terreno dell'informazione e dell'alleanza terapeutica: un'espressione di volontà che non sia stata preceduta da un'adeguata informazione non è infatti riconoscibile in ambito medico. Perché le disposizioni anticipate possano dunque avere qualche rilevanza, è necessario che siano espressione di un rapporto tra paziente e medico, di un effettivo incontro tra autonomia e competenza, così come prescritto dall'art. 1 della legge 219/2017. In proposito non può non rilevarsi che, stando alla lettera dell'art. 4, co. 6, non è necessaria la presenza del medico al momento della compilazione della disposizione anticipata: la norma si limita difatti a sancire la necessità che il paziente riceva le informazioni dal medico ma, a norma di legge, quest'ultimo non è tenuto a sottoscrivere alcun documento comprovante la propria azione.

Tale lacuna, secondo la dottrina più autorevole, dovrà essere colmata in via interpretativa; al fine di assicurare che le DAT siano valide, dovranno essere accompagnate dall'attestazione ad opera del medico competente in merito all'avvenuta informazione circa le patologie cui le disposizioni si riferiscono, sulle risorse diagnostiche, terapeutiche e palliative disponibili, nonché sugli effetti delle dichiarazioni medesime[19].

Ebbene, le criticità appena evidenziate costituiscono già da sole un'indicazione di quanto la normativa di recente introduzione sia poco precisa. Ciò che però pone questioni di non secondario rilievo è l'individuazione di quale sia stato (se vi è stato) l'approccio del legislatore in relazione ai casi in cui non vi sia alcuna dichiarazione del soggetto interessato rispetto al fine vita. Cosa fare allorché il paziente pienamente capace si ritrovi per cause improvvise e sopravvenute in stato di assoluta incapacità ma nulla abbia disposto? Come ci si dovrà orientare quando non è stata redatta la disposizione anticipata?

Il problema, in effetti, può essere osservato e risolto secondo una duplice prospettiva: una prima strada potrebbe essere quella di ritenere le forme prescritte per rendere le disposizioni anticipate di trattamento una modalità esclusiva per esprimere le proprie scelte di fine vita. In tal caso, la mancata redazione delle DAT potrebbe essere assunta come indice del fatto che il soggetto non abbia voluto esprimersi[20]; le scelte sulla vita del paziente sarebbero rimesse allora alle decisioni dei medici e alla criteriologia clinica.

Diversamente, si potrebbe invece opinare che le forme prescritte dalla normativa di recente introduzione costituiscano soltanto una modalità per fissare *pro futuro* le proprie volontà, modalità che possegga come caratteristica peculiare la formale certificazione degli intendimenti personali del soggetto. In tal caso potrebbe ammettersi la prova circa l'effettiva volontà del

---

[18] Cfr. N. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana*, cit., p. 245; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita*, cit., p. 472; C. VIGNA, *Vita umana e autodeterminazione*, cit., p. 208. In argomento si v. anche M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., pp. 25 – 26.

[19] Cfr., L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 431.

[20] In questo senso si poneva l'intervento dell'On. Eugenia Roccella in sede di discussione di una proposta emendativa mirante a modificare l'art. 4 della legge. Il testo dell'emendamento è liberamente consultabile in http://www.camera.it/leg17/126?idDocumento=3599, ove si può accedere al resoconto stenografico della seduta.

singolo rispetto ai trattamenti salvavita di cui non si è disposto anticipatamente, ricostruendola in via alternativa alla procedura delle DAT.
La questione è di assoluta importanza, in quanto è necessario comprendere come debba intendersi la possibilità di formulare delle disposizioni anticipate di trattamento. La procedura individuata dalla legge è una facoltà che, se non esercitata, lascia la propria esistenza in mano al sanitario riespandendo l'autonomia di quest'ultimo? O la si deve intendere come un onere?
Sarà necessario a questo punto soffermarsi su ciascuna opzione interpretativa prospettata, così da comprendere i reali termini della questione e le eventuali ricadute in tema di responsabilità penale.

3. La forma è anche sostanza: la procedura di cui all'art. 4 quale forma esclusiva per rendere le volontà sul fine vita.

La procedura dettata dalla norma in materia di disposizioni anticipate di trattamento è alquanto complessa[21]. Ai sensi dell'art. 4, co. 6 l. 219/2017 le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente o presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza di quest'ultimo, ove si provvederà all'annotazione in apposito registro, se istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7[22]. Nel caso in cui le condizioni fisiche del soggetto non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che permettano alla persona con disabilità di comunicare.
Volendo seguire una prima opzione interpretativa secondo la quale il meccanismo legislativo costituisce l'unica forma attraverso cui si possa dare rilievo alla volontà in materia di fine vita, si arriva alla conclusione che tutto ciò che non risulta in modo espresso dalle DAT non potrà essere ritenuto vincolante e in nessun caso sarà possibile ricavare *aliunde* una ipotetica volontà del paziente[23]. È questa un'interpretazione che rispecchia l'orientamento di autorevole dottrina civilistica, secondo la quale voler dare rilievo alle dichiarazioni precedenti, o ai convincimenti etici o religiosi della persona interessata in presenza della possibilità di redigere un biotestamento, fosse una «stranezza giuridica che rasenta la contraddizione»[24]. A maggior ragione oggi, a seguito dell'approvazione della l. 219/2017, tale affermazione risulterebbe da condividere.

---

[21] Il Ministero dell'Interno ha già fornito i primi chiarimenti concernenti gli aspetti di stretta competenza degli ufficiali di Governo presso i Comuni. In particolare il Ministero ha precisato i compiti gravanti sugli ufficiali di stato civile, ha imposto un più stringente coordinamento con gli uffici dell'anagrafe e, in caso di cambi di residenza, ha segnalato la necessità di un raccordo organizzativo tra i diversi uffici comunali. Sul punto si v. Circolare del Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici, n. 1, 2018.
[22] Ai sensi dell'art. 4, co. 7: «Le regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili».
[23] In argomento, cfr. S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul testamento biologico e sui trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4, p. 1010; F. PARUZZO, *Eutanasia diretta, desistenza terapeutica e* best interest of the patient, *alla luce della giurisprudenza e della legislazione inglese. Il caso* Conway *e il caso* Charlie Gard, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, fasc. 3, p. 4 ss.
[24] In tal senso v. A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita*, cit., p. 490. L'Autore si riferiva all'ipotesi del *mutmasslicher Wille*¸la cosiddetta volontà presunta dell'interessato che, come si vedrà nel prosieguo, possiede autonomo rilievo nell'ordinamento tedesco.

A confortare tale opinione infatti starebbe prima di tutto un argomento di carattere logico: equiparando volontà espressa e volontà presunta si accosterebbero due situazioni profondamente diverse, ossia quella di una persona che, avendo meditato sul futuro, ha voluto dettare le proprie volontà in materia di fine vita e quella di un soggetto che potrebbe anche non aver mai riflettuto sul tema[25]. In questo secondo caso sarebbe impossibile rintracciare la reale volontà del soggetto interessato; a emergere sarebbe solo il frutto dell'opinione dei terzi circa l'identità e le credenze della persona interessata, una «volontà per sentito dire»[26].
Un secondo argomento, di carattere più strettamente giuridico, si basa sul principio che vieta ogni tipo di presunzione in materia di rinuncia ai diritti, specie ove si tratti di diritti personalissimi[27].
Ma ciò che è dirimente, secondo la dottrina richiamata, sarebbe proprio l'omessa presa di posizione da parte del legislatore. Se lo stesso avesse voluto accordare rilievo alla volontà presunta del soggetto incapace - come osserva una parte della dottrina[28] - avrebbe assunto espressamente una posizione, optando per una regolamentazione simile a quella presente nell'ordinamento tedesco al § 1901b, Abs. 2, BGB.
Il BGB prevede infatti la possibilità per il soggetto di formulare una *Patientenverfügung* (una disposizione anticipata), e, al § 1901b equipara alla stessa il c.d. *mutmasslicher Wille*. Secondo tale disposizione, allorquando non sia stata effettuata alcuna dichiarazione anticipata o questa appaia superata o incongrua potrà darsi rilievo alla volontà presunta che il *Betreuer*, il fiduciario, ha il compito di stabilire, e in base a questa decidere, se richiedere o vietare una misura medica ai sensi del comma 1. La volontà presunta andrà ricostruita in base a concreti elementi di supporto, prendendo altresì in considerazione le precedenti manifestazioni di volontà e le convinzioni etiche o religiose[29].
Se si seguisse tale impostazione, la conclusione, con riferimento alla realtà ordinamentale italiana, non potrebbe che essere la seguente: l'assenza di un'opzione di questo tipo renderebbe chiara la scelta del legislatore di non dare rilievo ad una volontà non espressamente formulata secondo le modalità delineate dalla l. 219/2017.

---

[25] Cfr. A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine – vita*, cit., p. 491; G. VALENTE, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco*: Patientenverfügung und Sterbehilfe, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 1117. Da una prospettiva penalistica, cfr. L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico e eutanasia*, cit., p. 526. Sul punto si veda l'opinione di R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, 1994, p. 263 che evidenzia la necessità che la disposizione sia aggiornata nel tempo, così da corrispondere genuinamente alle volontà del disponente.
[26] In questi termini C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*¸ in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 109.
[27] Si veda, in tema, A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita*, cit., p. 485.
[28] Così S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul testamento biologico e sui trattamenti medici*, cit., p. 1008. Sulle norme previste nell'ordinamento tedesco v. anche le riflessioni di A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita*, cit., p. 489. Più in generale sul tema si veda anche C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, 2012, p. 66 ss.
[29] Il par. 1901b del BGB disciplina il colloquio per l'accertamento della volontà del paziente, sancendo la necessità che il medico curante accerti quali misure mediche siano indicate con riferimento allo stato complessivo e alla prognosi del paziente a fondamento della decisione di rifiutare le cure. Nell'accertamento della volontà del paziente dovrà essere consentito ai parenti stretti e ad altre persone di fiducia dell'assistito di esprimersi a riguardo, nella misura in cui ciò sia possibile senza comportare notevoli ritardi.

Nei casi in cui nulla è stato disposto il destino del soggetto incapace sarà rimesso dunque all'opera dei sanitari che lo avranno in cura, poiché in assenza di una chiara espressione di volontà non resterebbe spazio alcuno per dare attuazione ad una volontà presunta e ciò costituirebbe solo una "retorica dell'autodeterminazione"[30].

4. DAT e *favor voluntatis*: la tutela dell'incapace e la volontà "presunta".

Se la posizione dottrinale appena esaminata si fonda su argomenti di indubitabile pregnanza, è stato nondimeno evidenziato che, così opinando, il diritto all'autodeterminazione terapeutica del soggetto caduto in stato di incapacità ne risulterebbe irrimediabilmente compromesso, ciò in aperto contrasto con le premesse di principio del provvedimento in esame.

In forza di tanto, una diversa corrente dottrinale assume una posizione del tutto antipodica rispetto a quella appena esaminata. È stato infatti sostenuto che, per un necessario *favor voluntatis* in materia di diritti personalissimi quale è quello di autodeterminazione terapeutica, il ricorso alle DAT deve intendersi come una facoltà che, se non esercitata, non limiterebbe comunque l'ambito di operatività di tale diritto. All'introduzione delle DAT non potrà dunque connettersi un effetto limitativo dell'esercizio del diritto di autodeterminazione in ambito terapeutico[31]. Un'apertura legislativa in questi termini pare dunque prospettabile, perché se così avesse voluto, ben avrebbe potuto il legislatore imporre un espresso divieto in merito. Sulla base di simili premesse tale dottrina ritiene che, nell'ipotesi di mancanza di DAT, potrà comunque darsi prova dell'effettiva volontà del paziente ormai incapace.

Va da sé che una simile prova richiederà un passaggio imprescindibile, il controllo da parte dell'autorità giudiziaria. Del resto, già il comma 5 dell'art. 3 della l. 219/2017, che sancisce la disciplina applicabile ai soggetti interdetti e inabilitati, fornisce un'importante indicazione: quando vi sia disaccordo tra rappresentante e medico, la decisione circa il rifiuto delle cure dovrà essere rimessa al giudice tutelare[32]. Come si andrà ad approfondire, un meccanismo di questo tipo pare indispensabile, allorquando si tratti di decidere sulla prosecuzione della vita del soggetto incapace.

A fronte di un simile stato di fatto è interessante analizzare come la questione dell'accertamento dell'effettiva volontà del paziente sia stato condotto dalla giurisprudenza, in particolare nel *leading case* in materia, il caso di Eluana Englaro, così da valutare i margini di accettabilità di un'impostazione di questo tipo.

---

[30] In questo senso si veda C. MICCICHÈ, *L'amministrazione della sofferenza*, in *Jus*, 2017, p. 416, ove evidenzia che, qualora si ammetta la possibilità di ricostruire la volontà del soggetto incapace e, in base a questa, si opti per il distacco del presidio salvavita, allora tale scelta andrà formalmente e sostanzialmente imputata ai veri decisori, medici e tutori, senza incorrere così in finzioni deresponsabilizzanti.

[31] In tal senso v. P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., pp. 17-18.

[32] Art. 3, co. 5, l. 219/2017: «Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

4.1 Il caso di Eluana Englaro.

La vicenda di Eluana Englaro[33] è tristemente nota. La giovane, appena ventunenne, aveva riportato un grave trauma cranico-encefalico a seguito di un incidente stradale, trauma che l'aveva ridotta in stato vegetativo persistente e permanente. Eluana non aveva predisposto alcuna dichiarazione anticipata di trattamento[34] quando era in possesso della capacità di intendere e di volere. La donna, pur essendo in grado di respirare spontaneamente e conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali era del tutto incapace di avere contatti con l'ambiente esterno e di vivere esperienze cognitive ed emotive. La sopravvivenza di Eluana era assicurata attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiali somministratele attraverso un sondino naso-gastrico e, in ragione del suo stato, era stata interdetta ed era stato nominato tutore suo padre Beppino Englaro.

La Corte di legittimità muove il proprio argomentare dall'istanza personalistica che è alla base del consenso informato e dal principio di parità di trattamento: tali principi impongono di ricostruire il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica anche per l'incapace e, qualora l'interessato non sia in grado di essere parte di tale rapporto duale, sarà il rappresentante di questo a doverlo garantire. In particolare, il rappresentante dovrà decidere non *al posto* dell'incapace ma *con* l'incapace nella ricerca del suo *best interest*[35]: bisognerà in sostanza ricostruire «la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita di coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche»[36].

I giudici di legittimità, sovrapponendo, come si vedrà, due criteri di accertamento differenti (quello del *best interest* e quello del *substituted judgement*) individuano un nuovo standard di verifica della volontà presunta dell'incapace. Tale accertamento pare fondarsi su due momenti[37]: uno diagnostico e un secondo di prognosi postuma.

Il primo momento è di stampo oggettivo: sarà necessario verificare, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, che la condizione di stato vegetativo sia irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci

---

[33] Sul tema si veda *supra*, nota 8. Di particolare interesse poi sono le riflessioni di T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello stato di diritto e ritorno*, in *Pol. Dir.*¸ 2009, n. 3, p. 483. Cfr. in particolare pp. 484-485, ove l'Autrice evidenzia che quello di Eluana non è soltanto un caso sui diritti "nuovi", sulle nuove problematiche riguardanti la vita e la morte, ma costituisce un episodio della lotta secolare tra diritti individuali di libertà e invasività del potere politico, come testimonia la lunga serie di atti che hanno seguito la sentenza di Cassazione che ha sancito il diritto di Eluana all'interruzione delle terapie e che erano volti, di fatto, a precludere l'esercizio di tale diritto.

[34] Un'eventuale disposizione anticipata avrebbe potuto avere rilievo nella gestione della vicenda Englaro. Ai sensi dell'art. 9 della Convenzione di Oviedo, infatti, 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 devono essere tenuti in considerazione dai medici.

[35] Sul punto cfr. G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il* substituted judgement, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, n. 5, p. 1121.

[36] Estremamente critico rispetto a tale affermazione è C. MICCICHÈ, *L'amministrazione della sofferenza*, cit., pp. 416-418, che ritiene che la decisione della Corte debba essere etichettata come assurda in quanto imputa all'incapace, in forza di una finzione, una volontà che in realtà è stata elaborata da un soggetto terzo e potrebbe sottendere interessi diversi e ultronei rispetto alla tutela dell'incapace medesimo.

[37] Cass. 16 ottobre 2007, cit., punto 8.

supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pur flebile, recupero della coscienza e di ritorno a una percezione del mondo esterno. La persistenza dello stato vegetativo nel tempo e il suo carattere di irreversibilità sono dunque le condizioni oggettive imprescindibili.
In un secondo momento dovrà darsi attenzione alla soggettività del rappresentato, alla sua voce tratta dalla sua personalità, dai suoi convincimenti, dal suo stile di vita, che dovranno corrispondere al suo modo di concepire l'idea stessa della persona prima di cadere in stato di incoscienza. Tale accertamento dovrà essere condotto con l'ausilio del soggetto che rappresenta l'incapace, il suo sostituto. Al ricorrere di tali presupposti il giudice potrà autorizzare la disattivazione del presidio sanitario dal quale il soggetto incapace dipende per il proprio sostentamento; in difetto di tali presupposti, invece, dovrà essere data assoluta prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione che gli altri possano avere della qualità della vita stessa.
Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ritenne che - ove attraverso le testimonianze del padre e delle amiche di Eluana fosse stata raggiunta la prova che la stessa, pronunciandosi su questioni inerenti la vita e la morte, avrebbe dichiarato per sé preferibile morire piuttosto che vivere in una situazione di coma - a questa volontà presunta si sarebbe dovuto dare attuazione. In forza di ciò la Corte d'appello di Milano in sede di rinvio, con decreto del 25 giugno 2008, aveva autorizzato la sospensione del trattamento salvavita.
Le pagine della sentenza Englaro[38] individuano dunque un meccanismo che il legislatore potrebbe utilizzare per dare soluzione anche nel nostro ordinamento ai casi in cui il soggetto non abbia predisposto alcuna disposizione anticipata *ex* art. 4 della l. 219/2017: il meccanismo del *substituted judgement*, il quale, come il nome stesso manifesta, non ha a proprio fondamento una volontà reale, ma un surrogato di questa.

5. Il *substituted judgement* nella giurisprudenza delle Corti americane.

Dalla sentenza Englaro emergono i reali termini della questione, ossia individuare le forme di accertamento che siano maggiormente rispettose dell'autonomia del soggetto medesimo[39]: la Corte ritiene infatti che il giudizio sostitutivo possa essere funzionale alla massima implementazione dell'autodeterminazione dell'incapace.
Prima di analizzare più da vicino il criterio del *substituted judgement* bisogna chiarire che tale meccanismo, che nasce e si afferma progressivamente nella tradizione giuridica statunitense, si differenzia nettamente dalla teoria del *best interest*. La Cassazione, menzionando entrambi i criteri e ritenendo che la decisione del sostituto debba tendere alla realizzazione del *best interest* del soggetto incapace, in realtà sovrappone due teorie tra di loro ben distinte[40].

---

[38] In dottrina è stato evidenziato, in questo senso, che la Cassazione ha in realtà provveduto a scrivere una norma che il Parlamento latitava nel porre, agendo come un *surrogate* del legislatore, cfr. E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, cit., p. 1695.
[39] Sottolinea come un'indagine di questo tipo sia del tutto assente nella giurisprudenza precedente alla sentenza Englaro G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il* substituted judgement, cit., pp. 1122 - 1123.
[40] Sul punto, v. G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il* substituted judgement, cit., p. 1123, nota 17, che osserva come la sentenza sia imprecisa e i due percorsi siano paralleli e autonomi.

Il criterio del *best interest* è un metro di giudizio prevalentemente utilizzato dalle corti del Regno Unito ed è un metro oggettivo, che persegue il miglior interesse del paziente in accordo con il comune sentire. Si tratta in definitiva di un criterio obiettivo che deve orientare le scelte di personale sanitario e giudici: questi, sulla base di una valutazione di proporzionalità tra, da un lato, i sacrifici imposti dai trattamenti e, dall'altro, i benefici auspicabili e prevedibili per la salute del paziente, possono ammettere la sospensione di ogni cura, anche laddove ne derivi come esito certo la morte, qualora dal bilanciamento effettuato emerga che ciò sarebbe l'unica soluzione conforme al migliore interesse del malato. La valutazione medica assurge, così, a elemento fondante la decisione giudiziaria[41].

Diverso è invece il *substituted judgement*, giudizio che si compone di istanze soggettive, che fanno perno sulla personalità e sulle opinioni del soggetto incapace, così come ricostruite dai familiari o dai soggetti preposti alla sua tutela. Il giudizio sostitutivo è stato effettuato assumendo diverse prospettive o criteri: un criterio strettamente soggettivo, basato sull'applicazione del generale principio alla *self determination*; un criterio parzialmente oggettivo, che si basa sulla sussistenza di un principio di prova in base al quale il paziente avrebbe rifiutato esplicitamente tale trattamento sanitario e esiste dall'altra parte un dolore e una sofferenza del paziente che superano i benefici che lo stesso avrebbe potuto avere nella parte finale della sua vita; un criterio puramente oggettivo, in cui si valuta se i dolori subiti dal paziente per il trattamento superano o meno i benefici derivanti dalla prosecuzione della vita, ma la rendono sostanzialmente disumana[42].

La prima applicazione di tale meccanismo è avvenuta nel caso *Saikewicz v. Superintendent of Belchertown State Hospital*[43]. Il processo era stato iniziato ad opera di uno dei medici dell'ospedale di Stato per un soggetto, Joseph Saikewicz, affetto da un grave ritardo mentale al quale era stata diagnosticata una leucemia mieloblastica terminale. La decisione che si poneva in questo caso era, essenzialmente, se sottoporlo a una serie di cicli di chemioterapia, cosa che gli avrebbe garantito la sopravvivenza per un tempo massimo di tredici mesi, o quella di non

[41] In argomento si veda F. PARUZZO, *Eutanasia diretta, desistenza terapeutica e* best interest of the patient, cit., p. 5 ss. Tra le più recenti vicende ove il criterio del *best interest* è stato utilizzato per giustificare l'interruzione dei trattamenti sanitari nei confronti di un minore c'è certamente la storia di Charlie Gard, il bambino inglese affetto da malattia mitocondriale degenerativa e incurabile. In argomento v. S. CACACE, *Salute e autodeterminazione: da* Charlie Gard *a DJ Fabo, passando per i no-vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2018, fasc. 1, p. 53 ss. Il criterio del *best interest of the patient* fu per la prima volta adottato nel caso di Tony Bland che, appena diciottenne, era rimasto gravemente ferito in occasione degli scontri de 15 aprile 1989 allo stadio Hillsborough di Sheffield e a cui i medici, in conseguenza delle ferite riportate, avevano diagnosticato uno stato di coma vegetativo permanente. Nel 1992 i genitori del ragazzo rivolsero una petizione alla Corte perché dichiarasse la legittimità del fatto che i medici lo lasciassero morire autorizzando il distacco dal supporto che lo alimentava. L*'House of Lords*, nel confermare la sentenza della Corte d'Appello, ritenne che lasciar morire il giovane fosse una decisione conforme al suo migliore interesse. In argomento cfr. R. DWORKIN, *Il dominio della vita*, cit., p. 259 ss.

[42] Si veda, in proposito, l'interessante analisi di R. DWORKIN, *Il dominio della* vita, cit., *passim*. Cfr. altresì nella dottrina italiana l'indagine di G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della Corte del New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 291 ss.

[43] 370 N.E.2d 417 (Mass. 1977).

somministrare alcun trattamento: in questo caso il paziente sarebbe morto in un breve arco di tempo[44].

La Corte del Massachusetts aveva autorizzato i medici curanti a non sottoporre il sessantasettenne al trattamento, basando la propria decisione sul diritto alla *privacy*, tutelato sia dalla Costituzione dello Stato del Massachusetts che dalla Costituzione federale, ritenendo che tale diritto sia preminente rispetto all'interesse dello Stato di tutelare la vita in tutte quelle circostanze ove il trattamento non possa migliorare in maniera significativa la qualità della vita del paziente[45].

La Corte dunque afferma per la prima volta che i medici sono obbligati a seguire le volontà del paziente e, ove tale capacità di consentire o rifiutare un trattamento non avesse potuto essere esercitata in ragione della sua incapacità, allora i medici, al fine di andare esenti da ogni profilo di responsabilità, avrebbero dovuto richiedere ad un tribunale di accertare che cosa il paziente medesimo avrebbe voluto per sé stesso[46]. Nell'affrontare tale decisione i supremi giudici dello Stato individuano il *substituted judgement* come strumento per articolare il potere di autodeterminazione con riferimento al soggetto incapace[47] e passano in rassegna tutta una serie di indici significativi di questa volontà ipotetica: in particolare la Corte ritiene che debbano essere presi in considerazione le preferenze manifestate in precedenza dall'incapace, le convinzioni religiose del paziente, l'impatto della cura sulla famiglia dell'incapace, la prognosi con o senza il trattamento proposto e ogni altra circostanza che sia reputata rilevante nel caso di specie.

Ulteriore e interessante pronuncia è quella resa in *Brophy v. New England Sinai Hospital*[48]. Mr. Brophy, soggetto in stato vegetativo permanente a seguito della rottura di un aneurisma, si era sempre espresso chiaramente, quando era ancora in stato di capacità, nel senso di non voler terminare la propria esistenza nutrito e alimentato da una macchina[49]. Tali convincimenti erano stati portati avanti dalla moglie di Mr. Brophy, che si era rivolta al tribunale per ottenere l'autorizzazione a manifestare, in luogo del marito, la volontà a sospendere ogni trattamento. La questione, giunta sino alla Corte Suprema, si risolve nel senso di riconoscere il diritto del signor

---

[44] Sul punto cfr. le riflessioni di C. BARON, *The right to die: themes and variations*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI, (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, cit., p. 1843, ove evidenzia che la decisione sul caso era ulteriormente complicata dal fatto che il suo stato di ritardo mentale non gli avrebbe consentito di comprendere il perché era soggetto a tutti gli effetti collaterali della chemioterapia e gli avrebbe altresì precluso di provare quel senso di speranza che un paziente capace di intendere e volere avrebbe potuto provare dalla credenza che ogni sforzo era stato fatto per combattere la malattia.

[45] In questo senso la pronuncia Saikewicz costituisce un passo ancora ulteriore rispetto al caso Quinlan, ove le Corti degli Stati Uniti si sono trovate a decidere per la prima volta sulle questioni concernenti il diritto di morire. Sulla sentenza *In re Quinlan* v. 355 A.2d 647 (N.J. 1976).

[46] Queste le parole dei Giudici del Massachussets: «Rather, such questions of life and death seem us to require the process of detached but passionate investigation and decision that forms the ideal on which the judicial branch of government was created. Achieving this ideal is our responsibility and that of the lower court, and is not to be entrusted to any other group purporting to represent the "morality and conscience of our society" no matter how highly motivated is impressively constituted».

[47] Sul punto v. G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il* substituted judgement, cit., p. 1127.

[48] 497 N.E.2d 626 (Mass. 1986).

[49] Come era stato accertato nel corso dell'istruttoria, Mr. Brophy avrebbe pronunciato le seguenti parole, immaginando di essere obbligato a vivere in uno stato di incoscienza, attacco ad un supporto esterno: «*just shoot me, pull the plug*». Si rimanda, in argomento, a C. BARON, *The right to die: themes and variations*, cit., p. 1845.

Brophy a vedere rispettata la sua volontà così come espressa dalla moglie attraverso il *substituted judgement.*

Tale meccanismo, definito come «*best legal tool to divine individual intent and to protect autonomous choice*» viene ancor più valorizzato nella causa *in re Conroy*, decisa dalla Suprema Corte del New Jersey nel 1985[50].

Mrs. Conroy, ottantaquattrene incapace di intendere e di volere in gravi condizioni di salute dovute a diabete e problemi cardiaci era mantenuta in vita mediante idratazione e alimentazione artificiale. Nonostante la stessa non fosse nella condizione di stato vegetativo permanente, la Corte, adita dal tutore della Conroy, aveva deciso che il supporto poteva essere rimosso se si fosse provato che questo era ciò che la paziente avrebbe voluto, qualora fosse stata capace.

Il *substituted judgement standard* ha continuato a essere utilizzato dalle Corti come il principale strumento per risolvere i casi di *end of life*, quali ad esempio il caso Jobes[51] o, anche se in via meramente incidentale in una vicenda assai complessa, il celebre caso di Terri Schiavo[52].

---

[50] 486 A.2d 1209 (N.J. 1985).

[51] In argomento v. Corte Suprema del New Jersey, sentenza 24 giugno 1987, *in re Nancy Jobes* in *Foro it.*, 1988, IV, c. 291. Nancy Ellen Jobes era un'impiegata tecnico di laboratorio diplomato e, all'epoca dei fatti, era incinta del suo primo figlio da quattro mesi e mezzo. Nel marzo del 1980 Mrs. Jobes fu ricoverata presso il Riverside Hospital per la cura delle lesioni riportate in un incidente d'auto. I medici accertarono subito che il feto era rimasto ucciso e, nel corso dell'operazione per asportare il feto senza vita, la donna subì una grave perdita nell'afflusso di sangue ed ossigeno al cervello. Le sedi dell'encefalo che controllano l'intelletto e la volontà subirono un danno profondo e irreversibile, in seguito al quale la donna non avrebbe più riacquistato coscienza. Nel luglio 1980 Mrs. Jobes fu trasferita presso una casa di cura in condizioni immutate e gravissime: non era in grado di articolare nessun tipo di suono, era sottoposta a tracheotomia, le venivano somministrate acqua e cibo con l'ausilio di un tubo digiunostomico inserito attraverso una fessura nella cavità addominale. A seguito di una lunga serie di prove mediche si concluse che Mrs. Jobes si trovava in uno stato comatoso irreversibile, senza alcuna possibilità di miglioramento. La volontà della donna era stata poi ricostruita attraverso le testimonianze dei suoi amici più intimi, dei suoi familiari, del reverendo e del marito, i quali avevano tutti confermato che, se Nancy fosse stata capace, avrebbe rifiutato di essere mantenuta in vita attraverso un tubo digiunostomico. In particolare una delle amiche più strette della Jobes, Mrs. Holdsworth infermiera di professione, aveva rappresentato alla Corte che in una conversazione avuta con Nancy nel 1971, quest'ultima aveva affermato che se si fosse mai ammalata di distrofia muscolare o di sclerosi multipla, ella non avrebbe voluto continuare a vivere. La stessa Holdsworth aveva ricordato una diversa conversazione, avvenuta nel 1979, durante la quale la Jobes, dopo aver ascoltato un racconto su di un terzo soggetto tenuto in vita a mezzo di un respiratore, aveva affermato risolutamente di non voler vivere in quelle condizioni. Nello stesso senso si poneva la testimonianza del reverendo Vorscheim, parroco di riferimento della paziente, il quale aveva rappresentato che la Jobes era di fede presbiteriana, religione che non detta alcun comando di perpetuare la vita anche con mezzi artificiali e che lascia decisioni come quella in discussione alla coscienza individuale. La Corte Suprema del New Jersey ha concluso ritenendo che nel caso Jobes, e in casi simili, l'approccio al problema basato sul giudizio sostitutivo è quello che meglio persegue lo scopo di avere decisioni riferibili alla volontà del paziente. Nella maggior parte dei casi in cui tale giudizio sostitutivo viene applicato saranno i familiari quei soggetti maggiormente in grado di portare avanti le convinzioni del paziente medesimo. Nel caso in cui venga data prova della volontà del soggetto in questione nessuna restrizione potrà esserci sul suo diritto alla sospensione del trattamento.

[52] La vicenda è tristemente nota. Nel 1990 Terri Schiavo, donna di 27 anni, viene trovata priva di coscienza nella propria abitazione dopo un grave collasso. La donna era entrata in coma per anossia, probabilmente causata da una aritmia dovuta a un grave deficit di potassio: l'aveva colpita una encefalopatia ischemica che l'aveva ridotta in stato vegetativo. La Schiavo aveva subito diverse operazioni, tra cui l'inserimento di un tubo percutaneo endoscopico addominale attraverso il quale le venivano somministrati i nutrienti. Il marito della donna, frattanto nominato *guardian* della stessa, aveva richiesto il distacco del sondino che

Il *substitutive judgement*, dunque, costituisce uno strumento ben rodato nella tradizione giuridica statunitense e, come si è visto, ha trovato un primo parziale accoglimento nel nostro ordinamento a seguito della sentenza Englaro. Sui termini di una sua possibile utilizzabilità all'interno del nostro sistema ci sarà tuttavia da discutere, in particolare per definire con più attenzione i limiti del giudizio di sostituzione o eventualmente preferirgli altri criteri di scelta.
È evidente, dunque, che in questo caso il problema vero diventa individuare con carattere di maggiore puntualità le regole di accertamento della volontà presunta, di modo che questa sia il più possibile aderente alla realtà, così da raggiungere il più alto *standard* di certezza possibile e, in questa sede, evitare l'incidenza di considerazioni ultronee rispetto all'interesse del paziente, specie se di carattere generale o organizzativo[53].
Ciò che pare indiscutibile è che la giurisprudenza disponga comunque, allo stato, di uno strumento cui ricorrere per risolvere i casi in cui un incapace non abbia disposto alcunché rispetto al fine vita: su tale evenienza occorrerà pertanto interrogarsi in maniera più approfondita.

6. Incapacità sopravvenuta e accertamento della volontà: **l'impossibilità di ricondurre le ipotesi in esame all' art. 3, co. 5 l. 219/2017.**
È di tutta evidenza che, per effetto della irrisolutezza del legislatore, si è trascurato un problema che già da un punto di vista empirico-fattuale non sembra di poco momento: quello dei casi di totale assenza di disposizioni anticipate di trattamento. La procedura di redazione delle DAT, come si è visto, è assai complessa e l'idea di dover decidere sul fine vita non è ancora culturalmente radicata nel nostro Paese. Appare pertanto ragionevole ipotizzare che il numero effettivo di disposizioni anticipate non sarà elevato; ciò potrebbe dare vita a un numero notevole di casi dalla disciplina incerta.

---

teneva in vita Terri, allegando anche il fatto che la moglie in diverse conversazioni effettuate guardando i casi di cronaca su malati in stato vegetativo, aveva evidenziato la propria volontà di non proseguire la propria esistenza in uno stato comatoso. A questa richiesta si erano opposti i genitori di Terri che invece asserivano che non poteva desumersi una volontà di questo tipo come promanante dalla figlia, stante l'assenza di un *living will*. Nel 2001 la Corte d'Appello, confermando la decisione del giudice di primo grado, autorizzò il distacco del sondino: la donna rimase senza cibo e acqua per due giorni finchè un diverso giudice ordinò il ripristino dell'alimentazione tramite sondino. In seguito i genitori di Terri continuarono la propria battaglia per tenere in vita la figlia, producendo la testimonianza di sette medici secondo i quali lo stato vegetativo di Terri non poteva qualificarsi come irreversibile. Ma il 7 ottobre del 2003, con una nuova sentenza, venne ordinato il distacco del sondino per una seconda volta. La decisione venne poi annullata dopo sei giorni: in *extremis*, il 21 ottobre, il Parlamento statale approvò la prima cosiddetta "legge salva-Terri". Lo stesso giorno il Presidente G.W. Bush ordinò che il sondino sia riattaccato. Due anni dopo, l'epilogo: il 18 marzo del 2005 venne autorizzata per l'ennesima volta la rimozione del sondino che alimenta Terri. Il 31 marzo, dopo 14 giorni di agonia la donna morì. Su tutti questi temi si veda, tra i tanti, la ricostruzione di G.E. PENCE, *Accounts of the cases and issues that define Medical Ethics*, McGraw-Hill, 2008, p. 31 ss.

[53] Evidenzia questo pericolo in particolare L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire?»*, cit., pp. 436 - 438; C. MICCICHÈ, *L'amministrazione della sofferenza*, cit., p. 418. Al riguardo si rammenta che le risorse finanziarie, le strutture e il personale impiegati a vantaggio di un soggetto sono inevitabilmente sottratti agli altri sia in termini di assistenza sanitaria (si pensi banalmente alla penuria di posti letto nelle strutture ospedaliere o nelle residenze sanitarie assistenziali) sia per altri servizi anch'essi funzionali alla cura della persona. Si consideri che le situazioni di malattia o disabilità spesso provocano malattie, quanto meno psicologiche, anche nei c.d. *caregiver*, ossia in quanti assistono l'ammalato.

Uno studio condotto nel 2016[54], prima dunque dell'approvazione della norma, in effetti ha evidenziato che il ricorso alle disposizioni anticipate non era una pratica poi così diffusa. Raccogliendo informazioni su 118 capoluoghi di provincia, su un campione di 15.506.964 residenti adulti, si è osservato che solo 30 Comuni avevano adottato un registro delle DAT. Nel settembre 2014 solo lo 0,041% dei residenti aveva fatto effettivo utilizzo di tale registro.
Recentemente il Ministero dell'Interno, con la Circolare n. 1/2018[55] ha richiesto ai Comuni di trasmettere entro il 10 luglio 2018 il numero di DAT ricevute dagli uffici comunali fino al 30 giugno 2018, con successivi aggiornamenti trimestrali. Sarà necessario dunque attendere per poter avere un dato certo su cui ragionare, anche se pare prospettabile che in molti casi, per scelta o per semplice scarsa informazione sul tema, non verrà formulata alcuna DAT.
Quale disciplina applicare dunque a quei soggetti che, nel pieno delle proprie capacità, non avevano statuito alcunché in merito al fine vita e si siano poi trovati in uno stato di incapacità?
A ben vedere il legislatore aveva avvertito il problema, al momento della redazione della norma. Nel corso dei lavori preparatori infatti era stata avanzata una proposta emendativa[56] incentrata proprio sulla necessità di inserire, all'art. 4, un riferimento espresso al caso in cui il soggetto incapace e privo di rappresentante non avesse reso alcuna disposizione anticipata. La proposta *de qua* si poneva nel senso di consentire a tali soggetti, per il tramite dei propri familiari o dei propri coniugi o conviventi, di ottenere l'autorizzazione all'interruzione dei trattamenti sanitari da parte del giudice tutelare, e ciò dopo aver raggiunto la prova che in tal senso si poneva la volontà dell'interessato. Si voleva in buona sostanza dare riconoscimento normativo a tutte quelle ipotesi in cui i familiari o i tutori, facendo risaltare la personalità del soggetto ormai non più capace, potevano ragionevolmente sostenere che lo stesso non avrebbe acconsentito a proseguire la propria vita in condizioni di incoscienza, con dipendenza totale da un supporto esterno per la nutrizione. Era questa, come si è visto, la situazione postasi nel caso di Eluana Englaro, ove le convinzioni della giovane ragazza erano state messe in evidenza dal padre della stessa, Beppino Englaro, che era così riuscito ad ottenere l'autorizzazione al distacco del sondino naso-gastrico.
L'emendamento era stato respinto e, nella versione definitiva del testo, non vi è indicazione alcuna sulla disciplina applicabile alla persona incapace di fatto, ossia quella persona che, pur non destinataria di misure di protezione organizzata (come il provvedimento di amministrazione di

[54] Si rimanda allo studio condotto da A. GOVI – D. VESHI – L. ORSI – G. MICCINESI – F. INGRAVALLO, *I registri comunali italiani delle disposizioni anticipate di trattamento: caratteristiche, efficacia e limiti*¸ in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2017, fasc. 3, pp. 1233-1244.
[55] Circolare del Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici, n. 1, 2018.
[56] Si tratta della proposta emendativa a firma dell'On. Mara Mucci (e altri) pubblicata nell'allegato A della seduta del 20 aprile 2017. Si richiedeva di aggiungere all'art. 4 il comma 5-*bis* con il seguente testo: «Nel caso in cui il paziente non sia cosciente e non abbia dettato DAT, né abbia nominato un fiduciario, il coniuge, la parte in unione civile, il convivente o ciascuno dei parenti fino al quarto grado, può rivolgersi al giudice tutelare per chiedere l'autorizzazione all'interruzione dei trattamenti sanitari, ivi comprese la nutrizione l'idratazione artificiali, per assecondare la volontà del paziente stesso, direttamente o implicitamente manifestata nella vita pregressa in modo univoco». Si rinvia a http://www.camera.it/leg17/126?idDocumento=3599.

sostegno con previsione di poteri-doveri di cura della persona in ambito sanitario), né provvista di un fiduciario previamente indicato, non sia concretamente in grado di decidere per sé[57].
Il legislatore, per contro, ha optato per la regolamentazione dei soli casi di assenza di disposizioni anticipate per i soggetti interdetti e inabilitati (art. 3, co. 5 l. 219/2017). Per quest'ultimi, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, è prevista la possibilità che il rappresentante legale o l'amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario *ex* art. 3 co. 4, rifiuti le *cure* proposte, comprese le cure salvavita. Solo nell'eventualità in cui il medico dovesse ritenere che le cure rifiutate dal rappresentante siano invece appropriate e necessarie, allora la decisione sarà rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o del medico o del rappresentante legale della struttura. È evidente come con il procedimento di interdizione o di inabilitazione i destini dell'incapace, stando alla normativa di recente introduzione, siano completamente rimessi al rappresentante: questi, come si è visto, potrà rifiutare anche le cure salvavita qualora non incontri alcuna opposizione da parte del personale sanitario. La disposizione, già oggetto di censura da parte del Tribunale di Pavia che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 commi 4 e 5 della legge rispetto agli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione[58], pare in effetti ridurre al volere del rappresentante le decisioni in materia di fine vita dell'interdetto, aggirando qualsiasi tipo di controllo da parte dell'autorità giudiziaria e rimettendo a un terzo scelte che rimangono personalissime, anche per l'interdetto o l'inabilitato.
A tutte le criticità appena esposte, poi, si aggiunge un ulteriore fondamentale limite della normativa: non si dà indicazione alcuna dei criteri di indole sostantiva che il giudice tutelare dovrà utilizzare nell'assumere una decisione tanto delicata nei confronti dell'incapace.
A fronte di ciò, deve rilevarsi che la scelta del legislatore[59] di dettare regole specifiche solo per i soggetti provvisti di una misura di protezione organizzata non è certamente risolutiva, in quanto tali regole non possono automaticamente estendersi a chi, non limitato *ab origine* nella propria capacità legale, si trovi in una condizione di sopravvenuta *incapacità di fatto*.
Le situazioni che vengono in considerazione sono infatti radicalmente differenti[60]. Da un lato vi è il caso previsto dall'art. 3, co. 5 della legge, ossia quello di un soggetto già sottoposto a misure limitative della capacità legale di agire, rispetto al quale il soggetto munito di rappresentanza

[57] Così M. PICCINNI, *Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017*, in *Resp. med.*, 2018, n. 3, p. 249 ss.
[58] Tribunale di Pavia, sez. II, RG 933/2008 V.G., Giud. Fenucci, cit. L'ordinanza, dopo una interessante ricostruzione sui diritti dei soggetti incapaci, evidenzia la necessità che si provveda all'accertamento della loro volontà perché possa validamente addivenirsi, attraverso la partecipazione necessaria dell'organo giudicante, all'emissione di un provvedimento che ordini il distacco del supporto vitale. L'amministratore di sostegno non può da solo rifiutare le cure al posto dell'incapace: il suo ruolo dovrebbe essere limitato rigorosamente alla individuazione e alla conseguente trasmissione delle volontà dell'interessato. Ciò è imposto, come si legge dall'ordinanza, in ragione dell'inviolabilità del diritto del singolo a rifiutare le cure, in forza di tanto il momento della formazione della volontà non potrà in nessun caso essere del tutto delegato a soggetti terzi. L'amministratore di sostegno, pertanto, potrà soltanto trasmettere una volontà già formata.
[59] In senso adesivo rispetto alla scelta normativa si veda S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit., pp. 978-979.
[60] In tale prospettiva si vedano le riflessioni di M. PICCINNI, *Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017*, cit., in particolare pp. 254-256 e pp. 266-267.

esclusiva in ambito sanitario, può rifiutare le cure[61] in assenza di disposizione anticipata di trattamento. Dall'altro vi è l'ipotesi, che qui interessa, del soggetto capace che, per cause improvvise e sopravvenute, si trovi in una situazione di incapacità, a seguito ad esempio di un evento traumatico o di un grave incidente, senza aver nominato un fiduciario. Le due situazioni non paiono in alcun modo equiparabili[62], conseguentemente la disciplina prevista per i soggetti interdetti e inabilitati non potrà estendersi agli incapaci di fatto.

Ferma restando l'incomparabilità delle predette ipotesi, occorre nondimeno considerare quanto segue. Si potrebbe effettivamente obiettare che nella maggior parte dei casi, un soggetto divenuto di fatto incapace potrà essere per ciò stesso sottoposto alla procedura di interdizione o di inabilitazione o potrà essergli assegnato un amministratore di sostegno[63]. Se così fosse, la procedura di cui all'art. 3, co. 5 potrebbe bensì trovare applicazione. A ben vedere, tuttavia, un'impostazione di questo tipo non è destinata a risolvere il problema. A voler estendere la disciplina dell'art. 3, co. 5 anche ai casi di incapacità sopravvenuta si genererebbero, invero, tutta una serie di problemi dalla soluzione tutt'altro che agevole.

In primo luogo, se si volessero ricondurre anche i casi di incapacità di fatto sotto la previsione di cui all'art. 3, co. 5 ci si spingerebbe ben oltre rispetto a quanto ordinariamente avviene, poiché il rappresentante, con un potere decisionale assoluto nelle proprie mani, potrebbe assumere decisioni per l'incapace di fatto senza alcun riguardo ad un'ipotetica volontà di quest'ultimo.

Ancora, ampliare l'ambito di applicazione della norma in esame potrebbe creare pericolosi corto circuiti. Si pensi, ad esempio, ad un soggetto che volontariamente abbia omesso di rendere una disposizione anticipata, desiderando che la propria situazione venga governata esclusivamente dai medici e dal loro sapere. Se si ritenesse di estendere a tali casi la disciplina prevista per interdetti e inabilitati allora si eliminerebbe quasi del tutto la possibilità per la persona di fare affidamento alla sola *ars medica* e alla criteriologia clinica, così violando plasticamente la stessa autonomia del soggetto in questione. Quest'ultimo, infatti, si troverebbe sottoposto a una procedura di

[61] Il legislatore utilizza il termine cure in luogo di trattamenti sanitari. Ci si deve domandare a questo punto se tale scelta implichi altresì un diverso spettro applicativo della norma. Il concetto di cure pare infatti indiscutibilmente più ampio di quello di trattamenti sanitari: nelle cure rientrano anche la prima assistenza all'interdetto, la somministrazione della terapia palliativa. Si dovrà dunque intendere che anche queste prestazioni possono essere oggetto di legittimo rifiuto da parte del rappresentante legale o dell'amministratore di sostegno?

[62] Quella degli interdetti e degli inabilitati costituisce infatti una categoria molto ampia e la norma prende in considerazione la generalità dei soggetti sottoposti a misure di protezione organizzata. Questi ultimi potrebbero esser affetti - assieme alle altre patologie - da una totale incapacità di comunicare o essere totalmente privi di discernimento critico. In tali casi non si vede come avrebbero potuto formulare una disposizione anticipata, non avendo mai avuto la possibilità di esprimersi. In ragione della diversità appena evidenziata, la disciplina dell'art. 3, co. 5 non potrà dunque estendersi anche alle situazioni di incapacità sopravvenuta. Diversamente pare ritenere Tribunale di Pavia, sez. II, RG 933/2008 V.G., Giud. Fenucci, in *Giur. Pen. Web*, 18 aprile 2018, p. 2.

[63] Sul punto, cfr. M. PICCINNI, *Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017*, cit., p. 261, che evidenzia come, nel caso in cui non vi siano misure di protezione organizzata e la persona non abbia provveduto a dare indicazioni circa i propri interessi, è dubbio se sia sempre necessaria l'apertura di un'amministrazione di sostegno, posto che nell'applicazione giurisprudenziale emerge sempre più la tendenza volta a dare attuazione al principio di sussidiarietà, attraverso la valorizzazione della rete sociale e naturale di protezione.

interdizione e alle decisioni di un terzo in mancanza di una situazione pregressa che giustifichi tale decisione, con un considerevole prolungamento delle tempistiche[64].
Né è senza rilievo che una disciplina di questo tipo potrebbe condurre il medico ad assumere atteggiamenti difensivistici[65], tali da indurlo ad attendere i pronunciamenti del giudice tutelare piuttosto che curare il soggetto, così da non incorrere in addebiti di responsabilità di alcun tipo. Ciò, peraltro, senza menzionare l'aggravio di lavoro che si imporrebbe a un organo come quello del giudice tutelare, già di per sé oberato.
Il legislatore del 2017 non ha ritenuto di prendere alcuna posizione sulla questione della disciplina applicabile ai soggetti incapaci di fatto, pertanto se si ritenesse di dare rilievo al diritto di autodeterminazione terapeutica del malato che non abbia formulato alcuna disposizione anticipata di trattamento, sarà allora necessario individuare e discutere i criteri di giudizio che dovranno guidare la valutazione del giudice. Potrà farsi riferimento al criterio del giudizio sostitutivo o dovrà optarsi per il parametro del *best interest*? E ancora: quale dovrà essere l'oggetto del giudizio del giudice tutelare? Esso avrà una natura dichiarativa, di mera esplicitazione della volontà, seppur presunta, dell'incapace oppure dovrà essere un giudizio ispirato al miglior interesse del paziente, ordinato a verificare unicamente l'appropriatezza delle cure?
Infine, se si propendesse per il giudizio sostitutivo di accertamento della volontà, quali dovrebbero essere i criteri di verifica della volontà presunta? Sono noti gli indici dettati dalla sentenza Englaro, che fa riferimento al credoreligioso, alle convinzioni sulla vita consegnate ai parenti o esplicitate in occasioni pubbliche, nondimeno la mancata presa di posizione del legislatore del 2017 ha lasciato ancora una volta gli interpreti allo scoperto[66].

7. Alcune possibili conclusioni in tema di responsabilità penale.

All'esito della ricostruzione effettuata è necessario interrogarsi sui riflessi penalistici di entrambe le soluzioni interpretative indicate. Come è stato evidenziato, vi sono due prospettive dalle quali guardare alla normativa di recente introduzione in tema di disposizioni anticipate di trattamento.
La prima è considerare la procedura di cui all'art. 4 della legge come la forma esclusiva di espressione delle proprie volontà in materia di fine vita.
Formulando le disposizioni anticipate, seppur con tutte le criticità sopra esposte, si potrà validamente statuire ora per allora su un eventuale rifiuto di trattamenti sanitari. Il medico, di

[64] Sul ruolo del fattore tempo nelle scelte del medico e sull'asincronia esistente tra i tempi della cura e i tempi del diritto, cfr. F. CEMBRANI-M. TRABUCCHI-L. FERRANINI-C. AGOSTINI, *Capacità ed incapacità al banco di prova della nuova legge sul biotestamento: i tempi della vita nel traffico di un diritto (sempre meno) gentile*, in *Resp. med.*, 2018, n. 3, p. 235 ss.
[65] In tema si veda G. FORTI - M. CATINO – F. D'ALESSANDRO C. MAZZUCATO – G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva: una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Edizioni ETS, 2010; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale: tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, 2014; G. ROTOLO. *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, fasc. 10, p. 1259.
[66] In argomento, cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 26, ove l'Autore, in un tempo precedente la riforma del 2017, evidenziava la necessità di una presa di posizione normativa sulla questione concernente quei pazienti che soffrono di una malattia o di una situazione che condiziona la loro capacità di autodeterminarsi. L'Autore sosteneva infatti: «Il caso Englaro non è un "modello" di prassi senza legge, ma un grido al Parlamento».

fronte alla disposizione anticipata correttamente formata, sarà tenuto ad attuare le volontà, con il limite dell'incongruità e, in tal caso il sanitario andrà esente da ogni responsabilità civile e penale[67].

Sulla natura dell'esenzione da responsabilità di cui all'art. 1, co. 6 la dottrina dibatte. Secondo alcuni, si tratterebbe di una causa di giustificazione[68], poiché il rifiuto alla prosecuzione delle cure da parte del paziente, espressione dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica garantito all'art. 32 comma 2, Cost., scriminerebbe la condotta del medico che dia attuazione a tale diritto[69]. Diversamente, altri Autori ritengono che un'inequivocabile richiesta del malato di non essere sottoposto a cure faccia venire meno in capo al terapeuta lo stesso obbligo giuridico di curarlo, anche a costo della morte del primo, mancando il necessario titolo di legittimazione dell'esecuzione del trattamento[70].

In tale prospettiva, l'assenza di disposizione anticipata precluderebbe qualsiasi intervento volto ad accertare la volontà del paziente, i cui destini sarebbero pertanto rimessi all'agire dei medici curanti. La condotta di questi ultimi dovrà essere finalizzata alla perpetuazione della vita con il limite dell'accanimento terapeutico. Da ciò deriverebbe che tutti i comportamenti che - nell'attuazione di una ipotetica volontà del soggetto di non essere sottoposto a trattamenti salvavita - cagionino la morte del paziente in una situazione di non irreversibilità della patologia potranno essere oggetto di incriminazione a titolo di omicidio semplice, e non di omicidio del consenziente, proprio perché «la volontà di un terzo non è la volontà del titolare del bene giuridico: anche se questa viene "re-interpretata" attraverso un rappresentante»[71].

Ma, come si è detto, la procedura indicata dalla l. 219/2017 potrebbe anche essere intesa come una modalità non esclusiva per manifestare il proprio volere. In tal caso si potrebbe, con il concorso necessario del fiduciario e dell'autorità giurisdizionale, provvedere ad accertare la volontà del paziente *aliunde* e richiedere in base a questa l'interruzione del trattamento salvavita nei casi di perdita irreversibile dello stato di coscienza. Tuttavia, anche in questa ipotesi occorre domandarsi quali saranno le ricadute del provvedimento giudiziario. Sembra che il provvedimento, accertando una volontà, non sia che un tramite attraverso cui si esplica l'atto di autonoma disposizione della propria salute. Parlare di ricostruzione della volontà ipotetica potrebbe far pensare che, in questi casi, venga ad avere rilievo scriminante il c.d. consenso presunto, ossia quel consenso che si può ragionevolmente ritenere che il soggetto avrebbe prestato in una determinata condizione. Ma la categoria del consenso presunto non pare cogliere appieno il sostrato fattuale delle situazioni in esame, ove, come si è visto, è imprescindibile una

---

[67] L'esenzione da responsabilità è prevista all'art. 4, co. 5 l. 219/2017, che richiama l'art. 1, co. 6. Si vedano, in tema, le osservazioni critiche di L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»*?, cit., p. 420 ss.

[68] P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., p. 7.

[69] Cfr., in argomento, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»*?, cit., p. 421 ss. ove evidenzia la necessità differenziare adeguatamente condotte omissive e condotte di attivo cagionamento della morte, attraverso ad esempio il distacco di un respiratore.

[70] C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 128 ss.; ID., *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *DisCrimen*, 15 ottobre 2018, p. 16. Sul punto, si vedano le sempre attuali riflessioni di F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, cit., pp. 1022-1025.

[71] Più in generale su questo punto, cfr. le riflessioni di M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 25.

procedimentalizzazione che sia orientata al controllo effettivo della volontà del malato. A fronte di ciò, pare che il modello proposto potrebbe piuttosto inscriversi nella categoria delle cause di giustificazione procedurali, similmente alla disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza[72]. Nel caso delle decisioni sul fine vita dell'incapace, all'accertamento della volontà del soggetto in sede processuale seguirà l'esenzione da responsabilità del medico in ragione dell'espandersi, attraverso il procedimento medesimo, del diritto all'autodeterminazione terapeutica dell'incapace stesso. Nondimeno, perché il ricorso al giudice possa avere un qualche significato, sarà necessario che la valutazione di quest'ultimo sia finalizzata non a certificare la volontà così come presentata dai soggetti intervenuti nel giudizio, ma a ricostruirla nella maniera più accurata possibile[73]. Il dibattito sul fronte penalistico, dunque, dovrà concentrarsi sui limiti di accettabilità del modello offerto dalle cause di giustificazione procedurali, ove la procedura stessa non potrà essere intesa come mero passaggio formale ma come un momento di effettivo dialogo tra i soggetti coinvolti, finalizzato a un'adeguata ponderazione delle esigenze in questione e tale da condurre alla decisione maggiormente corrispondente all'interesse del malato.
Il tema delle determinazioni che coinvolgano l'incapace di fatto rimane in ogni caso aperto e, nell'attesa di un chiarimento da parte del legislatore[74], non resta che perseverare in una gestione

[72] Sul tema si rinvia a M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, fasc. 4, pp. 1269-1286; v. anche M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 903 ss. Per una recente e approfondita analisi sulla categoria delle cause di giustificazioni procedurali in relazione alle questioni del fine vita si rinvia a A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018, *passim*. Sulla fattispecie di cui all'art. 580 c.p. e all'ipotetica configurabilità di una causa di giustificazione impropria, cfr. le riflessioni di R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 10, pp. 143 ss.
[73] Più in generale sul modello in esame, cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., in particolare p. 909 e pp. 913-916, ove però l'Autore si riferisce ai casi di rifiuto delle cure espresso direttamente dal paziente. In uno scritto più recente, ma antecedente la l. 219/2017, l'Autore affronta, seppure per inciso, il tema delle decisioni concernenti i pazienti incapaci di intendere e volere, ritenendo che «[…] dovrebbe essere definita in modo particolarmente restrittivo la possibilità di una decisione posticipata di un terzo». Così ID., *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 26.
[74] La Corte costituzionale ha in effetti recentemente sollecitato il legislatore a intervenire con un'apposita disciplina anche sulla tematica dell'aiuto al suicidio riproposta dal recente caso Cappato. Come è noto, Marco Cappato è stato incriminato ai sensi dell'art. 580 c.p. per aver accompagnato Fabiano Antoniani, affetto da tetraplegia e cecità bilaterale corticale a seguito di un incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, in Svizzera, affinché lo stesso potesse dar seguito alla propria decisione di darsi la morte. Il 27 febbraio 2017, presso l'associazione svizzera Dignitas, Fabo ha trovato la morte attraverso una pratica di suicidio assistito. La Corte costituzionale, investita dalla Corte d'Assise di Milano della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., ha rilevato, con l'ordinanza n. 207/2018, che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti. La Corte ha pertanto rinviato di un anno la trattazione della questione invitando il Parlamento ad assumere un'esplicita determinazione su tali importantissime tematiche. Ciò senza rinunciare a indicare la via della procedimentalizzazione come il metodo più adeguato per un corretto bilanciamento di tutti i valori coinvolti e per una reale valorizzazione del diritto alla salute. Si veda Corte cost., ord., 23 ottobre 2018 – 16 novembre 2018, n. 207, in www.cortecostituzionale.it, in particolare par. 10. Sull'ordinanza in esame si rinvia alle riflessioni di L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *DisCrimen*, 19 dicembre 2018. Ancora, sulla necessità di una presa di posizione forte dello

dei casi di fine vita quanto più attenta possibile alle esigenze e alle caratteristiche del singolo caso, in una gestione che sia inclusiva, partecipativa e che coinvolga tutta la rete naturale di protezione della persona, dai familiari e le persone vicine al paziente, ai medici curanti; lo richiede l'istanza personalistica che costituisce il centro essenziale, prima che della normativa di recente introduzione, della nostra Costituzione

Stato sui temi del fine vita, cfr. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., p. 907, ove l'Autore afferma: «[…] lo Stato non si può limitare, come l'asino di Buridano, a non scegliere. Anche quando rispetta etiche contrapposte e non intende sposarne una in modo prevalente, deve ricercare l'affermazione di valori, anziché la pura "neutralizzazione" di quelli in campo. Può omettere di farlo in tanti settori, beninteso, dove il liberismo si impone, ma non rispetto ai valori fondamentali del patto sociale».

Profili processuali della legge sul cd. testamento biologico

di ***Simone Calvigioni*** *(Dottorando in Diritto Processuale Civile - Università della Tuscia; Avvocato del Foro di Civitavecchia)*

Il saggio ripercorre brevemente il contenuto della legge 22 dicembre 2017, n. 219, e contiene un'analisi di alcune questioni processualcivilistiche legate all'applicazione dei nuovi istituti. In particolare, si analizzano i profili processuali relativi alle controversie sulla validità delle DAT, sulla tutela dell'incapace e del suo diritto all'autodeterminazione, con riferimento all'individuazione dei soggetti legittimati ad agire, alle forme del procedimento ed ai possibili rapporti tra tali controversie e quelle aventi ad oggetto eventuali profili di responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

Briefly, the paper covers the content of the L:219, December 22, 2017, and contains an analysis of some issues of civil procedural law posed by the new provisions. In particular, we analyze the procedural profiles related to litigation on the validity of the DAT, the identification of subjects entitled to act, the protection of the incompetent and his right to self-determination, the forms of the procedure and, eventually, the connections of the pronunciations with possible profiles of responsibility of the doctor and of the healthcare structure.

Sommario: **1.** La legge 22 dicembre 2017, n. 219. - **2.** Le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT). - **3.** La validità delle DAT. - **4.** Le controversie sulla volontà dell'incapace. - **5.** Oggetto e natura delle azioni. I giudizi sulla responsabilità del medico per violazione della volontà dell'incapace. - **6.** I soggetti legittimati ad agire. - **7.** Il rito camerale.

1. La legge 22 dicembre 2017, n. 219.

La legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», pur non priva di problemi cui dare soluzione, rappresenta l'approdo normativo di un dibattito etico, politico e giuridico durato decenni.

Il principio cardine sul quale essa si fonda, e che viene riaffermato e chiarito, è quello di autodeterminazione nella scelta delle cure cui sottoporsi. Tale principio si sostanzia, in ambito sanitario, nel necessario rispetto del consenso informato espresso dal paziente [1], quale

[1] Sulla violazione del consenso informato da parte del medico e sulla relativa reazione sanzionatoria dell'ordinamento (sia in sede civile, sia, eventualmente, in sede penale), la letteratura e la giurisprudenza sono vastissime. Si veda, *ex permultis*, tra le più recenti pronunce di legittimità, Cass., ord. 15 maggio 2018, n. 11749, Cass. 27 marzo 2018, n. 7516 e Cass. 23 marzo 2018, n. 7248, *Foro it.*, 2018, I, 2400, con nota di M. CAPUTI, *Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo*.

fondamentale presupposto e limite della relazione di cura, e, quindi, nel necessario rispetto delle sue convinzioni e dei suoi intendimenti in ordine al mantenimento della propria dignità di uomo anche nella fase terminale della vita. Si tratta di un principio presente nel nostro ordinamento e già riconosciuto grazie all'opera ricostruttiva posta in essere dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in quanto sancito da norme costituzionali, sovranazionali e anche dal codice di deontologia medica[2].

Fondamentale, nell'evoluzione della nostra giurisprudenza in tema di tutela della volontà dell'incapace in ordine ai trattamenti sanitari, è stato l'approdo raggiunto nel noto «caso Englaro» all'esito di un tormentato e decennale percorso processuale, quando la Corte di cassazione ed il

---

Si veda anche, per ulteriori riferimenti, la nota di A. PALMIERI a Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, *id.*, 2017, III, 377.

[2] Si veda, al riguardo, quanto chiaramente affermato nella motivazione di Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, *id.*, 2007, I, 3025, con nota di G. CASABURI, resa sul noto caso che ha riguardato Eluana Englaro, ove si legge che «il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Il principio del consenso informato - il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico - ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale 'è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo' (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze.

Nella legislazione ordinaria, il principio del consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833), la quale, dopo avere premesso, all'art. 1, che 'La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana', sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la quale, all'art. 5, pone la seguente 'regola generale' (secondo la rubrica della disposizione): '*Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'aprés que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé*'.

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona.

Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che 'Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente'.

Il principio del consenso informato è ben saldo nella giurisprudenza di questa Corte».

Cfr., anche, Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, *id.*, 2009, I, 1328, con nota di richiami, la quale ha affermato il principio secondo cui «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, va considerato vero e proprio diritto della persona, anzi, sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute, radicati nei principi sanciti dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione», la cui disciplina deve ritenersi di competenza statale ai sensi dell'art. 117, 3° comma, Cost.

Consiglio di Stato hanno affermato il principio secondo cui la volontà sul fine-vita del paziente in stato di incapacità di intendere e di volere, e quindi il suo consenso o dissenso ai trattamenti sanitari salvavita, ricostruiti innanzi al giudice tutelare su istanza del tutore e nel contraddittorio necessario con un curatore speciale dell'incapace, debbono essere rispettati ed eseguiti, con la conseguenza che le strutture sanitarie, pubbliche o private che siano, non possono rifiutarsi di dare esecuzione alla volontà dell'incapace in tal modo accertata, pena il risarcimento del danno[3].
La l. 219/17, quindi, in larga parte recepisce e sviluppa approdi già raggiunti[4], ma non per questo la sua approvazione perde di importanza[5].
L'art. 1 della l. 219/17 è rubricato «Consenso informato» e afferma, al primo comma, che «la presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»[6].
Nei commi successivi stabilisce che ogni persona ha diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico, o singoli atti del trattamento stesso, anche se necessari alla propria sopravvivenza, ivi inclusi l'idratazione e l'alimentazione artificiali, che vengono espressamente riconosciuti come trattamenti sanitari[7].
A fronte del diritto del paziente di rifiutare cure anche salvavita è espressamente prevista l'esclusione della responsabilità civile e penale del sanitario che (doverosamente) adempia le

---

[3] Le pronunce rese sul caso Englaro sono tutte fondamentali per lo studio dell'argomento. Si veda Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.; App. Milano, decreto 9 luglio 2008, *id.*, 2009, I, 37, con nota di G. CASABURI, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari «salvavita»*; la si veda anche in *id.*, 2009, I, 983, con nota di A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*; Cons. Stat. 2 settembre 2014, n. 4460, *id.*, Rep. 2014, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 528, *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 74, con nota di R. FERRARA e P. ZATTI, *ibid.*, 74, con nota di P. BENCIOLINI e E. PALERMO FABRIS; Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, cit.

[4] L'intervento del legislatore su una materia così importante e delicata era atteso da tempo.
Per la considerazione secondo cui, nell'epoca attuale ancor più che nel passato, il momento del giudizio ha assunto e va assumendo sempre maggiore rilevanza nella formazione del diritto, con la conseguenza che le norme di diritto positivo intervengono spesso a valle del procedimento di elaborazione del diritto stesso, e non a monte di esso, v. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, 6 ss.

[5] Si ricorda che l'approdo giurisprudenziale del caso Englaro non era stato risparmiato da critiche, anche aspre, da parte di autorevoli giuristi; cfr., ad es., F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XV ed., ESI, 2011, 135, secondo cui «la rappresentanza è inconcepibile per la sospensione dell'alimentazione artificiale, attesa l'inesistenza del relativo diritto pur in capo all'interessato (formalistica Cass. 8291/05, FI 05, I, 2359. Erra Cass. 21748/07, FI 07, I, 3025)».
Per riferimenti alla non univoca giurisprudenza (specialmente di merito) successiva a Cass. 21748/07, cit., ed alle relative critiche mosse da una parte della dottrina, v. R. TRAVIA, *Biotestamento e fine vita*, KeyEditore, 2018, 238 ss., in cui vengono segnalate diverse pronunce che, anche valorizzando la figura dell'amministratore di sostegno, hanno inteso dare tutela alla volontà del malato divenuto incapace, come precedentemente manifestata.

[6] Per una riflessione sull'importanza di questa statuizione, per il nostro ordinamento giuridico in generale, e nel contesto della legge in particolare, v. AA.VV., *Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 353 ss.

[7] Si ricorderà che nel caso Englaro una delle questioni controverse era rappresentata dalla qualificazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali come trattamenti sanitari.

volontà del paziente; ciò in forza del fondamentale principio di non contraddittorietà dell'ordinamento giuridico, che non può ad un tempo attribuire agli individui il diritto di autodeterminarsi tramite il consenso informato, imporre al medico di rispettare la volontà del paziente e poi punirlo nel caso in cui lo faccia.

Il dovere del medico di rispettare la volontà del paziente trova il limite nella previsione per la quale quest'ultimo non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali (art. 1, 6° comma, l. 219/17). È inoltre previsto che in situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria debbano assicurare le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla.

A definitiva chiarezza su una questione che, nel tormentato caso Englaro, aveva dato origine ad un contenzioso amministrativo, il legislatore ha previsto poi che «ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale»[8].

L'articolo 2 della legge, emblematicamente rubricato «Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita», stabilisce che il medico, anche nel caso in cui il paziente rifiuti i trattamenti sanitari indicatigli, deve adoperarsi per alleviare le sue sofferenze con un'adeguata terapia del dolore.

Nel secondo comma è poi dettata una disposizione per contrastare i fenomeni di accanimento terapeutico. Si stabilisce infatti che «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati», potendo ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente, qualora si sia in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari.

Nell'articolo 3 si afferma il principio secondo cui «la persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione». Si prevede quindi che il rappresentante del minore o dell'incapace debba, ove possibile, acquisire la diretta volontà del rappresentato e tenerla in debito conto o, comunque, agire avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona rappresentata, nel pieno rispetto della sua dignità.

L'ultimo comma dell'art. 3 prevede infine che «nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

[8] Si veda Cons. Stat. 2 settembre 2014, n. 4460, cit., che ha dichiarato illegittimo l'atto amministrativo della Regione Lombardia con il quale si escludeva che le strutture sanitarie regionali potessero attuare la volontà di Englaro (secondo il disposto di Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. e App. Milano, decreto 9 luglio 2008, cit.), nonché Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, cit., che ha condannato la Regione Lombardia a risarcire il danno patrimoniale e non patrimoniale causato ad Eluana Englaro ed al suo genitore/tutore dal provvedimento illegittimo di cui sopra.

Appare probabile che i medici, anche al fine di non incorrere in eventuali responsabilità nei confronti dei congiunti dell'incapace, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, saranno restii a dar seguito *sic et simpliciter* al rifiuto delle cure salvavita espresso dal rappresentante dell'incapace, attendendo che la volontà del rappresentato sia accertata nell'ambito del giudizio da svolgersi, seconda espressa previsione normativa, innanzi al giudice tutelare.
Si veda, in tema, Trib. Pavia, ord. 24 marzo 2018[9], che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, 4° e 5° comma, l. 219/17, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., nella parte in cui prevede che l'amministratore di sostegno, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato senza l'intervento del giudice tutelare[10].
Gli argomenti usati da Trib. Pavia nell'ordinanza di rimessione segnalano problemi che paiono reali e che potrebbero essere soltanto attenuati accedendo alla tesi (di dubbia percorribilità, stante la lettera della legge, come esporremo meglio *infra*, *sub* § 6), secondo cui, anche in caso di accordo tra medico e fiduciario (o rappresentante dell'incapace) sul percorso terapeutico da seguire, dovrebbe riconoscersi la legittimazione di tutti i soggetti di cui all'art. 3, 5° comma, l. 219/17 (o di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c.), ad adire il giudice tutelare per ottenere un vaglio sulla volontà dell'incapace, salvo, nelle more, l'accesso alla tutela cautelare. Anche adottando una tale soluzione, tuttavia, i rischi di una decisione errata da parte del rappresentante dell'incapace (ossia non conforme a quella che sarebbe stata la volontà del rappresentato in ordine ai trattamenti sanitari) non sarebbero del tutto superati, in quanto non consta che il rappresentante debba informare i congiunti del rappresentato in ordine alle condizioni cliniche di costui o condividere con essi le sue scelte, sicché essi potrebbero rimanerne all'oscuro, nell'impossibilità di sottoporle al vaglio del giudice tutelare.
È nell'art. 4 che la l. 219/17 contiene la sua disposizione più innovativa. Nel primo comma di questo articolo, rubricato «Disposizioni anticipate di trattamento» (DAT), si stabilisce che «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito

[9] Si veda l'ordinanza, commentata da G. STAMPANONI BASSI, in <www.giurisprudenzapenale.com>, nonché in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2018, 1118 ss., con nota critica di M. PICCINNI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura dopo la l. 219/17*.
[10] Non condivide i dubbi sulla legittimità costituzionale della norma P. BORSELLINO, *'Biotestamento': i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 799, la quale afferma che «è solo nel caso di rifiuto, da parte del decisore sostitutivo, di un trattamento reputato, invece, appropriato e necessario dal medico, che il quinto comma dell'art. 3 prevede che la decisione sia rimessa al giudice tutelare, e non in tutti i casi di rifiuto di trattamento, e in particolare di rifiuto di trattamento salvavita, riguardo ai quali pur in assenza di espresse disposizioni anticipate di trattamento, non si profilino tra il rappresentante/amministratore di sostegno da una parte e i curanti dall'altra divergenti valutazioni relative al miglior interesse del paziente. Una mancata previsione, quella relativa all'intervento del giudice tutelare anche in questi casi, che, a parere di chi scrive, non si espone a censura di incostituzionalità, non confliggendo con l'intento di tutelare, per quanto possibile, la volontà anche dei soggetti incapaci, e rispondendo, per contro, alla logica, che impronta la legge, di mantenere, in via di regola, le decisioni all'interno della relazione di cura».

denominata 'fiduciario', che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie».

Questo istituto rappresenta il riconoscimento di un potere autodeterminativo da poter esprimere «ora per allora» (ossia in un momento in cui non si è ancora vittima di alcuna patologia, affinché la propria volontà possa essere più agevolmente riconosciuta e rispettata nel futuro, al momento dell'eventuale insorgenza di una patologia invalidante), ed è espressione di un «approdo logico del consenso informato»[11].

L'art. 5 disciplina la «Pianificazione condivisa delle cure» (PCC), ossia la possibilità di realizzare una pianificazione delle cure condivisa tra paziente e medico, vincolante per quest'ultimo anche nel caso in cui il malato dovesse venire a trovarsi in condizione di non poter più esprimere la propria volontà in ragione dell'evolversi di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione con prognosi infausta.

Anche nell'ambito della pianificazione condivisa delle cure il paziente può indicare un fiduciario che si occuperà, nel momento in cui egli non sarà più in grado di esprimere la propria volontà, di far rispettare gli intendimenti espressi.

La differenza tra DAT e PCC è evidente: mentre le prime possono essere redatte in un momento lontano dallo stato patologico, in cui il paziente non è affetto da alcuna malattia cronica, invalidante o mortale[12], le PCC nascono nel contesto di una relazione tra medico e paziente già avviata a causa di una patologia avente le caratteristiche sopra descritte. Le disposizioni espresse con le PCC sono dunque necessariamente più attuali e precise con riferimento ai possibili sviluppi della patologia già in atto; sono assunte all'esito di una puntuale informazione medica e verosimilmente avranno ad oggetto specifiche diagnosi o terapie cui il malato decide di sottoporsi o non sottoporsi. Tali elementi di differenziazione hanno indotto la dottrina a ritenere che, di norma, in caso di discordanza tra DAT e PCC a prevalere è il contenuto delle seconde[13].

L'ultimo comma dell'art. 5 fa rinvio alle norme di cui all'art. 4 per ogni aspetto relativo alla pianificazione condivisa delle cure non espressamente disciplinato e quindi, è da ritenere, anche per la disciplina relativa ad eventuali contrasti tra medico e fiduciario nell'applicazione della volontà del paziente espressa nell'ambito della pianificazione condivisa e, più in generale, per la disciplina anche processuale relativa alla ricostruzione della volontà dell'incapace, qualora dovessero sorgere contrasti in merito ad essa.

---

[11] Così G. BALDINI, *L. n. 219/17 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 807.

[12] Tanto che uno dei principali problemi segnalati dalla dottrina è quello riguardante la valutazione sulla loro attualità, o la loro attualizzazione. Cfr., sul tema, A. TURRONI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, in *Riv. not.*, 2018, 446 ss.

[13] Cfr., *ex multis*, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, Cedam, 2018, 112; nello stesso senso, v. P. SERRAO D'AQUINO, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna on-line*, in <https://bit.ly/2OSaCm7>, 18, secondo cui «poiché il paziente, anche se ha redatto una DAT, con la pianificazione condivisa esprime il proprio consenso specificamente rispetto alla specifica cura proposta dal medico per una determinata patologia, anche con riguardo ai propri intendimenti per il futuro, e lo fa in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso videoregistrazione o dispositivi, tale manifestazione di volontà, in quanto successiva, specifica e documentata, deve prevalere, invece, sulle DAT, da utilizzare solo eventualmente in via integrativa».

All'esito di un'analisi complessiva della l. 219/17, nonché alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale culminata nelle note sentenze Englaro e Welby[14], non pare possa esservi più alcun dubbio sul fatto che il nostro ordinamento riconosca e tuteli come diritto soggettivo, personalissimo e discendente già dalla corretta applicazione di norme costituzionali, quello ad autodeterminarsi, anche «ora per allora» in ordine alle scelte attinenti le indagini diagnostiche, le cure ed i trattamenti sanitari in genere ai quali sottoporsi, anche nel caso in cui l'eventuale rifiuto di essi dovesse condurre alla morte.
L'esercizio di tale diritto è affidato alla libera prestazione del consenso informato, al confezionamento di DAT e PCC, alla manifestazione della volontà del rappresentato da parte del rappresentante, e può essere tutelato in un giudizio (innanzi al giudice tutelare, secondo quanto previsto dalla l. 219/17).

2. Le Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT).

Le disposizioni anticipate di trattamento sono un atto personale, a forma vincolata, sempre revocabile o modificabile da parte del disponente (cfr. art. 4, 6° e 7° comma, l. 219/17)[15].
Secondo quanto stabilito dal 1° comma dell'art. 4, le DAT possono essere confezionate da «ogni persona maggiorenne capace di intendere e di volere». I minori, quindi, stando alla lettera della legge, non possono validamente redigere DAT, neanche nel caso in cui siano maturi, prossimi alla maggiore età e capaci di intendere e volere in concreto. Tale previsione ha suscitato critiche in dottrina, anche alla luce della tendenza manifestata dal legislatore sia nell'art. 3 della stessa l. 219/17, sia in altre disposizioni normative (si pensi, ad esempio, alla riforma del diritto di famiglia ed alla portata degli artt. 315 *bis*, 336 *bis* e 337 *octies* c.c.), di attribuire sempre maggiore rilevanza alla volontà del minore, lasciando magari al giudice valutare il suo effettivo stadio di maturità e capacità di autodeterminarsi[16].

---

[14] Si tratta di Trib. Roma 17 ottobre 2007, n. 2049, in *Dir. pen e proc.*, 2008, 59, con nota di A. VALLINI, *Rifiuto di cure 'salvavita' e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, con cui il G.U.P. ha assolto dall'accusa di omicidio del consenziente (art. 579, 1° comma, c.p.) il medico anestesista che aveva dato seguito alla volontà espressa più volte da Piergiorgio Welby di interrompere il funzionamento dell'apparato di respirazione meccanica che lo teneva in vita, in quanto il fatto era scriminato ai sensi dell'art. 51 c.p.

[15] Le DAT, in particolare, devono «essere redatte 'per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie». Disposizioni di favore, quanto alla forma delle DAT, sono previste nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non consentano di partecipare all'atto pubblico o sottoscrivere la scrittura privata; in tali casi le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Qualora ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

[16] G. BALDINI, *op. cit*., 814, esprime perplessità sul fatto che il c.d. grande minore (ossia il minore dotato di apprezzabile maturità e capacità di autodeterminarsi) non abbia possibilità di esprimere anticipatamente le proprie volontà in ordine alle cure da ricevere nell'eventualità in cui dovesse divenire incapace.
Sul tema del rispetto della volontà del minore relativamente ai trattamenti sanitari alla luce della l. 219/17 v., anche, L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. famiglia*, 192 ss.

Figura centrale nell'impianto dell'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento è quella del fiduciario della persona malata.
Il 1° comma dell'art. 4 prevede infatti che il disponente possa nominare un proprio fiduciario, che avrà il compito di relazionarsi con i sanitari, con l'obiettivo di garantire l'esatta osservanza delle disposizioni dell'incapace, interpretandone ed attualizzandone il contenuto, ove necessario, alla luce della volontà e del modo di essere del disponente.
La nomina del fiduciario non è necessaria ai fini della validità delle DAT, in quanto, in mancanza di nomina da parte del disponente, oppure nel caso di mancata accettazione dell'incarico da parte del nominato, o, ancora, in caso di morte o perdita della capacità di esso, è previsto che il giudice tutelare, in caso di necessità, nomini un amministratore di sostegno che assolva lo stesso compito (art. 4, 4° comma)[17], secondo le regole di cui agli artt. 404 ss. c.c.; e quindi, è da ritenere, su ricorso dei soggetti ordinariamente legittimati ex art. 406 c.c., tra cui anche «i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona [che], ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'art. 407 o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero» (così il 3° comma dell'art. 406 c.c.).
La figura del fiduciario, quale rappresentante dell'incapace malato ed interprete delle sue volontà, è fondamentale ai fini della corretta applicazione delle DAT ed introduce alla questione relativa alla vincolatività delle DAT stesse per i sanitari (ma, sarebbe meglio dire, per ogni soggetto interessato).
Il 5° comma dell'art. 4, infatti, dettando una norma di fondamentale importanza, la cui interpretazione, purtroppo ma verosimilmente, darà luogo a non pochi conflitti, afferma che «fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1[18], il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3[19]».
Opportunamente il legislatore ha previsto che le DAT siano vincolanti e non semplicemente indicative della volontà del disponente. L'adozione di tale soluzione non era scontata, anche alla

[17] Sul punto si veda quanto sostenuto da D. CARUSI, *La legge 'sul biotestamento': una luce e molte ombre*, in *Corriere giur.*, 2018, 298, secondo cui «il modo ipotetico sembra implicare che, quanto meno se nessun fiduciario sia stato nominato, ben possa il medico curante portar da solo la responsabilità di dar seguito alle DAT *secundum legem*; ma anche che, quante volte il medico nutra plausibili dubbi circa il significato delle disposizioni, possa egli chiedere la nomina dell'amministratore di sostegno».
[18] Ai sensi del quale, come abbiamo visto *supra*, «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali».
[19] Secondo cui «[…] la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

luce del vecchio disegno di legge sulla materia (c.d. d.d.l. Calabrò), che espressamente, all'art. 6, prevedeva la non vincolatività delle DAT[20].
La l. 219/17, oltre a limitare a specifiche ipotesi la possibilità che le DAT possano essere disattese, condiziona la deviazione dalla volontà del disponente alla presenza di accordo tra medico e fiduciario. Quest'ultimo, infatti, è individuato come l'interprete e l'attualizzatore della volontà del disponente, ossia come la persona maggiormente in grado di cooperare con il medico ad esprimere la volontà dell'incapace in relazione ai trattamenti sanitari, in virtù della sua intima conoscenza del rappresentato e della nomina fiduciaria da esso stesso ricevuta[21].
L'inquadramento dogmatico dell'istituto delle DAT non è pacifico nella dottrina civilistica[22] e la figura del fiduciario, più che a quella del mandatario o del semplice rappresentante, è stata assimilata, per le caratteristiche e l'oggetto dell'incarico che deve svolgere, a quella dell'esecutore testamentario, pur nella consapevolezza della peculiarità del suo ruolo, avente ad oggetto disposizioni di una persona non defunta, a carattere personalissimo ed a contenuto non patrimoniale[23].
È pacifico che il fiduciario (così come il rappresentante dell'incapace di cui all'art. 3, l. 219/17) debba operare nell'ottica di dare voce e forza alla volontà del disponente, come semplice *nuncius*, senza che questa sia inquinata minimamente dai propri intendimenti, dalle proprie convinzioni o dai propri sentimenti[24].

3. La validità delle DAT.

Il nuovo, importante istituto rappresentato dalle disposizioni anticipate di trattamento pone diversi problemi, sia di diritto sostanziale, sia di diritto processuale.

---

[20] Lo si veda illustrato in G. ONDEI, *Il caso Englaro: commento alle sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in <https://bit.ly/2A3SJbF>, 36 ss.
[21] Si veda, al riguardo, U. ADAMO, *op. cit.*, 118 ss.; A. ARFANI, *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 815 ss.; G. BALDINI, *op. cit.*, 807 ss.; M. DELLI CARRI, *Considerazioni sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Vita not.*, 2018, 590, ove si legge che il fiduciario è «incaricato non solo di rappresentare il dichiarante nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie, ma anche di interpretare ed eventualmente aggiornare le volontà del malato alla luce degli eventuali progressi della medicina e della ricerca farmacologica».
[22] Sul tema v. R. TRAVIA, *op. cit.*, 187 ss.
[23] Cfr., al riguardo, le considerazioni svolte da A. ARFANI, *op. cit.*, 820; M. CHIERICI, *Riflessioni in materia di biotestamento*, in *Vita not.*, 2018, 579; F. MIGLIORELLI, *La legge n. 219 del 2017: un nuovo importante tassello sul «fine vita»*, in *Riv. not.*, 2018, 27.
[24] Si veda il principio enunciato nella motivazione di Cass. 21748/07, cit., secondo cui «ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non 'al posto' dell'incapace né 'per' l'incapace, ma 'con' l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche».

In questa sede si analizzeranno i profili processuali del contenzioso che potrà scaturire relativamente all'applicazione della l. 219/17 (e delle DAT in particolare), dando solo brevemente conto, per quel che riguarda gli aspetti critici di diritto sostanziale, di alcuni dei problemi che verosimilmente affanneranno i pratici nell'applicazione concreta dell'istituto.
Anzitutto, potrebbero sorgere questioni relative alla validità delle DAT, sia dal punto di vista formale[25], sia relativamente alla capacità del disponente al momento del loro confezionamento, sia relativamente alla presenza di vizi della volontà del disponente stesso.
La validità delle DAT è presupposto necessario anche per l'applicazione della disciplina relativa ai possibili contrasti nella loro applicazione, regolata dalla l. 219/17 all'art. 4, 5° comma, la cui soluzione è rimessa, come vedremo meglio *infra*, alla decisione del giudice tutelare, che giudicherà, evidentemente, avendo come punto di riferimento le DAT validamente confezionate.
L'assenza di valide DAT, al contrario, darebbe luogo all'applicazione diretta dell'art. 3, 5° comma, l. 219/17[26]. In tal caso, però, al fine di accertare la volontà dell'incapace e tutelare il suo diritto di autodeterminazione, il giudice non potrebbe fare riferimento dirimente alle DAT (invalide), ma dovrebbe fare ricorso ad altri mezzi di prova (anche atipici). Si può discutere se, in simili circostanze, le DAT, per quanto invalide, siano da tenere in qualche considerazione, magari con valore indiziario (in relazione anche al tipo ed alla gravità del vizio che le affligge), ai fini della decisione del giudice tutelare. Una soluzione positiva al riguardo pare preferibile, nell'ottica della maggiore tutela possibile della volontà del disponente, comunque espressa o manifestata.
D'altra parte, è innegabile, ad esempio, che DAT redatte in forma olografa (e quindi radicalmente nulle sotto il profilo formale) da un soggetto perfettamente in grado di intendere e di volere al momento della redazione, non possano essere ignorate in sede di ricostruzione della volontà del disponente.
La l. 219/17 non detta regole speciali in ordine a possibili profili di invalidità delle DAT, limitandosi a disciplinarne la forma e ad individuare i soggetti capaci di disporre dello strumento, secondo quanto abbiamo visto sopra.
L'assunzione di adeguate informazioni mediche da parte del disponente prima della redazione delle DAT, richiesta dall'art. 4, 1° comma, non è espressamente prevista dalla legge come requisito di validità e non è considerata tale dalla dottrina maggioritaria[27].

---

[25] Con riferimento alla forma delle DAT si veda M. CHIERICI, *op. cit.*, 579 ss.
[26] Il quale individua nel giudice tutelare l'organo competente ad accertare la volontà dell'incapace in ordine ai trattamenti sanitari da ricevere, ed è poi richiamato anche dall'art. 4, 5° comma, l. 219/17.
[27] In questi termini P. BORSELLINO, *op. cit.*, 800, secondo cui «la legge non richiede, distanziandosi dalla previsione dell'art. 38 del Codice di deontologia medica, che, ai fini della validità delle volontà previamente manifestate, vi sia traccia documentale dell'informazione medica. Si tratta di una soluzione che potrebbe esporsi alla critica di non prevenire il rischio di scelte anticipate sulle cure poco consapevoli, ma che può apparire appropriata se collocata nella prospettiva del sopra richiamato ripensamento, richiesto dalla legge, di tutte le relazioni tra curanti e pazienti - a cominciare da quelle che ogni cittadino intrattiene con il medico di base - come relazioni improntate alla comunicazione e al dialogo […]».
Nel senso che l'acquisizione di adeguate informazioni mediche sia «presupposto di validità delle DAT» v., tuttavia, F. MIGLIORELLI, *op. cit.*, 23.

Secondo diversi Autori, tuttavia, il medico che si trovi a dover applicare le DAT potrebbe valutare la qualità delle informazioni ricevute dal disponente prima della loro redazione, ai fini della decisione sulla congruità delle disposizioni e, quindi, ai fini dell'eventuale loro disapplicazione[28]. È pertanto opportuno che il disponente acquisisca adeguate informazioni, il più possibile complete ed esaustive, ed è poi auspicabile che nella redazione delle DAT, che debbono essere il più possibile chiare, si dia adeguata e puntuale nozione della ricezione di tali informazioni[29].

---

[28] Si veda, al riguardo, A. TURRONI, *op. cit.*, 442 ss., il quale afferma, da un lato, che il notaio rogante ha il dovere di accertare che il disponente abbia assunto le prescritte informazioni mediche e, dall'altro lato, che il medico può disattendere le DAT a causa della carenza informativa del disponente, in quanto incongrue; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul 'testamento biologico' e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv dir. civ.*, 2018, 1012; D. CARUSI, *La legge 'sul biotestamento': una luce e molte ombre*, in *Corriere giur.*, 2018, 299, il quale, con riferimento alla parte della disposizione richiamata nel testo secondo cui le DAT devono essere redatte «dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche», rileva che «è questa un'altra di quelle espressioni o frammenti di norma sparsi non troppo in vista nel testo che obiettivamente si prestano a interferire sul momento dell'esecuzione: tra i primissimi commentatori già è stata avanzata l'idea che il difetto di informazione (filtrato o meno dalla 'palese incongruità' di cui all'art. 4, comma 5? sospetto? presumibile? presunto?) sia tra le ragioni legittime per 'disattendere' le DAT. Per non rischiare di lasciare quel frammento dell'art. 4, comma 1, senza presidio, come un principio di buon senso vuotamente declamato, e al contempo nello spirito di garantire più saldamente i cittadini-disponenti quanto all'efficacia e al rigoroso rispetto delle loro disposizioni anticipate, un accorgimento non particolarmente ingegnoso sarebbe stato praticabile: prevedere come modalità tipica di dichiarazione delle DAT la loro ricezione da parte di un medico».
Cfr., anche, G. BALDINI, *op. cit.*, 807, secondo cui «nel silenzio della legge riguardo all'indicazioni di specifici soggetti/fonti/ modalità, non c'è chi non veda come la scelta operata dal legislatore di non prevedere espressamente uno specifico ruolo per il medico - come consulente o depositario delle DAT - rappresenti una opzione precisa sulla irrilevanza o indifferenza riguardo alla fonte dell'informazione dalla quale il disponente abbia tratto gli elementi per formare il proprio convincimento facendo un unico generico richiamo circa l'adeguatezza della stessa. E tuttavia, non c'è chi non veda come la questione risulti estremamente rilevante e per l'effetto suscettibile di essere recuperata *deinde*, posto che ai sensi degli artt. 1, comma 6 e 4, comma 5, il medico, anche di concerto col fiduciario, potrà efficacemente eccepire eventuali incongruità o difformità, riguardo al consenso espresso dal paziente».
In tema, anche, R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 693.

[29] Si veda, al riguardo, il Parere reso al Ministero della Salute da Consiglio di Stato (Commissione speciale) 31 luglio 2018, n. 1991, in <*www.giustizia-amministrativa.it*>, ove si legge che «Col quarto quesito - considerato che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della richiamata legge n. 219/2017, l'assistito esprime le DAT 'dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte' - il Ministero chiede se l'acquisizione di siffatta informativa possa essere dichiarata dall'interessato, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 contestualmente alla disposizione anticipata.
Su tale problema osserva la Commissione speciale che - anche in relazione alle possibili responsabilità del medico che si è attenuto alle DAT considerandole valide, e della struttura sanitaria in cui è eventualmente incardinato - appare necessario che vi sia certezza in ordine alla 'adeguatezza' delle informazioni mediche acquisite dall'interessato e riguardanti le conseguenze delle scelte effettuate.
Pertanto, pur non potendo rilevare sotto il profilo della validità dell'atto, sembra decisamente opportuno che tale circostanza venga attestata, magari suggerendola nel modulo-tipo facoltativo che verrà predisposto dal Ministero della salute, così come evidenziato nella risposta al terzo quesito».
Si veda, anche, G. BALDINI, *op. cit.*, 808, secondo cui la necessità di redigere DAT di elevata qualità dovrebbe suggerire al disponente di avvalersi del supporto tecnico di qualificati professionisti medici e tecnici del diritto. Redigere DAT di elevata qualità è fondamentale, secondo l'Autore «non solo nell'ottica della tutela della posizione dell'operatore sanitario rispetto a condotte che, nel dubbio, potrebbero spingere verso atteggiamenti di c.d. 'medicina difensiva' per evitare rischi di censure giudiziali ma anche, specularmente, a tutela del paziente la cui volontà rischia di essere disattesa ove espressa in maniera troppo

In mancanza di specifiche disposizioni del legislatore, la disciplina applicabile alle DAT, sotto il profilo della loro validità e dei rimedi avverso la loro invalidità, va ricercata nelle disposizioni del codice civile e del codice di procedura civile.
Come posto in luce dalla dottrina maggioritaria con riferimento all'inquadramento della figura del fiduciario, che abbiamo visto essere stata accostata a quella dell'esecutore testamentario (e non a quella del mandatario o del semplice rappresentante o del gestore di affari altrui), pare corretto ritenere che l'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento presenti maggiore affinità con l'istituto del testamento che non con il contratto o con l'atto unilaterale avente contenuto patrimoniale di cui all'art. 1324 c.c.
Si potrebbe quindi fare riferimento alle disposizioni che regolano la annullabilità e la nullità del testamento ed applicarle, ove necessario, in via analogica alle ipotesi di invalidità delle DAT.
Si potrebbe così sostenere che in caso di invalidità delle DAT per incapacità, anche transitoria, del disponente, o per difetto di forma, o per vizi della volontà (errore, violenza o dolo), il vizio potrebbe essere fatto valere da chiunque vi abbia interesse, in applicazione analogica degli artt. 591, 606 e 624 c.c.
L'ampliamento della platea dei soggetti legittimati a far valere l'invalidità delle DAT, che in tal modo si otterrebbe, sarebbe funzionale (oltre che alla tutela dell'incapace e della sua volontà) anche alla tutela dei congiunti del disponente divenuto incapace, i quali possono avere interesse sia a veder rispettate le volontà di quest'ultimo, sia a tutelare lo stesso loro rapporto parentale e/o affettivo con il malato, la cui stessa sopravvivenza potrebbe cessare per effetto dell'applicazione di DAT invalide. Si potrebbe pertanto sostenere la riconoscibilità della legittimazione ad agire per far valere l'invalidità delle DAT in capo ai soggetti individuati dall'art. 3, 5° comma, l. 219/17, essendo peraltro la questione relativa alla loro validità connessa (in quanto pregiudiziale) a quella relativa alla tutela del diritto di autodeterminazione del paziente incapace relativamente alle scelte di fine vita e quindi alla individuazione della volontà dell'incapace in ordine ai trattamenti sanitari da ricevere (per il cui rispetto, come detto, possono agire tutti i soggetti individuabili ai sensi dell'art. 3, 5° comma, l. 219/17, quanto meno in caso di conflitto tra rappresentante dell'incapace e medico)[30]. Tuttavia, si potrebbe dubitare che una simile soluzione sia rispettosa del principio di cui all'art. 81 c.p.c. Qualora non si ritenesse di attribuire una tale legittimazione a tutti i soggetti suddetti, parrebbe comunque doversi affermare che debba riconoscersi legittimazione ad agire per la declaratoria di invalidità delle DAT in capo al legale rappresentante dell'incapace[31], o ad un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. Con particolare riferimento alla nullità, inoltre, si ricorda anche che l'art. 1421 c.c. stabilisce che essa può essere fatta valere, salva diversa disposizione di legge, da chiunque vi abbia interesse, e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

---

generica o incongrua ovvero formulata in modo inesatto, così da offrire eccessivi margini interpretativi all'operatore. Dunque l'ipotesi di prevedere, nel rispetto del testo ma anche dello spirito della legge formulata per regole e principi generali, assieme agli obblighi informativi facenti carico su Ministero, Regioni e Asl (ex art. 4, comma 8) ovvero all'interno di essi, linee guida attuative o se si vuole criteri attuativi uniformi, esemplificativi riguardo a struttura e contenuti possibili delle DAT, da condividere con gli organismi tecnici di rappresentanza, in particolare degli operatori sanitari, è tutt'altro che peregrina».

[30] Si vedano, anche, le riflessioni svolte *infra sub* § 6.

[31] Il rappresentante, a differenza del sostituto processuale, sta in giudizio in nome e per conto del rappresentato e non esercita in nome proprio un diritto altrui (cfr. P. NAPPI, *Sub. art. 81 c.p.c.*, in *Codice di Procedura Civile Commentato*, a cura di C. CONSOLO, Walters Kluwer, 2018, Tomo I, 869, cui si rinvia per ulteriori riferimenti).

Quanto ai profili processuali attinenti al rito, relativi alle contestazioni della validità delle DAT, occorre notare che, se da un lato il legislatore della l. 219/17 ha espressamente previsto che ogni questione relativa alla ricostruzione o all'accertamento della volontà dell'incapace o alla interpretazione/applicazione delle DAT, in vista della tutela del suo diritto all'autodeterminazione, sia rimessa al giudizio del giudice tutelare (per un'analisi di tale scelta v. *infra*, § 7), dall'altro lato nulla ha disposto con riferimento alle azioni volte a far valere l'invalidità delle DAT.

In mancanza di espresse disposizioni processuali relative alle azioni costitutive di annullamento o dichiarative della nullità delle DAT, si dovrebbe (ragionando per principi) ritenere che simili giudizi non dovrebbero essere devoluti alla cognizione del giudice tutelare (con conseguente applicazione del rito camerale).

Nel caso in cui sorgano controversie relative alla validità delle DAT, infatti, l'oggetto del giudizio non sarebbe direttamente l'accertamento o la ricostruzione della volontà del disponente in vista della tutela del suo diritto di autodeterminazione, bensì, a monte, l'accertamento della validità giuridica dell'atto con il quale è stata espressa la volontà del disponente. Solo all'esito di tale giudizio si saprà se la volontà da rispettare e tutelare sia quella espressa nelle DAT oppure no. Nell'ipotesi in cui si accertasse la validità delle DAT, potrebbero poi sorgere questioni relative alla loro applicazione (ai sensi dell'art. 4, 5° comma); nel caso in cui, al contrario, nel giudizio relativo alla validità delle DAT queste dovessero essere annullate o dichiarate nulle, si dovrebbe fare applicazione dell'art. 3, 5° comma, l. 219/17.

Ovviamente, il disponente divenuto incapace, in un eventuale giudizio avente ad oggetto la validità delle sue DAT, dovrebbe essere adeguatamente rappresentato, nel contraddittorio con il soggetto che ha impugnato le DAT stesse.

Come detto, non pare possa esservi dubbio che, già alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale culminata nella nota Cass. 21748/07, cit., ed ora ai sensi della l. 219/17, nel nostro ordinamento sia riconosciuto il diritto soggettivo, personale e inviolabile, di dettare le proprie volontà relativamente ai trattamenti sanitari che si desidera ricevere, anche in prospettiva futura, per il caso in cui si dovesse perdere la capacità di intendere e di volere (e comunque il diritto di vedere rispettata la propria dignità e la propria volontà, eventualmente espressa da un rappresentante, anche nella fase terminale della vita).

I giudizi aventi ad oggetto la validità delle DAT (ma anche quelli aventi ad oggetto l'applicazione delle DAT e, è da ritenere, anche quelli aventi ad oggetto la ricostruzione o l'accertamento della volontà dell'incapace in ordine alle cure da ricevere in mancanza di DAT) sono quindi giudizi su diritti soggettivi[32].

La regola generale, nel nostro ordinamento, è che sia il processo ordinario di cognizione disciplinato nel Libro II del c.p.c. (o eventualmente il processo sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss., c.p.c.) lo strumento processuale attraverso cui accertare e tutelare situazioni giuridiche soggettive attive qualificabili come diritti soggettivi, in contraddittorio tra più parti ed in vista dell'ottenimento di una decisione stabile ed incontrovertibile (che passi in giudicato e faccia stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa).

[32] Si vedano, in tal senso, A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, cit., 985.

La delicatezza della materia e la rilevanza degli interessi in gioco, tuttavia, rendono necessario l'approfondimento della questione.
Non sfugge a chi scrive la necessità che su tutte le questioni direttamente o indirettamente legate alla individuazione della volontà dell'incapace relativa alle cure da somministrargli sia necessario, una volta di più, che i tempi della giustizia siano rapidi.
Verosimilmente anche per questo il legislatore ha disposto che i giudizi di cui all'art. 3, 5° comma e art. 4, 5° comma, l. 219/17, si svolgano innanzi al giudice tutelare (con un procedimento deformalizzato e tendenzialmente più veloce rispetto al giudizio ordinario di cognizione), ancorché la rapidità e la deformalizzazione dei procedimenti confliggano spesso con il pieno rispetto delle garanzie processuali delle parti (predeterminazione legale delle forme e dei termini del procedimento, dei poteri del giudice, del diritto alla prova, dello svolgimento di un contraddittorio pieno, ecc.).
La pendenza di un giudizio (ordinario) di cognizione sulla validità delle DAT, o comunque l'intenzione di instaurare un simile giudizio da parte di un soggetto legittimato, potrebbe far sorgere, da un lato, esigenze cautelari, da far valere tramite il ricorso ex art. 700 c.p.c. per ottenere un provvedimento di urgenza (al fine di impedire, ad esempio, che in applicazione di DAT ritenute invalide, e nelle more del processo, si interrompano cure salvavita), e, dall'altro lato, potrebbe procrastinare per lungo tempo l'attuazione della volontà dell'incapace.
L'accesso al giudice tutelare, anche ai sensi dell'art. 3, 5° comma, potrebbe infatti rivelarsi precluso dalla pendenza del pregiudiziale giudizio sulla validità delle DAT; la contemporanea pendenza dei due giudizi potrebbe portare, del resto, a soluzioni contrastanti in ordine ad una materia tanto delicata da incidere direttamente sulla vita stessa dell'incapace, ed è perciò da evitare.
La soluzione del problema potrebbe essere trovata, in via interpretativa (ma con una forzatura del sistema), attribuendo anche i giudizi sulla validità delle DAT alla cognizione del giudice tutelare, il quale si troverà contemporaneamente a decidere sulla validità delle DAT e (comunque) sulla ricostruzione della volontà dell'incapace.
Può d'altra parte accadere che una questione relativa alla validità delle DAT sorga direttamente nei giudizi instaurati ai sensi degli artt. 3 e 4, l. 219/17, innanzi al giudice tutelare, il quale, è da ritenere, dovrebbe deciderla simultaneamente. Sarebbe comunque da scongiurare sia l'ipotesi di separazione delle cause, sia l'ipotesi di sospensione del giudizio instaurato ai sensi degli artt. 3 o 4, l. 219/17, in attesa della definizione del giudizio sulla validità delle DAT.
Secondo la soluzione appena proposta, per realizzare il *simultaneus processus* nel caso in cui le due cause (quella sulla validità delle DAT e quella promossa ex artt. 3 o 4, l. 219/17) pendano contemporaneamente innanzi a giudici diversi, andrebbe disposta la riunione innanzi al giudice individuato dal legislatore come competente per funzione e materia a decidere le cause di cui agli artt. 3 e 4, l. 219/17, il quale seguirà il rito ivi indicato. La trattazione congiunta delle due questioni con il rito ordinario di cognizione, se da un lato garantirebbe una cognizione piena ed esauriente, dall'altro non si concilierebbe con le esigenze di rapidità nella definizione di tali cause, né con la espressa disciplina di cui agli artt. 3 e 4, l. 219/17, che ha attribuito la cognizione delle cause sulla volontà del malato incapace al giudice tutelare.
È comunque auspicabile che intervenga il legislatore, individuando un rito (che dovrebbe auspicabilmente svolgersi, almeno in un grado, a cognizione piena) con cui risolvere, godendo di

una corsia preferenziale per garantire rapidità, sia le questioni di validità delle DAT, sia le questioni relative alla loro applicazione, sia le questioni relative alla tutela del soggetto che è divenuto incapace senza lasciare DAT.

4. Le controversie sulla volontà dell'incapace.

Ai sensi dell'art. 4, 5° comma, l. 219/17, le DAT possono essere disattese, in tutto o in parte, soltanto con l'accordo tra medico e fiduciario e soltanto nei seguenti casi:

a) qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente;
b) qualora sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

Non è difficile immaginare che la genericità delle espressioni usate dal legislatore nell'individuare i presupposti per la disapplicazione delle DAT creerà incertezze applicative e conseguente contenzioso.

Si tratterà infatti di riempire di contenuti delle formule elastiche, o addirittura vaghe, come «palesemente incongrue»[33], oppure «miglioramento delle condizioni di vita»[34].

Ulteriori problemi potrebbero derivare dalla lacunosità delle DAT[35]: nel caso in cui il disponente abbia tralasciato di dare indicazioni relativamente ad un dato trattamento sanitario deve intendersi che abbia inteso non rifiutarlo (in applicazione del generale *favor* per la tutela della vita), oppure deve ricostruirsi la sua volontà interpretando le DAT stesse (come parrebbe maggiormente corretto, in applicazione del principio secondo cui alla volontà del malato deve essere data la priorità assoluta), o comunque con un giudizio innanzi al giudice tutelare ex art. 4, 5° comma o 3, 5° comma, l. 219/17?

---

[33] Sulla necessità di riempire di significato la formula della legge v., *ex multis*, D. CARUSI, *op. cit.*, 297, secondo cui «questo enunciato ha un nucleo minimo di significato da considerarsi sicuro: se l'autore della dichiarazione anticipata soffre di patologie o disturbi differenti da quelli cui si era riferito nel documento, o se disponibili e indicate sono cure significativamente diverse da quelle che il paziente ha preventivamente dichiarato di non volere, non c'è che da riconoscere che le direttive non sono applicabili. Il surplus di parole e l'uso dell'espressione 'disattendere' lasciano però intravedere altre possibili attribuzioni di senso: 'palesemente incongrue' potranno giudicarsi anche dichiarazioni di rifiuto indiziabili di fondarsi su falsi presupposti cognitivi, che appaiano ispirate da superstizioni o timori idiosincratici? E anche disposizioni formulate in termini tecnicamente atipici? Oltre quale limite di genericità o inappropriatezza si potranno e dovranno 'disattendere' le espressioni dell'interessato?».

[34] Si vedano, al riguardo, le considerazioni di P. BORSELLINO, *op. cit.*, 801, secondo cui «è vero che, nel quinto comma, si prende in considerazione anche l'ipotesi che le DAT possano essere disattese nel caso in cui si rendano disponibili terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione. Si deve però trattare di terapie in grado di offrire possibilità di miglioramento delle condizioni di vita qualificate con l'aggettivo 'concrete'. Sarebbe stato opportuno aggiungere 'e prospettate come accettabili' dal paziente, ma è ragionevole ritenere che questa sia l'interpretazione di cui la previsione è suscettibile, posto che, come si è già in precedenza osservato, è lo stesso Codice di deontologia medica (art. 16) a fare della volontà del paziente, e della sua personale valutazione della qualità della vita, criteri imprescindibili per la determinazione dell'appropriatezza di una terapia».

In tema, R. CALVO, *op. cit.*, 693, ritiene che «ad esempio, se il paziente ha dichiarato di rifiutare le cure in caso di 'malattia gravissima', le stesse dovranno essergli somministrate quando la patologia sia suscettibile (dal punto di vista della prognosi) di essere efficacemente debellata, ancorché al fine di raggiungere tale risultato sia necessario applicare protocolli complessi».

[35] Al riguardo si vedano le considerazioni di S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 1018.

È pertanto di fondamentale importanza che la formulazione delle DAT sia di elevata qualità, al fine di limitare il rischio di lacune o difficoltà interpretative. L'intervento ed il concorso di tecnici del diritto e di medici al momento della formulazione delle DAT appare del tutto opportuno e consigliabile, così come la menzione nell'atto delle informazioni mediche previamente acquisite dal disponente[36].

Tralasciando l'approfondimento degli aspetti sostanziali, ci si soffermerà in questa sede ad indagare i risvolti processuali dei problemi applicativi suddetti.

Anzitutto, l'art. 4, 5° comma, l. 219/17, stabilisce che in «caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3», il quale a sua volta stabilisce che «la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria».

Pare potersi affermare che il contrasto tra medico e fiduciario può verificarsi sia nel caso in cui il medico ritenga di dover effettuare un trattamento sanitario che il fiduciario ritiene di dover rifiutare, in quanto escluso dalle DAT, sia nello speculare caso in cui il medico ritenga di non dover effettuare un trattamento sanitario ai sensi delle DAT, mentre il fiduciario sia di opposto parere.

Tale conclusione si ricava dal fatto che la disposizione parla genericamente di contrasto tra medico e fiduciario in ordine all'applicazione (o disapplicazione) delle DAT, ma con le DAT si può sia disporre di volere, sia disporre di rifiutare determinati trattamenti sanitari; si pone quindi, in caso di contrasto, una questione relativa all'esatta interpretazione delle DAT stesse.

Diverso il discorso con riferimento all'art. 3, 5° comma, dettato per risolvere il conflitto tra medico e rappresentante dell'incapace in assenza di DAT. Proprio la mancanza di DAT fa sì che in tal caso l'unico conflitto che può sorgere sia quello relativo al rifiuto di cure da parte del rappresentante, non essendo configurabile l'ipotesi del medico che ritenga di non somministrare delle cure in virtù della volontà contraria espressa dal paziente, in quanto tale volontà, evidentemente, non era stata espressa.

L'unico caso in cui, in assenza di DAT (e di PCC), si potrebbe verificare un contrasto tra medico e rappresentante dell'incapace in cui il medico vorrebbe interrompere le cure ed il rappresentante manifesti la sua contrarietà, pare essere quello in cui viene in questione il divieto di accanimento terapeutico.

Come visto, infatti, l'art. 2, 2° comma, dispone che «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati».

Ebbene, in tali ipotesi di conflitto, pur non espressamente ricomprese nella lettera dell'art. 3, deve ritenersi ammissibile da parte dei soggetti ivi indicati, pena l'irragionevolezza della disposizione, l'accesso al giudizio tutelare per ottenere la decisione in ordine alla somministrazione delle cure che il medico ritiene ostinate e irragionevoli.

Fermo restando il principio secondo cui «nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla», affermato dall'art. 1, 7° comma, l. 219/17, è ovviamente fatto salvo, nelle more dell'accertamento della

[36] Come evidenziato da G. BALDINI, *op. cit.*, 808.

volontà dell'incapace, l'accesso da parte dell'interessato alla tutela d'urgenza secondo le ordinarie norme del codice di procedura civile.
È da escludere, invece, che in via di urgenza possa ottenersi l'interruzione delle cure, sia pure sull'invocato presupposto dell'applicazione delle DAT. L'art. 700 c.p.c. stabilisce infatti che i provvedimenti di urgenza devono essere i più idonei ad assicurare «provvisoriamente» gli effetti della decisione sul merito. È evidente che un provvedimento che disponesse l'interruzione di cure, eventualmente salvavita, non potrebbe che avere effetti tragicamente non provvisori. In via di urgenza si potrà invece ottenere l'ordine di somministrazione di cure che il medico dovesse rifiutarsi di somministrare nella convinzione che la volontà del disponente fosse contraria.
In caso di contrasto sull'interpretazione o sull'applicazione delle DAT la decisione è rimessa al giudice tutelare.
Ci si propone ora di approfondire tre diverse problematiche relative alle controversie di cui sopra, e precisamente:

a) quale sia l'oggetto dei giudizi relativi all'applicazione delle DAT e che natura abbiano le relative azioni giudiziali, nonché se il medico e/o la struttura sanitaria siano contraddittori necessari in tali giudizi, e comunque quale efficacia abbia la pronuncia resa dal giudice tutelare in un eventuale giudizio relativo alla responsabilità del medico e/o della struttura sanitaria per violazione delle DAT;
b) chi sono i soggetti legittimati ad adire il giudice tutelare per questioni relative all'applicazione/interpretazione delle DAT;
c) se la scelta operata dal legislatore di rimettere la decisone di tali questioni al giudice tutelare, con applicazione del rito camerale, sia costituzionalmente legittima o comunque opportuna.

5. Oggetto e natura delle azioni. I giudizi sulla responsabilità del medico per violazione della volontà dell'incapace.

Nel caso Englaro il tutore, nel contraddittorio necessario con il curatore speciale dell'incapace, e senza che al processo partecipassero i medici curanti e la struttura sanitaria, aveva rivolto al giudice tutelare «una domanda intesa ad ottenere l'emanazione di un ordine giudiziale di interruzione dell'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che teneva in vita E.»[37].
Nel silenzio della legge, i giudici hanno dovuto decidere, anzitutto, se nel nostro ordinamento fosse possibile per il tutore chiedere, e per il giudice concedere, un simile provvedimento. Soltanto una volta risolta in senso positivo tale questione, con conseguente riconoscimento della ammissibilità della domanda, si è passati a verificare la sussistenza del presupposto di fatto per l'autorizzazione all'interruzione delle cure, consistente nella volontà dell'incapace in tal senso, da ricostruirsi nell'istruttoria, secondo gli standard probatori del processo civile[38].
Oggi, alla luce della l. 219/17, nel nostro ordinamento è esplicitamente riconosciuto il diritto di qualunque persona maggiorenne, capace di agire, di dettare la propria volontà in ordine alle cure

[37] Si veda A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *op. cit.*, 985.
Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., ha riqualificato l'intervento del giudice come «forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace».
[38] Cfr. A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *op. cit.*, 986.
Sugli standard probatori del processo civile v., ad es., M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1133 ss.

da ricevere, anche nel futuro. Parimenti, è stabilito che, pur in mancanza di DAT, il rappresentante dell'incapace abbia il potere di esprimere la volontà di quest'ultimo anche in ordine al rifiuto di trattamenti sanitari salvavita.
È quindi espressamente tutelato il diritto soggettivo di ogni persona che abbia redatto delle DAT valide a vedere rispettata la propria volontà ivi espressa, che è immediatamente intelligibile dalla lettura di un documento.
Questo diritto soggettivo esige di essere rispettato ed attuato dai soggetti terzi coinvolti nella vicenda, ed *in primis* dai medici e dalla struttura sanitaria. Si tratta dello stesso diritto all'autodeterminazione che il malato capace di agire esercita nell'espressione del suo consenso informato.
Sappiamo che l'ordinamento reagisce, sia sul piano civile, sia, eventualmente, sul piano penale, nei confronti della violazione del consenso informato.
Occorre quindi domandarsi se analoghe reazioni devono configurarsi anche con riferimento alla violazione delle DAT da parte del medico (e della struttura sanitaria).
La risposta pare debba essere positiva[39].
Si ricorderà che Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, cit., ha confermato la condanna al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale sofferto dalla malata incapace e dal suo tutore/genitore a causa del provvedimento illegittimo della Regione Lombardia che rifiutava di dare applicazione alla pronuncia del giudice civile, divenuta definitiva, con la quale si autorizzava il tutore a ordinare l'interruzione del trattamento sanitario.
Ebbene, in caso di DAT è il documento stesso redatto dal cittadino ad avere la forza vincolante che nella vicenda Englaro ha avuto la pronuncia del giudice civile (mentre in assenza di DAT tale forza è attribuita alla manifestazione di volontà espressa dal rappresentante per conto del rappresentato), ferma restando la possibilità che nascano conflitti tra medico e fiduciario sulla interpretazione/applicazione delle DAT stesse, nel qual caso la soluzione della questione va rimessa al giudice tutelare; una volta acquisita la certezza sull'esatta portata delle DAT, si porrà eventualmente la questione relativa alla responsabilità del medico che le ha male interpretate o disapplicate.
In presenza di DAT, dunque, il medico che non rispetti la volontà ivi espressa dal paziente (e manifestata dal fiduciario), viola il suo obbligo di garantire l'attuazione del diritto soggettivo del malato a vedere rispettata la propria volontà ancor prima dell'intervento (solo eventuale) del giudice tutelare. Una simile condotta integra gli estremi dell'elemento oggettivo dell'illecito civile (o, eventualmente, dell'inadempimento).
La circostanza secondo cui alla luce del mutato assetto del diritto positivo il medico e la struttura sanitaria possono essere responsabili per la violazione della volontà dell'incapace ancor prima ed a prescindere da una pronuncia del giudice tutelare che accerti la consistenza di tale volontà, potrebbe, almeno in astratto, riflettersi sul piano processuale mutando (almeno in parte) l'oggetto dei giudizi da svolgersi innanzi allo stesso giudice tutelare, rispetto a quello che è stato l'oggetto del giudizio svoltosi nel caso Englaro.

[39] Ovviamente, ai fini della condanna del medico e/o della struttura sanitaria devono ricorrere tutti gli elementi della relativa responsabilità, tra cui, in particolare nel caso di responsabilità aquiliana (in cui l'onere della relativa prova spetta al danneggiato), l'elemento soggettivo della colpa del danneggiante, da indagare, è da ritenere, avendo come riferimento, tra le altre cose, la chiarezza delle DAT.

Occorrerà quindi riflettere sulla possibilità o sulla opportunità che l'oggetto di tale giudizio si arricchisca, in particolare, per effetto dell'eventuale esperimento di domande risarcitorie contro il medico e/o la struttura sanitaria in via cumulata rispetto alla domanda volta ad ottenere l'accertamento ed il rispetto della volontà dell'incapace, e quindi del suo diritto di autodeterminazione.

Sempre alla luce del mutato assetto normativo, e dell'ormai indiscutibile diritto dell'incapace a vedere rispettata la propria volontà, con relativo dovere del medico di rispettarla, occorre poi riflettere sulla possibilità che muti il tipo di azione esercitabile innanzi al giudice tutelare. Non più volta meramente all'accertamento del diritto e della volontà del malato, con conseguente autorizzazione del rappresentante a manifestare la sua volontà (facoltà oramai esplicitamente riconosciutagli dalla legge), ma azione di condanna ad un *facere* specifico nei confronti del medico e della struttura sanitaria che segua all'accertamento della volontà dell'incapace e sia astrattamente idonea a dare luogo all'esecuzione forzata in forma specifica.

Sembra quindi che, quanto meno astrattamente, e quanto meno con riferimento ai giudizi relativi all'applicazione delle DAT (si può discutere se lo stesso discorso sia estendibile ai giudizi di cui all'art. 3, 5° comma, l. 219/17), l'oggetto del giudizio e la natura delle azioni esperibili possano essere, almeno in parte, diversi rispetto a quanto si è visto nel citato caso Englaro.

Schematizzando quanto appena detto, paiono astrattamente proponibili, anche in forma cumulata, tre diverse azioni nello stesso giudizio sorto in seguito al contrasto tra medico e rappresentante dell'incapace ai sensi degli artt. 3 e 4, l. 219/17:

a) un'azione volta ad ottenere la tutela del diritto di autodeterminazione dell'incapace, con accertamento della sua volontà (eventualmente espressa mediante DAT) e con autorizzazione del rappresentante a manifestarla validamente ed a farla mettere in atto (analogamente a quanto avvenuto nel caso Englaro);
b) un'azione di condanna ad un *facere* specifico, ossia ad eseguire la volontà dell'incapace, così come accertata, nelle forme eventualmente indicate da un consulente tecnico;
c) un'azione di condanna risarcitoria del medico e/o della struttura sanitaria per violazione della volontà dell'incapace, così come espressa nelle DAT e/o manifestata dal rappresentante.

Un'azione del tipo di cui *sub a*) è stata riconosciuta ammissibile nel caso Englaro, in cui il tutore aveva proposto «una domanda intesa ad ottenere l'emanazione di un ordine giudiziale di interruzione dell'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che teneva in vita E.», ma i giudici hanno riqualificato il proprio intervento come «forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace»[40].

Sembra quindi che nel caso Englaro il tutore (pur se il giudizio non si è svolto nei confronti del medico e della struttura sanitaria) aspirasse ad una sorta di condanna della specie di quella derivante dall'azione di cui *sub b*), ma i giudici hanno riqualificato l'azione ed hanno pronunciato una sorta di sentenza di accertamento del diritto e della volontà dell'incapace, riconoscendo in capo al tutore il potere di manifestare in modo vincolante tale volontà.

Nessuna pretesa risarcitoria nei confronti del medico o della struttura sanitaria era stata avanzata in sede civile innanzi al giudice tutelare nel caso Englaro. Tale soluzione (anche a prescindere dall'assenza in giudizio del medico e della struttura sanitaria, che avrebbe comunque impedito

[40] Cfr. A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *op. cit.*, 985.

una loro condanna) pare la conseguenza del fatto che l'ordinamento, in quel tempo ed a differenza di quanto avviene oggi, non attribuiva espressamente all'incapace il diritto di veder rispettata la propria volontà, così come espressa nelle DAT o così come espressa dal suo rappresentante. Non esistendo una volontà conoscibile e giuridicamente vincolante per il medico e la struttura sanitaria prima dell'intervento del giudice tutelare volto a ricostruire la volontà stessa, non avrebbe potuto essere esperita con successo un'azione di condanna risarcitoria nei confronti del medico e della struttura.

Oggi il quadro normativo è mutato e, come detto, le azioni di cui *sub b*) e *sub c*) paiono astrattamente ammissibili.

Occorre però chiedersi se tali azioni possono essere cumulate a quella di cui *sub a*) nel giudizio innanzi al giudice tutelare, oppure no.

Pare debba considerarsi ammissibile e cumulabile nei giudizi di cui agli artt. 3 e 4 l. 219/17 la domanda di condanna ad un *facere* specifico volta a far eseguire la volontà del malato così come accertata, in quanto essa conseguirebbe direttamente all'accertamento della volontà dell'incapace manifestata con le DAT o tramite il suo rappresentante ed all'accertamento della violazione del suo diritto di autodeterminazione.

Un tale cumulo sembra anzi opportuno, in quanto consentirebbe, anche tramite lo svolgimento di un'apposita consulenza tecnica, di definire precisamente le modalità attuative della volontà dell'incapace, scongiurando eventuali successive dispute applicative[41].

Per poter ottenere validamente una condanna della struttura sanitaria e del medico ad un *facere* specifico pare necessario che essi siano parti del relativo giudizio.

Sembra invece doversi concludere per l'inammissibilità del cumulo di eventuali domande risarcitorie promosse contro il medico e/o la struttura sanitaria nell'ambito dei giudizi di cui agli artt. 3 e 4, l. 219/17, o, comunque, parrebbe opportuna la loro separazione ai sensi dell'art. 104 c.p.c., con sospensione della trattazione della domanda risarcitoria in attesa della definizione, innanzi al giudice tutelare, della questione relativa all'accertamento della volontà del malato.

Tale conclusione sembra obbligata dalla necessità di garantire che tali giudizi si svolgano in tempi rapidi (comprovata dalla scelta del rito camerale da parte del legislatore), e la domanda di risarcimento, fondandosi su fatti costitutivi in parte diversi rispetto a quelli che sostanziano l'azione volta alla tutela del diritto di autodeterminazione dell'incapace, con accertamento della sua volontà e condanna alla relativa esecuzione, appesantirebbe molto il procedimento. Si consideri, inoltre, che l'esperimento delle azioni risarcitorie per responsabilità sanitaria è, ai sensi della l. 8 marzo 2017, n. 24, art. 8, sottoposto a condizione di procedibilità (consistente nell'espletamento del procedimento di mediazione o di accertamento tecnico preventivo ex art. 696 *bis* c.p.c.)[42].

---

[41] Si ricorda che App. Milano, decreto 9 luglio 2008, cit., pur non condannando alcun soggetto ad un *facere* specifico, ha sentito il bisogno di specificare, in un apposito passaggio della motivazione richiamato in dispositivo, le modalità di attuazione della volontà dell'incapace (ciò ovviamente, ha potuto fare solo in modo molto sintetico e certamente poco tecnico dal punto di vista medico).

[42] Sul punto v. M. ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696* bis *c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria* e G. RICCI, *La mediazione*, in AA.VV. *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di A.D. DE SANTIS, RomaTre-Press, 2017, rispettivamente pp.105 ss. e 131 ss.

La dottrina e la giurisprudenza sulla responsabilità sanitaria sono vastissime. Per un quadro delle questioni rilevanti, anche sul piano processuale, alla luce della recente riforma di cui alla l. 8 marzo 2017, n. 24, v.

Ci si deve però chiedere quale sia l'efficacia dell'accertamento compiuto in sede camerale relativo alla volontà dell'incapace (e quindi alla portata delle DAT, e quindi alla correttezza della decisione del medico di disapplicarle, in contrasto con il fiduciario), nell'ambito di un eventuale successivo giudizio che veda il medico e/o la struttura sanitaria convenuti per il ristoro del danno subito dal paziente e dai suoi congiunti a causa del mancato rispetto delle sue volontà, così come manifestate nelle DAT (e successivamente accertate, o meglio, interpretate, in sede camerale).
È noto che la giurisprudenza consolidata riconosce l'attitudine a formare giudicato delle pronunce rese in sede camerale su diritti soggettivi, con conseguente esperibilità del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, 7° comma, Cost.[43], avverso il provvedimento reso in sede di reclamo (o in unico grado ove il reclamo sia escluso dalla legge)[44]. Espressamente in questo senso si è espresso anche il Consiglio di Stato nel caso Englaro (cfr. Cons. Stat. 4460/14 e 3058/17, nella motivazione, con riferimento al provvedimento del giudice civile)[45].
Tuttavia, se pure l'accertamento della volontà dell'incapace compiuto in sede camerale possa (e debba) essere considerato opponibile *erga omnes*, obbligando tutti i medici e le strutture sanitarie a porre in essere ogni attività necessaria al concretamento della volontà del malato, non sembra sostenibile che lo stesso accertamento possa mantenere il suo valore di giudicato nell'eventuale giudizio promosso contro il medico e/o la struttura sanitaria per far valere la loro responsabilità risarcitoria dovuta al mancato rispetto della volontà dell'incapace così come accertata nell'ambito di un giudizio camerale in cui il medico e/o la struttura sanitaria fossero rimasti estranei (avesse esso ad oggetto contrasti in ordine alla portata delle DAT ex art. 4, 5° comma, ovvero la

---

AA.VV. *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, cit., specialmente G. AMMASSARI, *Introduzione. La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, 9 ss., per riferimenti sulla natura della responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

[43] Ricorso ritenuto infatti ammissibile dalla Cassazione nel caso Englaro.

[44] Si veda, ad es., Cass. 23 febbraio 2012, n. 2757, in *Foro it.*, 2012, I, 3140, con nota di richiami; Cass. 16 aprile 2003, n. 6011, in *Famiglia e dir.*, 2003, 550, con nota di VANZ, nonché in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Camera di consiglio*, n. 14.
Cfr. le considerazioni critiche di A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2014, 680.

[45] Si veda, al riguardo, quanto chiaramente affermato da A. PROTO PISANI-R. CAPONI, *op. cit.*, 985, secondo cui «al di là della forma procedimentale e del fatto che non si è agito nei confronti di una struttura sanitaria, si è rivelato fin dall'inizio con chiarezza che oggetto del processo non era la mera gestione di un interesse della persona incapace, bensì un diritto: il diritto di chiedere l'interruzione dell'alimentazione forzata di E. Il provvedimento finale ha statuito su un diritto, non ha gestito un interesse. Come tale, esso non è un provvedimento di giurisdizione volontaria sempre modificabile o revocabile ex art. 742 c.p.c., bensì è un provvedimento di giurisdizione contenziosa con attitudine al giudicato sostanziale, cioè a dettare una disciplina immutabile del diritto che ne costituisce l'oggetto.
Proprio in considerazione di ciò, la Corte di cassazione ha ammesso il ricorso straordinario in Cassazione ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost. La Corte suprema non lo avrebbe mai fatto, se si fosse trattato di un provvedimento di giurisdizione volontaria, sempre modificabile e revocabile.
Il contenuto del diritto dedotto in giudizio è chiaramente individuato: chiedere l'interruzione dell'alimentazione forzata di E.
Chi è il titolare del diritto dedotto in giudizio? Cass. n. 21748 del 2007, cit., si è trovata a scegliere tra due impostazioni contrapposte: quella che, facendo leva sul *best interest* del paziente e prescindendo totalmente dalla volontà di quest'ultimo, rende la vita della persona in stato vegetativo permanente oggetto di un atto di disposizione altrui (in questo caso del padre-tutore) o quella che si impernia sulla volontà della persona malata e quindi sul suo diritto di chiedere — attraverso il tutore — l'interruzione dell'alimentazione forzata. La scelta della Cassazione è caduta univocamente su quest'ultima impostazione […]».

ricostruzione della volontà così come espressa dal rappresentante dell'incapace ex art. 3, 5° comma).
La differenza rispetto al caso deciso da Cons. Stat. 3058/17 è rilevante. Nel caso deciso da tale pronuncia, infatti, la decisione del giudice civile, passata in giudicato, conteneva l'accertamento della volontà del malato che il medico ha conosciuto e violato solo successivamente alla pronuncia stessa (in quanto l'ordinamento ancora non prevedeva espressamente la possibilità di lasciare volontà sulle cure «ora per allora», né prevedeva espressamente il potere del rappresentante dell'incapace di esprimere la volontà sul rifiuto di cure salvavita per conto del rappresentato).
Ciò che nel caso Englaro è stato rimproverato alle strutture amministrative e sanitarie, quindi, è stata la violazione della volontà del malato, come accertata dal giudice civile, ed alla quale, dal momento della definitività dell'accertamento, avrebbe dovuto essere data esecuzione, e non la violazione della volontà del malato, come espressa nelle DAT o manifestata al medico dal rappresentante, ed alla quale fin dal momento della lettura delle DAT o della manifestazione di volontà da parte del rappresentante il medico e la struttura sanitaria (ed amministrativa) avrebbero dovuto dare esecuzione.
Tale precedente, quindi, con riferimento all'ivi affermato valore vincolante per la struttura amministrativa (nonché per la struttura sanitaria ed i medici) della decisione del giudice tutelare sulla volontà del malato, anche ai fini risarcitori, non varrebbe con riferimento ai procedimenti nei quali si chiedesse la condanna del medico e/o della struttura sanitaria per aver violato la volontà dell'incapace espressa nelle DAT o manifestata dal rappresentante (prima, quindi, ed a prescindere dal giudizio camerale, che eventualmente, in un momento successivo, ha riconosciuto valida ed efficace la volontà dell'incapace come espressa dal fiduciario o dal rappresentante, implicitamente affermando l'errore – o il torto – del medico che con essi sia entrato in contrasto).
Solo la partecipazione del medico e della struttura sanitaria al processo camerale, quindi, renderebbe direttamente opponibile anche a loro, in un eventuale futuro giudizio sulla loro responsabilità per violazione della volontà del malato, la decisione ivi assunta in ordine all'accertamento/verifica della volontà dell'incapace come espressa nelle DAT o manifestata dal rappresentante, ed eviterebbe possibili conflitti tra giudicati.
Nel caso in cui il medico e la struttura sanitaria non partecipassero al giudizio camerale, infatti, se è vero quanto sopra affermato, ossia che la decisione presa nel camerale non sarebbe vincolante in un eventuale giudizio di responsabilità promosso successivamente nei loro confronti per violazione (non del giudicato camerale – come nel caso Englaro – ma) della volontà espressa nelle DAT o dal rappresentante dell'incapace, potrebbe verificarsi il caso che nei due giudizi si approdi a conclusioni diverse in ordine alla definizione di quella che era la volontà dell'incapace. Tale eventualità è tanto intollerabile quanto delicati sono gli interessi sottesi alla vicenda, consistenti nella cura di una persona incapace e nell'attuazione delle sue determinazioni in ordine a scelte terapeutiche.
Sarebbe stato forse opportuno prevedere la partecipazione necessaria del medico e della struttura sanitaria[46] ai giudizi di cui agli artt. 3 e 4, l. 219/17 e, comunque, è opportuno estendere a loro il

[46] Le Linee guida per l'applicazione della l. 219/17 predisposte da Trib. Mantova, 13 aprile 2018, in <https://bit.ly/2Pu9dCs>, sembrano considerare il medico come contraddittore naturale (e quindi necessario) in caso di conflitto con il fiduciario (o con il rappresentante dell'incapace); in esse si legge

contraddittorio anche se, ad oggi, la loro partecipazione al processo camerale non pare necessaria ai fini della validità del giudizio (almeno nei casi in cui si chieda soltanto l'accertamento della portata della volontà dell'incapace).

6. I soggetti legittimati ad agire.

In caso di contrasto tra medico e fiduciario sull'interpretazione o applicazione delle DAT, la legittimazione ad adire il giudice tutelare spetterà, anzitutto, al fiduciario stesso, che deve fare tutto quanto è nelle sue possibilità per garantire il rispetto della volontà del rappresentato.

Ulteriori indicazioni sui soggetti legittimati ad agire innanzi al giudice tutelare si debbono rinvenire dall'analisi della disposizione di cui all'art. 4, 5° comma, l. 219/17. Il legislatore non ha direttamente individuato il giudice competente a decidere la questione, né il rito da seguire, né ha individuato i soggetti legittimati ad adire il giudice, ma si è limitato a fare rinvio a quanto stabilito nell'art. 3, 5° comma.

Pare quindi potersi affermare che il legislatore non abbia voluto differenziare la platea dei legittimati ad agire a seconda che il conflitto nasca in presenza o in assenza di DAT.

Si deve pertanto ritenere, e la soluzione pare ragionevole, che la legittimazione ad agire relativamente alle questioni di interpretazione ed applicazione delle DAT spetti a tutti i soggetti indicati nel 5° comma dell'art. 3.

In caso di contrasto tra fiduciario e medico in ordine all'applicazione delle DAT, quindi, devono ritenersi legittimati ad agire, oltre al fiduciario, il rappresentante legale della persona interessata, il medico, la struttura sanitaria ed i soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile, ossia il coniuge della persona incapace o la persona stabilmente convivente con lui, i suoi parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo, nonché il pubblico ministero.

La circostanza secondo cui il pubblico ministero ha il potere di promuovere i giudizi di cui all'art. 3, 5° comma e 4, 5° comma, significa che, ai sensi dell'art. 70 c.p.c. il suo intervento nelle cause suddette è sempre necessario, a pena di nullità, ed ai sensi dell'art. 71 c.p.c. deve pertanto essere posto in grado di intervenire, tramite la comunicazione degli atti di causa[47].

---

infatti che «dovendosi dirimere un conflitto, va assicurato il rispetto del contraddittorio ciò che non implica necessariamente la fissazione di una udienza, ritenendosi ammissibile anche la proposizione di un ricorso congiunto - sottoscritto dal medico e dal soggetto in conflitto - nel quale dovranno essere riportate le ragioni di ciascuna parte, salva restando la possibilità per il Giudice Tutelare di sentire gli interessati ovvero di disporre ulteriori approfondimenti istruttori». Le suddette Linee guida aggiungono poi, in un altro passaggio, che «nel caso di conflitto, il medico interessato dovrà fornire tutte le informazioni in suo possesso onde consentire al Giudice Tutelare di provvedere, e cioè quelle elencate dall'art. 1 co. 3 della legge n. 219/2017 (diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi)». Desta perplessità il fatto che le Linee guida citate attribuiscano al medico, ad un tempo, la qualità di parte del giudizio in caso di conflitto con il fiduciario (o con il rappresentante dell'incapace) e la qualità di consulente/informatore, soprattutto se si pensa che la relativa pronuncia potrebbe assumere rilevanza in un'eventuale giudizio di responsabilità del medico stesso per violazione della volontà dell'incapace.

[47] Nello stesso senso v. M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, istituti di tutela ed organizzazione del servizio sanitario*, in <www.federalismi.it>, al seguente link < https://bit.ly/2AE4hCu>; in senso contrario cfr. le Linee guida per l'applicazione della l. 219/17 predisposte da Trib. Mantova, 13 aprile 2018, cit.

Ai sensi dell'art. 72 c.p.c., inoltre, nelle cause che avrebbe potuto proporre, il P.M. ha gli stessi poteri delle parti, ivi incluso quello di proporre impugnazioni[48].
La partecipazione del P.M. nelle cause aventi ad oggetto la tutela della volontà del soggetto incapace e l'interpretazione/applicazione delle DAT appare opportuna e la scelta del legislatore è quindi condivisibile, in considerazione della delicatezza e rilevanza degli interessi in gioco e dei valori coinvolti.
Si ricorda, poi, che nel caso Englaro, a tutela del soggetto incapace, e per contrastare eventuali conflitti di interesse del suo tutore (che nella specie agiva innanzi al giudice tutelare al fine di ottenere il riconoscimento della volontà dell'incapace di interrompere le cure), la Cassazione[49] ha preteso l'integrazione del contraddittorio nei confronti di un curatore speciale da nominarsi ex art. 78, 2° comma, c.p.c.
Alla luce di tale approdo dovrebbe ritenersi che nei giudizi relativi alla interpretazione e applicazione/disapplicazione delle DAT, così come nei giudizi di cui all'art. 3, 5° comma, debba sempre essere integrato il contraddittorio nei confronti di un legale rappresentante dell'incapace o di un curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 78 c.p.c., in quanto litisconsorte necessario (quanto meno qualora non si ritenesse sufficiente, come ha mostrato di fare la Cassazione nella pronuncia succitata, il coinvolgimento della figura del protutore, ove presente).
Una soluzione diversa, nel senso della superfluità della nomina di un curatore speciale per l'incapace e della sua necessaria partecipazione al giudizio, potrebbe trarsi, ora, dalla necessaria partecipazione del pubblico ministero.
Non è previsto che il fiduciario debba informare i congiunti dell'incapace dello sviluppo della malattia, sicché, specialmente nel caso in cui il fiduciario sia anche tutore dell'incapace, terzi soggetti potrebbero rimanere ignari di quanto accade e degli sviluppi processuali della vicenda relativa al proprio congiunto, rimanendo di fatto impossibilitati a promuovere eventuali giudizi o ad intervenirvi.
Ci si potrebbe chiedere, poi, se tutti i soggetti che sopra si è individuati come muniti di legittimazione ad agire in caso di contrasto tra fiduciario e medico dispongano di qualche strumento processuale per contestare l'interpretazione delle DAT (e la conseguente loro applicazione/disapplicazione) compiuta concordemente dal medico e dal fiduciario.
La lettera dell'art. 4, 5° comma, l. 219/17, facendo riferimento alle ipotesi di «conflitto tra il fiduciario e il medico», parrebbe escludere una simile possibilità, verosimilmente sulla base di un bilanciamento in cui il diritto di autodeterminazione esercitato dall'incapace tramite le DAT e la nomina del fiduciario è stato considerato prevalente rispetto al diritto dei congiunti del malato a non perdere il rapporto parentale, nonché rispetto al loro interesse ad esprimersi in ordine al percorso terapeutico.

---

[48] Si ricorda che nel caso Englaro l'impugnazione del P.M. avverso la decisione resa dalla Corte di appello di Milano in sede di rinvio successivamente alla pronuncia di Cass. 21748/07, cit., è stata dichiarata inammissibile da Cass., sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Pubblico ministero civile*, n. 2; *Famiglia e dir.*, 2008, 1085, con nota di F. TOMMASEO, *Procedimenti camerali e impugnazioni del Pubblico Ministero: davvero inammissibile il ricorso per Cassazione proposto nel caso Englaro?*
[49] Cfr. Cass., ord. 20 aprile 2005, n. 8291, *Foro it.*, 2005, I, 2359, con nota di G. DE MARZO, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

L'accordo tra medico e fiduciario, tuttavia, non garantisce sulla conformità della decisione assunta alla volontà dell'incapace, in quanto le DAT, come ogni documento, sono suscettibili di interpretazione.
Pare d'altra parte indubbio che i congiunti dell'incapace abbiano il diritto a non perdere ingiustamente il proprio caro ed abbiano, specularmente, interesse a far sì che la vita di questo non si protragga per effetto dell'applicazione di terapie che egli non avrebbe voluto. Per evitare che (o quanto meno per limitare i casi in cui) le DAT vengano applicate male (e quindi la volontà dell'incapace sia frustrata), nonché per evitare che simili fatti pregiudizievoli, sia pure incolpevolmente, si producano ad opera del fiduciario e del medico come conseguenza di un'errata (ma concorde) interpretazione/applicazione delle DAT, dovrebbe sostenersi che sia da riconoscere in capo ai soggetti di cui all'art. 3, 5° comma, l. 219/17, o quanto meno al rappresentante legale dell'incapace (ove diverso dal fiduciario) o ad un curatore speciale, la possibilità di contestare, ricorrendo al giudice tutelare, l'applicazione/disapplicazione delle DAT posta in essere concordemente da medico e fiduciario (con una forzatura della lettera della legge operata sulla base di un'interpretazione guidata dal principio costituzionale di tutela della libertà, della dignità e della volontà dell'incapace, nonché sulla base del principio di ragionevolezza).
Un argomento a sostegno del riconoscimento della legittimazione ad agire innanzi al giudice tutelare in capo ai soggetti suddetti anche in caso di accordo tra medico e rappresentante dell'incapace (sia esso il fiduciario o il soggetto di cui all'art. 3, 5° comma), al fine di contestare le scelte di quest'ultimo, può ricavarsi anche dalla lettura dell'art. 410, 2° comma, c.c., secondo il quale, in caso di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza dell'amministratore di sostegno nel perseguire l'interesse del beneficiario, quest'ultimo, il P.M. ed i soggetti di cui all'art. 406 c.c., possono ricorrere al giudice tutelare. Parrebbe irragionevole non riconoscere una simile possibilità ai medesimi soggetti in caso di scelte relative al fine vita assunte da parte del rappresentante dell'incapace. Si consideri, peraltro, che la stessa l. 219/17 fa riferimento alla figura dell'amministratore di sostegno (ed alla relativa disciplina) là dove, nell'art. 4, 4° comma, prevede che, «nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alla volontà del disponente» e «in caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile».
L'ampliamento della platea dei legittimati ad agire per la verifica della corretta attuazione delle DAT anche in caso di accordo tra fiduciario e medico tutelerebbe i congiunti ed il malato stesso anche da eventuali comportamenti scorretti del fiduciario, magari dettati da cinico interesse (conflittuale con quello del rappresentato).
Potrebbe d'altra parte sostenersi, però, che il legislatore ha costruito la figura del fiduciario, attribuendo al disponente il potere di indicare una persona di sua fiducia, proprio nell'ottica di garantire al disponente stesso di affidare efficientemente ad una ed una sola persona la attualizzazione, interpretazione e la tutela delle sue volontà, in virtù di un *inutitus personae* particolarmente forte.
Consentire a terzi soggetti di instaurare un giudizio avente ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione/disapplicazione delle DAT in mancanza di disaccordo tra medico e fiduciario (e quindi contro la volontà espressa dal fiduciario) rischierebbe pertanto di svuotare di senso la figura ed il ruolo del fiduciario stesso e inevitabilmente potrebbe avere ripercussioni negative

sullo stesso malato, a causa del protrarsi del tempo in cui rimarrebbe sottoposto a cure magari non volute, nelle more del giudizio.
La riflessione su tale aspetto della disciplina va quindi approfondita, tenendo sempre presente che la corretta interpretazione/applicazione delle DAT si traduce in una questione di vita o di morte per l'incapace, oltre che di rispetto della sua dignità e volontà.
L'alternativa all'ampliamento dell'accesso al giudizio tutelare suddetto sembrerebbe da rinvenirsi nel sollevamento di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 5° comma, l. 219/17, analoga (sia pure nella diversità delle fattispecie) a quella di cui a Trib. Pavia, ord. 24 marzo 2018, cit.[50].

7. Il rito camerale.

Abbiamo visto che il legislatore ha espressamente rimesso alla cognizione del giudice tutelare[51] le questioni inerenti la tutela della volontà (relativa ai trattamenti sanitari da ricevere) dell'incapace che non ha lasciato DAT e le questioni relative alla risoluzione di possibili contrasti sulla interpretazione/applicazione delle DAT stesse (art. 3, 5° comma e art. 4, 5° comma, l. 219/17).
Nei relativi giudizi troverà quindi applicazione la disciplina del rito camerale, di cui agli artt. 732 e 737 ss. c.p.c. [52].
Si tratta di un processo (meglio, di uno schema di processo) a cognizione sommaria, semplificato, in cui le forme del contraddittorio non sono predefinite, in cui il giudice ha rilevanti poteri istruttori[53], dominato dall'assoluta discrezionalità del giudice nella determinazione delle sue

[50] Si segnala che M. PICCINNI, *op. cit.*, 1121, commentando il provvedimento di Trib. Pavia citato nel testo, ha affermato che nei casi in cui «non c'è contrasto tra la prospettiva del personale curante e quella del soggetto chiamato a 'fare le veci' del paziente (secondo l'espressione utilizzata dall'art. 4, 1° comma, l. n. 219/2017), l'intervento giudiziario sembra a chi scrive inutile o, addirittura, dannoso, e quindi da escludere».
[51] Le Linee guida predisposte da Trib. Mantova, 13 aprile 2018, cit., affermano che il giudice territorialmente competente, «in difetto di indicazioni normative, vada individuato nel giudice del luogo in cui ha il domicilio il soggetto della cui situazione giuridica si discute», e, a quanto si evince, ritengono che il giudice tutelare debba decidere in composizione monocratica, affermando che «quanto alla forma, il Giudice Tutelare emetterà un decreto, eventualmente munito della clausola di cui all'art. 741 c.p.c. Occorre sottolineare che, in caso di contrasto tra i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale sul minore circa gli interventi sanitari da praticare, dovrà essere invece proposto da costoro ricorso al Tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'art. 316 c.c. ai fini della composizione del conflitto esistente fra di essi».
[52] La riflessione della dottrina processualcivilistica sul processo camerale è stata (ed è) ricchissima. Si veda, *ex multis*, A. CARRATTA, voce *Processo camerale (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto - Annali III*, Milano, 2010, 928 ss.; ID., *I procedimenti cameral-sommari in recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 1992, 1049 ss.; A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, ESI, 2008, 190 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 663 ss.; L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Giappichelli, 2011, *passim*; L. MONTESANO, *«Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 915 ss.; V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, I, 431 ss.; L.P. COMOGLIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719 ss.; F. TOMMASEO, *Giudizi camerali* de potestate *e giusto processo*, in *Famiglia e dir.*, 2002, 233 ss.; R. TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, in <www.judicium.it>, 2010, *passim*.
[53] Cfr., *ex multis*, E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, ESI, 2008, 668 ss.

modalità di svolgimento (quindi non regolato dalla legge) [54], destinato a concludersi (di norma) con un decreto motivato reclamabile e in ogni tempo modificabile e revocabile (quindi non idoneo ad acquisire la definitività ed immutabilità propria del giudicato formale e sostanziale). La struttura di tale procedimento è congeniale alla trattazione di questioni di c.d. volontaria giurisdizione, ossia a quella che è stata definita come una sorta di amministrazione del diritto privato, avente ad oggetto la gestione di interessi privati e non controversie su diritti o *status*[55].
Al contrario, «il *proprium* del processo a cognizione piena predisposto per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status* si coglie nella predeterminazione legislativa delle forme e dei termini (e dei corrispondenti poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice) in tema di allegazioni relative a domande, eccezioni e fatti, di meccanismi di conoscenza del fatto, di termini a difesa delle parti nei vari momenti del processo. Strettamente coerente a queste caratteristiche, e alla previsione di mezzi di impugnazione, è lo sfociare del processo a cognizione piena nel giudicato formale e sostanziale»[56].
Come abbiamo già visto *supra*, pare oramai pacifico (in virtù dell'evoluzione giurisprudenziale culminata nella nota Cass. 21748/07 e della successiva l. 219/17) che le questioni devolute al giudice tutelare dagli articoli 3 e 4 della l. 219/17 abbiano ad oggetto l'accertamento della volontà dell'incapace e la tutela del suo diritto soggettivo a vedere rispettata la propria volontà ed autodeterminazione in ordine ai trattamenti diagnostici e sanitari da ricevere al ricorrere di determinate situazioni di fatto ed in presenza di determinate patologie. Tali controversie possono vedere contrapposti il medico, il P.M., il rappresentante dell'incapace, gli altri soggetti di cui all'art. 406 c.c., il fiduciario del malato incapace e, comunque, quale litisconsorte necessario, un

---

Con specifico riferimento ai giudizi camerali di cui alla l. 219/17, si vedano le Linee guida predisposte da Trib. Mantova, 13 aprile 2018, cit., secondo cui «ove ritenuto necessario, il Giudice Tutelare potrà dare corso ad una istruttoria anche in forme semplificate, eventualmente ricorrendo ad ausiliari o informatori tecnici».

[54] Si veda, in questi termini, A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., 215 ss., ove si legge che «gli unici aspetti di questo processo predeterminati dalla legge sono: la forma del ricorso con cui i provvedimenti sono richiesti (art. 737 c.p.c.); la necessità, ove siano di competenza di un giudice collegiale, della nomina di un giudice relatore 'che riferisca in camera di consiglio' (art. 738, comma 1, c.p.c.); la necessità, ove debba essere sentito il pubblico ministero, che gli atti siano comunicati allo scopo di 'stendere le sue conclusioni in calce al provvedimento del Presidente' (art. 738, comma 2, c.p.c.); il potere del 'giudice' di 'assumere informazioni' (art. 738, comma 3, c.p.c.); la forma di decreto motivato del provvedimento conclusivo, 'salvo che la legge disponga altrimenti' (art. 737 c.p.c.); la reclamabilità del decreto innanzi al giudice superiore entro il 'termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, se è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione, se è dato in confronto di più parti' (art. 739, commi 1 e 2, c.p.c.), nonché da parte del pubblico ministero (contro i decreti del giudice tutelare e quelli del tribunale per i quali è necessario il suo parere) entro dieci giorni dalla comunicazione (art. 740 c.p.c.); la pronuncia sul reclamo nelle stesse forme del procedimento conclusosi con il decreto reclamato (art. 739, comma 1, c.p.c.); l'irreclamabilità dei decreti della corte d'appello e di quelli del tribunale pronunciati in sede di reclamo (art. 739, comma 3, c.p.c.); l'efficacia dei decreti emanati in sede di reclamo e (salvo ragioni di urgenza) dei decreti di primo grado solo quando sono decorsi i termini per proporre reclamo (art. 741 c.p.c.); la modificabilità e revocabilità in ogni tempo dei decreti, con la salvezza però dei 'diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca' (art. 742 c.p.c.); la applicabilità di tali regole 'a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché […] non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone' (art. 742-*bis* c.p.c.)».

[55] Cfr., *ex multis*, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, XXIV ed., Giappichelli, 2015, 399.

[56] Così A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., 215.

suo curatore speciale ex art. 78 c.p.c. (almeno se, come notato, non lo si consideri oggi superfluo in ragione della presenza del P.M. - cfr. Cass., ord. 20 aprile 2005, n. 8291, cit.).
Secondo quanto osservato *supra* (v. § 5), poi, potrebbe sostenersi che i procedimenti promossi ai sensi degli artt. 3 e 4, l. 219/17 potrebbero avere un oggetto anche più ampio e complesso, qualora venissero contestualmente esperite azioni di condanna.
È d'altra parte un fatto ricorrente ormai da decenni che il procedimento camerale sia utilizzato (scelto dal legislatore) per la decisione di vere e proprie controversie su diritti soggettivi, tanto da essere stato definito come «contenitore neutro»[57].
Tale prassi, anche legislativa, è aspramente criticata da parte di autorevole dottrina, ancor più alla luce del novellato art. 111, 1° comma, Cost., ai sensi del quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»[58], ma sia la Corte costituzionale[59], sia la Corte di

[57] Si veda A. CARRATTA, *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello «status» di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1300.
[58] Cfr., *ex multis*, G. COSTANTINO, *Tutela dei diritti e regole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1431, il quale rileva che «imposta l'applicazione del procedimento sommario di cognizione o del procedimento camerale, la determinazione delle regole del processo è affidata alla discrezione del giudice senza alcuna possibilità di accesso ad un processo con regole predeterminate» e fa notare che ciò stride con il principio costituzionale secondo cui il processo, per essere giusto, deve essere regolato dalla legge; A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., 237, secondo cui «la procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c., da sola (cioè non accompagnata dalla possibilità di ricorso in ogni tempo alla cognizione piena), è strutturalmente e funzionalmente inadeguata ad assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti e degli status: sul piano strutturale perché non garantista, sul piano funzionale perché non consente il formarsi del giudicato (formale e sostanziale)»; G. VIGNERA, *Saggio polemico sul procedimento 'volontario' ex artt. 737 ss. c.p.c.*, in <www.judicium.it>, *passim*; ID. *Riserva di legge ex art. 111, comma 1°, Cost. e rito camerale uniforme)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 551 ss.
[59] Si veda, ad es., Corte cost. 27 giugno 1975, n. 202, in <www.cortecostituzionale.it>, sull'art. 9 l. 898/1970, in materia di modifica delle condizioni dello scioglimento del matrimonio, per la quale «il procedimento in camera di consiglio non è, di per sé, contrastante con il diritto di difesa»; Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, *Foro it*., 2002, I, 3302, con nota di A. PROTO PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*, che, relativamente all'art. 336, comma 2°, c.c., nel testo allora vigente, in riferimento all'ordinanza di rimessione che aveva ritenuto che «l'applicabilità del rito camerale violi l'art. 111 Cost., in relazione al principio per cui il 'giusto processo' deve essere regolato dalla legge, per l'assenza in quel rito di una precisa e puntuale disciplina dei poteri del giudice e delle parti, cui non potrebbe ovviare un'interpretazione adeguatrice ex art. 24 Cost., che lascerebbe aperta la via a prassi applicative difformi per ogni ufficio giudiziario», ha ritenuto inammissibile la questione in considerazione del potere del giudice di interpretare la normativa impugnata in senso conforme a Costituzione»; ed ha aggiunto: «quanto alle eventuali prassi distorsive, esse si risolverebbero in errori cui rimedierebbe in sede di reclamo il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza»; Corte cost. 26 febbraio 2002, n. 35, *id*., 2002, I, 1290, con nota di richiami, sull'art. 14 d.lgs. 286/1998, sulla convalida dei provvedimenti di espulsione dei cittadini extracomunitari, per la quale «la procedura camerale, quando sia prevista senza l'imposizione di specifiche limitazioni del contraddittorio, non viola di per sé il diritto di difesa»; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 10, *Giur. costit*., 2013, 239, con nota di R. CAPONI, sull'art. 29 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che ha pure dichiarato inammissibile la questione perché «il giudice remittente non si è fatto carico di individuare una possibile interpretazione delle norme censurate idonea a superare i dubbi di costituzionalità» ed ha ribadito che «la previsione del rito camerale per la composizione di conflitti di interesse mediante provvedimenti decisori non è di per sé suscettiva di frustrare il diritto di difesa, in quanto l'esercizio di quest'ultimo può essere modulato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione».

cassazione[60], hanno sempre avallato la prassi suddetta, riconoscendola non illegittima, a condizione che al rito camerale vengano apportati (ad opera del giudice stesso) dei correttivi ispirati ai principi cardine dei giudizi a cognizione piena[61].
In particolare, secondo la soluzione consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nei casi in cui il rito camerale sia richiamato esplicitamente o implicitamente per la tutela giurisdizionale di diritti, al provvedimento camerale sarebbe da riconoscere piena attitudine al giudicato formale e sostanziale (con esclusione del regime di modificabilità e revocabilità di cui all'art. 742 c.p.c.); ad attenuazione della sommarietà del procedimento camerale così come descritto dalle norme codicistiche di riferimento, poi, si dovrebbe garantire la convocazione delle parti[62], il normale esercizio di facoltà di prova, la congruità dei termini per il reclamo, la motivazione del provvedimento, la condanna alle spese della parte soccombente, l'assunzione

[60] Si vedano, ad es., Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, *Foro it.*, 1996, I, 3070, con nota di M.G. CIVININI, sulla dichiarazione giudiziale di paternità, che, in motivazione, ha espressamente ricordato che «una parte della dottrina processualcivilistica è saldamente attestata nel ritenere la legittimità del procedimento ordinario utilizzato anche per rapporti non contenziosi, ma dubita della legittimità del procedimento camerale (o volontario) avente ad oggetto controversie su diritti o addirittura su status»; ma ha ribadito che «il procedimento in camera di consiglio, di per sé, non contrasta con il diritto di difesa» e che «il ricorso al procedimento camerale anche in tema di tutela giurisdizionale di diritti soggettivi o di status non impedisce l'osservanza del diritto di difesa e non preclude la possibilità che la relativa disciplina si conformi alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, purché siano assicurati la garanzia del contraddittorio e l'esperibilità di ogni mezzo di prova, in modo da consentire alle parti di far valere tutte le loro ragioni»; e che «la recente produzione normativa [...] non toglie che [...] lo stesso legislatore ordinario debba rispettare quel minimo di garanzie procedimentali in funzione della struttura del rapporto in contestazione»; Cass. 28 luglio 2004, n. 14200, *id.*, 2005, I, 777, con nota di richiami, ancora sulla dichiarazione giudiziale di paternità, per la quale «la giurisdizione camerale [...] si è gradualmente trasformata [...] in un contenitore neutro [...] la celerità e la semplicità di forme non possono mai pregiudicare, i diritti delle parti; in particolare, il diritto alla prova e la facoltà di prova, per la cui tutela giurisdizionale soccorrono, salvo specifiche disposizioni di legge, i principî che regolano il processo a cognizione piena».

[61] G. VIGNERA, *op. cit.*, 25 ss., rileva, tuttavia, che nella giurisprudenza più recente, soprattutto di legittimità, è in atto un mutamento di prospettiva «diventato inequivocabile con Cass., sez. un., 29 ottobre 2004, n. 20957, [in *Foro it.*, 2005, I, 80, con nota di D. PIOMBO], con la quale la Suprema Corte ha preso una netta posizione a favore della 'decameralizzazione' dei giudizi sui diritti, affermando perentoriamente: 'com'è stato sottolineato dalla stessa dottrina, ed il rilievo risulta ancora più convincente dopo la riforma dell'art. 111 Cost. in tema di giusto processo, la tutela dei diritti e degli status si realizza solo attraverso processi a cognizione piena, destinati a concludersi con sentenze ovvero con provvedimenti aventi attitudine al giudicato formale e sostanziale, non già con procedimenti in cui le modalità del contraddittorio siano rimesse alla determinazione discrezionale del giudice'».
L'Autore nota la stessa tendenza alla decameralizzazione in diversi dei più recenti interventi del legislatore in materia processuale, tra cui, in particolare, quello rappresentato dal «d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150, la cui Relazione illustrativa del Governo afferma a chiare lettere: 'deve ritenersi particolarmente significativa la linea guida tracciata dalla legge delega, si ritiene anche con riferimento a possibili futuri interventi normativi, circa l'opportunità della riconduzione al rito sommario di cognizione di numerose fattispecie presenti nella legislazione speciale mediante l'adozione delle forme del procedimento in camera di consiglio stabilite dagli articoli 737 e ss. c.p.c.'» (così G. VIGNERA, *op. cit.*, 27).

[62] Con specifico riferimento ai procedimenti camerali previsti dalla l. 219/17, si vedano le Linee guida predisposte da Trib. Mantova, cit., secondo cui «dovendosi dirimere un conflitto, va assicurato il rispetto del contraddittorio ciò che non implica necessariamente la fissazione di una udienza, ritenendosi ammissibile anche la proposizione di un ricorso congiunto - sottoscritto dal medico e dal soggetto in conflitto - nel quale dovranno essere riportate le ragioni di ciascuna parte, salva restando la possibilità per il Giudice Tutelare di sentire gli interessati ovvero di disporre ulteriori approfondimenti istruttori».

delle prove (ancorché atipiche o in forma atipica) nel contraddittorio delle parti; il provvedimento emanato in sede di reclamo sarebbe ricorribile per Cassazione ex art. 111, 7° comma, Cost.[63].
Si ricorda, inoltre, che il giudizio per l'accertamento della volontà di Eluana Englaro si è svolto proprio con le forme del rito camerale, innanzi al giudice tutelare, e la giurisprudenza successiva, ivi inclusa quella del Consiglio di Stato, ha espressamente riconosciuto il valore di giudicato alla pronuncia del giudice civile. Si leggano, al riguardo, le sentenze del Consiglio di Stato che hanno deciso, dapprima, sulla legittimità degli atti della Regione Lombardia che negavano la messa a disposizione di strutture sanitarie per l'esecuzione della volontà di Eluana accertata in sede civile[64], e poi sulla richiesta di risarcimento dei danni causati dall'illegittimità dei provvedimenti amministrativi suddetti (che avevano ritardato ingiustamente e colpevolmente l'applicazione della volontà della incapace)[65].
Anche se una parte della dottrina continua ad essere fortemente critica nei confronti dell'impiego, per la tutela giurisdizionale di diritti, del rito camerale, come modificato ad opera della giurisprudenza, occorre prendere atto che la prassi e gli orientamenti sopra riportati sono consolidati da decenni. Salvo (auspicabili e risoluti) *revirement* in sede di giurisprudenza di legittimità o costituzionale, quindi, è da ritenere che la scelta del rito operata dal legislatore della l. 219/17 non sarà scardinata.
La peculiarità della materia oggetto della disciplina di cui alla l. 219/17 e la delicatezza degli interessi in gioco, peraltro, consigliano un approfondimento della riflessione.
Un dato di fatto desta perplessità e preoccupazione: cause aventi ad oggetto l'accertamento della volontà relativa all'accettazione o al rifiuto di trattamenti sanitari di un soggetto incapace, la cui decisione può determinare l'interruzione della somministrazione di cure, e quindi la morte della persona malata, e quindi l'evento più drammaticamente e tragicamente irreversibile e definitivo per l'essere umano, vengono trattate secondo lo schema di un rito strutturalmente congegnato per dare luogo a decisioni non definitive, in quanto sempre revocabili e modificabili.
Affidare la trattazione di simili delicatissime e pesantissime questioni ad un rito in cui un ruolo egemone, spesso definito dalla dottrina come «paternalistico», viene attribuito al giudice, che oltre ad assolvere il suo già gravoso compito è chiamato anche ad adeguare, secondo la sua discrezionalità, la struttura del rito alle esigenze della cognizione (da trasformare, da sommaria, a quanto più possibile simile alla piena), significa, oltre che intaccare i diritti di difesa delle parti, anche caricare la stessa persona del giudice di un *surplus* di responsabilità che non potrà non appesantire il carico emotivo e morale già titanico della decisione da prendere. D'altra parte, pare poco ragionevole che, una volta liberato il malato (ed anche il malato incapace) dal giogo del paternalismo del medico[66] grazie all'evoluzione della disciplina del consenso informato culminata nella l. 219/17, lo si assoggetti al paternalismo processuale del giudice tutelare.
Non è certo questa la sede per discutere del rapporto tra poteri del giudice e qualità del giudizio, ma pare potersi affermare che l'assoluto dominio del giudice sul rito camerale, nel contesto di questioni in cui grande peso possono avere, anche a livello inconscio, le più intime convinzioni

[63] Cfr., in questi termini, A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., 238 ss., cui si rinvia per puntuali critiche ed osservazioni.
[64] Cons. Stat. 2 settembre 2014, n. 4460, cit.
[65] Cons. Stat. 21 giugno 2017, n. 3058, cit.
[66] Cfr., al riguardo, le considerazioni svolte da P. BORSELLINO, *op. cit.*, 790.

etiche, religiose o filosofiche del giudicante, possa gettare inquietanti veli di dubbio sulla qualità dell'accertamento, e prima ancora, sulla giustizia del processo[67].
È certamente vero che spesso la scelta del legislatore per il rito camerale è dettata anche da esigenze di celerità nella definizione di questioni delicate, e nella materia *de qua* tali esigenze ricorrono senza dubbio. Pare altrettanto vero, però, che seppure la scelta processuale del legislatore non dovesse essere ritenuta irragionevole e costituzionalmente illegittima (già per contrasto con l'art. 111, 1° comma, Cost.), essa presenta profili di inopportunità.
Sarebbe stato forse preferibile prevedere che almeno un grado dei giudizi di cui agli artt. 3 e 4 della l. 219/17 si svolgesse a cognizione piena, eventualmente con le forme del rito del lavoro o del procedimento sommario di cognizione, con la previsione di una corsia preferenziale per la trattazione dei relativi procedimenti.
La prassi darà indicazioni sulla bontà della scelta compiuta dal legislatore, ed eventualmente concorrerà a suggerire una modifica legislativa nel senso suddetto.

[67] Cfr. A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Jovene, 2018, 15 ss., secondo cui «occorre avere piena consapevolezza della natura intrinsecamente umana del processo e […] rivolgere l'attenzione su come i principî e i valori che ispirano gli uomini siano in grado di incidere sulle scelte e sulle soluzioni tecniche e, quindi, in via mediata, sul risultato del processo».

Consenso informato e rapporto di cura: una nuova centralità per il paziente alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219.

di ***Marta Fasan*** *(Dottoranda in Studi Giuridici Comparati ed Europei - Università degli Studi di Trento)*

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare la relazione esistente tra il consenso informato e il ruolo del medico all'interno del rapporto terapeutico alla luce della nuova legge 22 dicembre 2017, n. 219. Le novità normative introdotte, tra cui particolare rilevanza assume la pianificazione condivisa delle cure, riaffermano la centralità del paziente nelle scelte terapeutiche riguardanti soprattutto le fasi finali della propria vita. In questo modo restituiscono al consenso informato il suo ruolo di diritto fondamentale della persona, cessando di essere un semplice adempimento burocratico difensivo interno al rapporto terapeutico.

This paper aims at analysing the latest Italian legislation (l. 22 dicembre 2017, n.219) on informed consent and advance directives. By innovating the idea of the doctor-patient relationship and by introducing the advance care planning in the Italian system, this new regulation gives patients a new central role in the therapeutic dimension, allowing them to make more aware medical choices. This possibility becomes particularly relevant in end-life decisions. In this way, the new legislation recognises the informed consent as a fundamental right in the medical field and not as a simple administrative tool.

Sommario: **1.** Il rapporto terapeutico: significato e sviluppi storici. – **2.** Il principio del consenso informato. – **2.1** L'adozione del consenso informato: un incontro tra due autonomie. – **3.** La disciplina del consenso informato in Italia. – **4.** La nuova disciplina del consenso informato: la legge 22 dicembre 2017, n. 219. – **5.** Oltre il consenso informato: la pianificazione condivisa delle cure. – **6.** Una nuova centralità per il paziente.

1. Il rapporto terapeutico: significato e sviluppi storici.

Il rapporto terapeutico che si instaura tra il medico e il paziente costituisce uno degli aspetti fondamentali del processo di cura e in generale dell'attività medica[1].

[1] Secondo alcuni autori il rapporto medico-paziente deve considerarsi proprio quale caratteristica specifica della medicina, in quanto ne costituirebbe l'essenza fenomenologica rilevante. In base a questa prospettiva un problema si configura come medico solo se emerge nell'ambito della complessa relazione che interessa medici e pazienti. A questo proposito si veda R. M. BELLINO, *Medicina*, in E. SGRECCIA – A. TARANTINO (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica. Volume VIII*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 335.

Esso può essere definito come un "*... nucleo di forti relazioni civili, etiche, giuridiche e tecnico-professionali, ogni volta uniche e irripetibili, in cui l'autonomia e la responsabilità della persona si incrociano con l'autonomia e la responsabilità dei professionisti della salute nell'esercizio della loro funzione di cura e di garanzia*"[2]. Si tratta quindi di un rapporto basato su relazioni che non riguardano unicamente la salute, ma coinvolgono anche altri aspetti della vita e dell'identità dell'individuo e che per la loro natura sono soggetti ai mutamenti della cultura e della società nel tempo.

Nonostante nel corso dei secoli i concetti di medicina, salute, malattia e rapporto terapeutico siano stati oggetto di diverse interpretazioni[3], fin dall'antichità emerge l'importanza del rapporto tra medico e paziente allo scopo di indagare e comprendere le ragioni della malattia[4]. La costante che ha caratterizzato la storia della medicina è il ruolo di guida che è stato attribuito al medico fino ai tempi più recenti. Tale elemento si afferma definitivamente per la prima volta nel pensiero e nella tradizione ippocratica[5], secondo cui il rapporto medico-paziente si basa su due specifici principi: il dovere del medico di curare bene l'ammalato e l'obbligo del paziente di rimettersi completamente e passivamente alle scelte del medico[6]. In questa concezione il medico è l'unico soggetto in grado di elaborare una corretta diagnosi che sia utile al malato, assicurandosi la sua fiducia e indicandogli le scelte terapeutiche più adeguate e benefiche, ma che sia anche funzionale a tutelare il medico da possibili accuse a seguito della propria attività curativa[7].

Si afferma quindi un rapporto medico-paziente basato interamente su una concezione paternalistica della relazione di cura, in cui il malato deve affidarsi totalmente alle azioni del medico il quale decide sì nell'interesse e per il beneficio del paziente, ma sostituendo completamente la propria volontà medica a quella del suo assistito[8].

---

[2] Così definito in C. CASONATO – F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 41.

[3] I concetti di salute e malattia hanno infatti sempre risentito delle diverse teorie filosofiche e religiose adottate nel corso della storia. Per molto tempo le condizioni di malattia e salute sono state ricondotte ad elementi mistici, per cui la presenza di una malattia veniva considerata una punizione per le colpe e i peccati commessi dal malato. Per questi motivi, il processo di guarigione era spesso accompagnato dall'intervento di sacerdoti e dall'esecuzione di specifici cerimoniali collettivi. Sul punto G. CORBELLINI, *Breve storia delle idee di salute e malattia*, Carocci, 2004, pp. 29-30.

[4] Ad esempio, già nelle civiltà mesopotamiche il dialogo con il malato era lo strumento principale del medico per comprendere se la malattia fosse stata causata dalle forze occulte dei demoni in ragione delle azioni compiute dal malato nel corso della sua vita. In G. CORBELLINI, *cit.*, p. 35

[5] Già nel pensiero platonico l'interazione tra medico e malato svolgeva un ruolo fondamentale nel processo di cura. Attraverso il dialogo il medico, infatti, apprendeva nuovi elementi sullo stato della malattia e persuadeva il malato ad accettare i suoi consigli medici, preparandolo e predisponendolo ad un'opera di convincimento finalizzata alla sua guarigione. Il rapporto terapeutico descritto da Platone era però condizionato dallo status sociale dell'ammalato. Solo i cittadini liberi potevano giovarsi di questo tipo di interazione con il medico, che poteva anche lasciare spazio ad un minimo esercizio di autonomia da parte del malato libero. Gli schiavi invece non avevano alcuna possibilità di dialogo con i propri medici, i quali si limitavano a curare i problemi dei propri pazienti senza instaurare alcun tipo di relazione. In G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e personalità*, Giuffrè, 2008, pp. 3-4; C. CASONATO – F. CEMBRANI, *cit.*, p. 43.

[6] G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 4.

[7] G. CORBELLINI, *cit.*, p. 44; G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 5.

[8] P. DONATELLI, *Paternalismo*, in E. LECALDANO (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Laterza, 2002, p. 212; G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, pp. 5-6.

Questo tipo di approccio e questa concezione della medicina si sono imposti sempre di più nel corso dei secoli. Il consolidarsi di nuove scoperte e teorie scientifiche e la diffusione di scuole mediche universitarie, che consentivano agli studiosi di apprendere e approfondire l'arte medica, hanno conferito al medico una nuova professionalità e autorità[9]. Egli è l'unico che, basandosi sulle proprie conoscenze scientifi
che, sa come agire per il bene dei pazienti e, in ragione di ciò, decide per essi. La medicina quindi lentamente si allontana dalle influenze filosofiche e religiose, diventando un sapere separato dagli altri e sempre più autoreferenziale[10]. Il malato non è più soggetto di cura ma ne diventa l'oggetto, trovandosi in una dimensione in cui il processo terapeutico e l'accompagnamento della persona malata vengono sostituite dalla guarigione della malattia[11]. In questo contesto, lo spazio dedicato nei processi di cura agli aspetti relazionali e umani diminuisce, riducendo anche la capacità del paziente di affermare la propria volontà e autonomia durante la sua interazione con il medico[12].
Dopo secoli di attuazione, l'impostazione paternalistica della medicina moderna fu rimessa in discussione dalla convergenza di due importanti tendenze che, a partire dagli anni '60, contribuirono alla nascita della bioetica. In quegli anni si assistette all'affermazione di due fondamentali fenomeni: un rilevante sviluppo scientifico e tecnologico nel campo della medicina e un ugualmente importante mutamento di natura culturale e giuridica interno alla società[13].

---

[9] Questo quanto cominciò ad avvenire nel Medioevo cristiano con la creazione dei primi corsi di medicina nelle università di Parigi e di Bologna a partire dalla prima metà del XII secolo. La disciplina insegnata in questi corsi si confondeva ancora, per alcuni aspetti, con la filosofia e con la teologia in cui ammalarsi, soffrire e guarire erano processi a cui veniva ancora attribuito un significato escatologico. In D. ENGELHARDT, *La storia della medicina nella prospettiva delle "Medical Humanities"*, 2003, p. 14, in http://www.fupress.com/Archivio/pdf%5C2447.pdf; G. CORBELLINI, *cit.*, pp. 62-63; G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 5.

[10] Con il Rinascimento l'interesse per il mondo, per la natura e per l'essere umano sostituisce l'enfasi medievale sull'aldilà e pone le basi per una nuova medicina secolarizzata, basata sull'osservazione empirica, sul principio di causalità e sulla terapia razionale. In questo contesto, René Descartes elabora il suo modello meccanicistico di salute e malattia, conducendo ad una visione meccanica anche del corpo umano, la quale si fonda sulla spiegazione scientifica di regole che riguardano i processi biologici. Questo modello, incentrato principalmente sulla cura meccanicistica della malattia, è stato considerato l'unico canone di riferimento per la medicina moderna fino al XX secolo. Cfr. D. ENGELHARDT, *cit.*, pp. 15-17; G. CORBELLINI, *cit.*, p. 64 e sgg.; C. CASONATO – F. CEMBRANI, *cit.*, pp. 44-45. In generale sul tema si veda G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, Laterza, 1987, p. 69 e sgg.

[11] Nel modello della medicina paternalistica si perde di vista la centralità delle relazioni umane individuali, con la conseguenza di isolare la fase della spiegazione della malattia dalla fase della piena comprensione I. CAVICCHI, *La clinica e la relazione*, Bollati Boringhieri, 2004, p. 19; D. ENGELHARDT, *cit.*, p. 17.

[12] Nel modello della medicina paternalistica viene meno la centralità delle relazioni umani individuali, con la conseguenza di isolare la fase della spiegazione della malattia dalla fase della piena comprensione della persona malata, come sottolineato in D. ENGELHARDT, *cit.*, p. 18. A questo proposito, meritevole di nota è anche la distinzione tra dialogo e intervista ipotizzata in I. CAVICCHI, *cit.*, p. 40. L'autore infatti identifica nel dialogo uno strumento che consente l'incontro di diversi saperi e conoscenze attraverso lo scambio di domande tra medico e paziente, mentre riconosce nell'intervista un semplice mezzo per raccogliere informazioni sulla condizione patologica del malato.

[13] A questo proposito si veda C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, 2012, p. 8 e sgg. Si veda inoltre C. PICIOCCHI, *Bioethics and Law: Between Values and Rules*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2005, 12, p. 471, in cui l'autrice sottolinea come la conseguenza sociale più importante di questi due fenomeni fu la possibilità di trasformare ciò che era sempre stato considerato un dato di fatto immutabile in una possibile scelta dell'individuo.

La possibilità di indagare e di intervenire in termini quantitativi e qualitativi sulla vita umana, insieme all'affermazione di movimenti volti a promuovere il riconoscimento ad ogni persona di un diritto di scelta sulla propria vita, sul proprio corpo e sulla propria salute hanno contribuito ad un generale ripensamento del rapporto tra medico e paziente[14]. L'affermarsi di una sempre più forte dimensione di libertà ed eguaglianza in capo ai singoli individui ha favorito una nuova centralità del paziente nella relazione di cura, sottolineandone la volontà e l'autonomia nelle scelte mediche e rifiutando il paternalismo medico che fino a quel momento aveva trovato ampia diffusione[15].
La riflessione bioetica ha dunque contribuito in modo rilevante all'elaborazione di un nuovo modello di relazione tra medico e paziente che, abbandonando l'approccio paternalista, fosse in grado di prevedere il dovere del medico di informare il paziente sulla sua condizione clinica, in modo tale da promuoverne l'autonomia all'interno del rapporto terapeutico[16].
La diffusione di questo modello ha contribuito a valorizzare un principio da sempre cardine nella relazione di cura: il principio del consenso informato.

2. Il principio del consenso informato.

Il consenso informato, da intendersi quale espressione di un'adesione consapevole e volontaria al trattamento sanitario proposto dal medico[17], rappresenta uno degli elementi essenziali su cui si basa la moderna concezione di rapporto terapeutico.
Pur essendo sempre stato presente un elemento consensualistico nel rapporto tra medico e paziente[18], solo a partire dal XX secolo si cominciò ad ipotizzare la natura giuridica del consenso in ambito medico[19]. Il primo caso rilevante risale al 1905, quando la Corte Suprema del Minnesota

---

[14] In S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, pp. 249-250; C. CASONATO, *cit.*, p. 10. Proprio in quegli anni infatti furono sviluppate nuove tecnologie mediche che consentivano la nutrizione e l'idratazione artificiale e la ventilazione meccanica, permettendo di tenere in vita soggetti con attività cerebrale fortemente compromessa. Vengono resi disponibili i primi macchinari per la dialisi, diventa possibile la realizzazione dei primi trapianti d'organo; vengono affinate tecniche di ingegneria genetica, tali da consentire diagnosi prenatali sempre più precise, si diffonde l'uso di metodi contraccettivi e di tecniche mediche per l'interruzione volontaria di gravidanza. Tali sviluppi furono accompagnati da una maggiore attenzione da parte della popolazione e della politica ai temi dell'eguaglianza e dell'antidiscriminazione e più in generale al riconoscimento di diritti civili in capi ai singoli individui.
[15] C. CASONATO – F. CEMBRANI, *cit.*, p. 49; C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 3, pp. 1052-1053.
[16] C. BOTTI, *Consenso*, in E. LECALDANO (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Laterza, 2002, p. 59.
[17] Il consenso informato viene così definito dalla Corte costituzionale italiana in una nota sentenza del 2008 in cui la Corte riconobbe il consenso informato quale principio fondamentale in materia di tutela della salute. Si veda Corte cost., 23 dicembre 2008 (ud. 18 novembre 2008) n. 438, pt. 4; su tale decisione si veda anche R. BALDUZZI – D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, p. 4953.
[18] Già nel pensiero platonico, ad esempio, il principio del consenso era considerato, insieme al principio della beneficialità, uno dei fondamenti dell'attività del medico. A tale principio non era però possibile attribuire lo stesso valore che oggi si conferisce al consenso informato, quale strumento di garanzia del diritto di autodeterminazione del singolo individuo, come già è stato in precedenza sottolineato. Cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 3.
[19] In precedenza, c'erano state solo due sentenze di particolare interesse in cui era parzialmente emersa l'importanza del consenso nel rapporto terapeutico. Si tratta del caso inglese *Slater v. Baker and Stapleton* (1767) e del caso statunitense *Carpenter v. Blake* (1878). Nel primo caso l'attore lamentava la scelta dei medici convenuti di aver fratturato nuovamente il suo arto, già danneggiato in precedenza e ormai in via di

riconobbe per la prima volta l'esistenza in capo ad ogni libero cittadino di un diritto a se stessi (*right to himself*), tale da vietare al medico di violare l'integrità fisica del paziente senza un suo esplicito consenso[20]. La Corte infatti sottolineò come, pur in presenza di ragioni cliniche che possano giustificare un determinato intervento, l'impossibilità di conoscere gli effetti, i pericoli e i rischi di una specifica procedura impedisca al paziente di valutare questi elementi, al fine di adottare una decisione consapevole e ragionata sul trattamento medico proposto. Questo principio venne ribadito in una successiva più nota sentenza in cui la Corte d'appello di New York elaborò il criterio della *self-determination*, in base al quale ogni essere umano adulto deve essere ritenuto titolare del diritto a determinare cosa debba essere fatto con il proprio corpo, configurando un'ipotesi di violenza personale l'operazione medica realizzata senza un esplicito consenso del paziente[21].

Negli anni successivi, la valorizzazione del consenso alle pratiche mediche e sanitarie trovò conferma anche all'interno della comunità internazionale. Alla luce delle crudeltà compiute nei campi di concentramento, come emerse dagli atti del processo di Norimberga, si prese coscienza delle principali questioni etiche poste dallo sviluppo e dal progresso della medicina e della necessità di adottare dei principi generali in grado di evitare il ripetersi di tali condotte[22]. In base a tali rilievi venne adottato un documento, noto come codice di Norimberga, in cui si stabilì un principio cardine per la medicina moderna: la persona umana non deve mai essere utilizzata quale strumento per raggiungere unicamente scopi scientifici[23]. Il trattamento medico per considerarsi

---

guarigione, senza avere prima ottenuto il suo consenso. Nel secondo caso, il medico curante fu condannato per negligenza per non aver informato il paziente sulle precauzioni da adottare né sulle indicazioni da osservare durante la convalescenza dovuta ad una slogatura del polso curata con tecniche per quel tempo innovative. Questi due casi, pur essendo fondamentali al fine di ricostruire la storia giuridica del consenso nell'ambito medico, non costituirono delle tappe fondamentali nello sviluppo del moderno principio del consenso informato, in quanto in realtà trattavano di casi di sperimentazione clinica. Per una breve analisi dei casi qui citati si veda R. R. FADEN – T. L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, 1986, pp. 116-118.

[20] Minnesota Supreme Court, 1905, *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12 (1905): «the free citizen's first and greatest right, which underlies all others – the right to the inviolability of his person, in other words, his right to himslef – is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician or surgeon, however skillful or eminent, […] to violate without permission the bodily integrity of his patient». In R. R. FADEN – T. L. BEAUCHAMP, *cit.*, pp. 120-121.

[21] *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914). In questa sentenza particolare rilievo hanno le parole del noto giudice Benjamin Cardozo il quale stabilì: «Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages». Un commento alla sentenza è presente in R. R. FADEN – T. L. BEAUCHAMP, *cit.*, p. 123. Si veda inoltre A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato: questioni di principio e regole specifiche*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto per il paziente*, Raffaello Cortina Editore, 1996, pp. 6-7.

[22] Sul tema delle sperimentazioni cliniche condotte durante il regime nazista si veda in generale R. DE FRANCO, *In nome di Ippocrate: dall'"olocausto medico" nazista all'etica della sperimentazione contemporanea*, FrancoAngeli, 2001.

[23] In questo senso si veda G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, pp. 9-10; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Raffaello Cortina, 2001, pp. 165-167 e pp. 173-174; V. MALLARDI, *Le origini del consenso informato*, in *Acta Otorhinolaryngol.*, 2005, 25, p. 318; M. CARDUCCI, *Consenso informato*, in E. SGRECCIA – A. TARANTINO, *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica. Volume III*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 424-425.

legittimo ha quindi bisogno del consenso del paziente, consenso che deve essere volontario, libero, privo di costrizioni e deve basarsi su informazioni concernenti la natura, il metodo, gli obiettivi, i benefici e i rischi del trattamento[24].
Il processo di riconoscimento del consenso quale principio giuridico fondamentale nel rapporto terapeutico raggiunse però la sua massima espressione solo nel 1957 con il caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*. In tale occasione la Corte d'Appello della California statuì l'esistenza dell'obbligo in capo al medico di fornire tutte le informazioni e gli elementi che siano necessari ai pazienti per la formazione di un *intelligent consent* riguardante il trattamento proposto[25]. In questo modo, secondo la Corte, non può ritenersi sufficiente la presenza di un mero consenso del paziente al trattamento proposto, ma risulta necessario che tale consenso sia preceduto da informazioni che possano consentire al paziente di esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione. Questo significa che il paziente deve essere in grado di conoscere non solo i benefici connessi al trattamento, ma anche gli eventuali rischi e soprattutto se sussistano o meno alternative terapeutiche alla prestazione considerata[26].
Con questa sentenza si riconosceva quindi il consenso informato quale principio fondamentale anche dal punto di vista giuridico[27]. In particolare, per la prima volta si attribuiva una rilevanza fondamentale alla natura "informata" del consenso, costituendo l'informazione la condizione essenziale per consentire al paziente una scelta consapevole sul trattamento proposto.

2.1 L'adozione del consenso informato: un incontro tra due autonomie.
La categoria giuridica del consenso informato e la sua validità si basano principalmente, come del resto si è già evidenziato, sull'esistenza di un'attività informativa da parte del medico che consenta al paziente di scegliere se sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario[28].
L'informazione costituisce quindi un elemento di fondamentale importanza nel rapporto che si instaura tra il medico e il paziente, essendo funzionale al rispetto della libertà di autodeterminazione di ogni singolo individuo. Infatti, solo attraverso una corretta ed efficace comunicazione con il medico, il paziente è in grado di porre in essere un articolato processo

[24] Questo quanto stabilito dal primo principio contenuto nel Codice di Norimberga. Pare opportuno sottolineare che il Codice di Norimberga venne prodotto come allegato alla sentenza del processo omonimo. Il testo del Codice è consultabile al sito http://old.iss.it/binary/publ/cont/Pagina1_154Relazione98_5.pdf. Similmente, i principi elaborati nel Codice di Norimberga vennero poi ripresi dalla nota Dichiarazione di Helsinki, adottata nel 1964 dalla *World Medical Association*.
[25] *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. App. 1957): «*[…] physicians had the duty to disclose any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to proposed treatment*». In R. R. FADEN – T. L. BEAUCHAMP, *cit.*, pp. 125-126.
[26] V. MALLARDI, *cit.*, p. 321; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, 2012, p. 11.
[27] L'orientamento giurisprudenziale elaborato nel caso Salgo venne consolidato in tre decisioni successive (caso Gray del 1966, caso Berkey del 1969 e il caso Cooper del 1971) in cui i giudici statunitensi statuirono che la relazione di cura si caratterizza per il carattere fiduciario del rapporto medico-paziente, in base al quale il medico ha l'obbligo di far conoscere al suo assistito le caratteristiche della malattia con una chiara e puntuale informazione. In V. MALLARDI, *cit.*, p. 322.
[28] M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 219; G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 113. Inoltre, cfr. V. B. MUSCATIELLO, *Il consenso informato dell'uomo qualunque (I diritti presi poco sul serio)*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, 3-4, p. 549 e sgg.

decisionale nel quale sia possibile comprendere ed elaborare le informazioni ricevute al fine di adottare una decisione quanto più consapevole[29].

In linea generale, a seguito dell'elaborazione di una specifica diagnosi, il processo di adozione del consenso informato può articolarsi in tre fasi distinte: una fase informativa; una fase riflessiva o ponderativa; e infine una fase deliberativa[30].

Nella prima fase, il medico ha il dovere di trasmettere tutte le informazioni che possano essere utili al paziente prima, durante e dopo il trattamento, con l'obiettivo complessivo di promuoverne e garantirne il benessere. In particolare, devono essere comunicate la natura del trattamento, le modalità di esecuzione, i benefici prospettati, la probabile durata della convalescenza, i possibili rischi e le eventuali conseguenze derivanti dalla sua realizzazione. Si ritiene inoltre che fondamentali per l'adozione di una scelta consapevole non siano soltanto le informazioni che consentono al paziente se scegliere di sottoporsi alla terapia proposta, ma anche quelle concernenti il luogo e il momento di esecuzione del trattamento e le possibili alternative terapeutiche[31]. Il medico provvede a comunicare tali elementi in modo chiaro, esaustivo, comprensibile ma soprattutto personalizzato[32]. Le informazioni mediche devono infatti essere adeguate e coerenti al contesto sociale, culturale e economico da cui provenga l'interessato, in modo tale da renderle quanto più intellegibili e chiare per il paziente. In questo contesto, risulta fondamentale evitare l'uso di eccessivi tecnicismi che rischierebbero di impedire al paziente di capire a pieno il significato delle comunicazioni ricevute e che potrebbero indebolire la nascita di una reale alleanza terapeutica tra medico e paziente[33].

---

[29] Cfr. N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, pp. 6-7.

[30] Cfr. E. J. EMANUEL – D. WENDLER – C. GRADY, *An Ethical Framework for Biomedical Research*, in E. J. EMANUEL – C. GRADY – R. A. CROUCH – R. K. LIE – F. G. MILLER – D. WENDLER (a cura di), *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, Oxford University Press, 2008, pp. 130-131. Pur riferendosi al consenso informato nell'ambito della sperimentazione clinica, la suddivisione in fasi elaborata dagli autori pare funzionale all'analisi del processo decisionale che in generale porta all'adozione del consenso informato riferito a qualsiasi atto medico.

[31] Sul punto si veda L. ORSI – F. DE BIASI – A. SEMPREBONI – L. BUSATTA – D. MAZZON, *La comunicazione della cattiva notizia in ambito sanitario: da sconosciuta a perno della relazione di cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, 1, p. 194; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 2, p. 388; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Informazione e consenso all'atto medico*, 1992, pp. 10-11, in http://bioetica.governo.it/media/1836/p10_1992_informazione-e-consenso_it.pdf. In merito all'informazione dei rischi riguardanti il trattamento sanitario proposto, si discute se debbano essere comunicati solo i rischi prevedibili o anche gli esiti anomali che potrebbero derivare dall'esecuzione del trattamento. Su questo punto si veda G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 121 e sgg.

[32] F. GIUNTA, *cit.*, p. 384; G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 117. Per quanto riguarda lo standard da adottare nell'offerta di informazioni sanitarie si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *cit.*, p. 10-11.

[33] In questo senso L. ORSI – F. DE BIASI – A. SEMPREBONI – L. BUSATTA – D. MAZZON, *cit.*, p. 195. In F. GIUNTA, *cit.*, p. 388, l'autore sottolinea come il concetto di completezza dell'informazione non vada inteso nel senso di fornire al paziente tutte le informazioni tecniche e scientifiche disponibili su un determinato trattamento, in quanto un eccessivo *quantum* informativo rischierebbe di burocratizzare ulteriormente la fase del consenso informato. Su questo tema si veda inoltre Cass. Civ., sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543. Sulla necessità che le informazioni mediche comunicate siano comprensibili per il paziente si veda anche Cass. Civ., sez. III, 20 luglio 2013, n. 19220; Cass. Civ., sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2177.

Una volta esaurita il momento informativo, ha inizio la fase di riflessione sulle informazioni ricevute. In questa contesto, il paziente ha la possibilità di disporre di un lasso di tempo sufficiente all'elaborazione dei dati trasmessi dal medico e, sulla base di questi, poter giungere ad una decisione consapevole. In tale contesto l'analisi della nozione di *competence*, intesa come capacità del paziente di prendere decisioni, assume un ruolo fondamentale. Questo concetto si basa su tre diverse abilità qualificate (*informability, cognitive capability, deciding*) che nel loro insieme costituiscono la struttura minima della capacità umana di prendere decisioni[34]. La prima abilità, l'*informability*, fonda la capacità di ogni soggetto di essere destinatario di informazioni, consentendogli di recepire le informazioni a livello sensoriale, di comprendere e selezionare i contenuti fondamentali per la scelta da adottare e infine di ricordare i dati selezionati quali rilevanti al momento di prendere una decisione[35]. La seconda abilità, *cognitive capability*, consente al singolo soggetto di valutare la propria situazione, di attribuirsi lo stato patologico, riconoscendosi come paziente, e di riferire a se stesso i dati e le informazioni cliniche ricevute. Tale capacità permette all'individuo di ragionare sulle diverse opzioni terapeutiche prospettate, di individuare le proprie possibilità di scelta e di riflettere sulle conseguenze derivabili da ogni alternativa praticabile, parametrando tali elementi sempre in riferimento al proprio sistema di valori[36]. In questa operazione valutativa, secondo una parte minoritaria della dottrina, assume rilevanza anche la dimensione affettiva, la quale si esplica nella capacità del paziente di attribuire un significato emotivo e morale alle informazioni ricevute nei diversi stadi del processo decisionale[37]. Infine, la terza abilità, *deciding*, consiste nella facoltà del paziente di arrivare ad una scelta e nella capacità di argomentarla con convinzione. Questo significa che il paziente deve essere in grado di individuare un percorso terapeutico per lui fruibile tra quelli proposti dal medico e deve avere consapevolezza delle ragioni che lo hanno portato a preferire un'opzione terapeutica ad un'altra[38]. In questa fase il fattore tempo costituisce un elemento fondamentale. Appare infatti evidente la necessità di garantire un intervallo di tempo congruo e adeguato tra il momento dell'informazione e il momento in cui, eventualmente, venga rilasciato il consenso informato, in modo tale da consentire al paziente di elaborare una decisione consapevole in merito al trattamento proposto, coerente con il proprio sistema di valori morali e in qualche modo anche con il proprio stile di vita[39].

---

[34] Il termine *competence* viene utilizzato nei paesi anglofoni per indicare la capacità etica di un individuo, mentre il termine *capacity*, viene generalmente utilizzato per riferirsi sia alla capacità legale, sia alla capacità naturale di un soggetto (fanno eccezione a questa regola gli Stati Uniti, in cui, invece, il termine *capacity* indica la capacità naturale dell'uomo, mentre il termine *competence* fa riferimento sia alla capacità legale, sia alla capacità etica). Per l'esposizione di alcune delle questioni maggiormente dibattute sul concetto di *competence* nei settori etico, scientifico e giuridico si rimanda alla lettura di E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI, *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, pp. 341-347; A. BUCHANAN, *Mental capacity, legal competence and consent to treatment*, in *Journal of the Royal Society of Medicine*, 2004, 97, p. 415;

[35] E. SALVATERRA, *cit.*, pp. 349-350.

[36] E. SALVATERRA, *cit.*, pp. 350-351.

[37] In base a questa posizione la struttura del processo decisionale sarebbe: *informability cognitive and affective capability, deciding*. A questo proposito si veda W. JAMES, *What is an Emotion?*, in *Mind*, 1884, 9, pp. 188-205, in http://psychclassics.yorku.ca/James/emotion.htm

[38] E. SALVATERRA, *cit.*, p. 352; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *cit.*, p. 11.

[39] Si veda G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, pp. 133-134; A. DIURNI – G. P. MILANO, *Il consenso informato*, in *Noos*, 2012, 1, p. 14; C. CASONATO – F. CEMBRANI, *cit.*, p. 55.

Conclusasi anche la fase riflessiva, si passa alla terza fase. In questa il paziente è chiamato ad esprimere il proprio consenso informato alla terapia proposta, il quale per essere considerato valido, deve essere corredato da determinate caratteristiche. In primo luogo, deve rappresentare l'espressione di una volontà, per quanto possibile, libera e non condizionata[40]. In secondo luogo, dalla dichiarazione del paziente devono emergere elementi che lascino presupporre una totale adesione del soggetto al trattamento medico. In particolare, il paziente deve dare segnali di aver compreso le informazioni ricevute, di avere maturato una decisione a riguardo, di avere compreso la natura delle alternative possibili e di persistere con convinzione nelle proprie conclusioni, mostrando coerenza nelle risposte date al medico e alla sua *équipe*[41]. Infine, il consenso del paziente deve essere documentato, essendo generalmente richiesta la forma scritta ad attestare il rilascio dello stesso[42].

Appare dunque evidente l'importanza della dimensione dialogica nel processo di elaborazione e adozione del consenso informato. È fondamentale che il momento informativo non sia una semplice trasmissione unilaterale di dati e informazioni ma abbia una dimensione bilaterale[43]. In tale processo deve infatti sussistere un vero e proprio scambio di informazioni, da un lato di natura tecnico-scientifica e dall'altro di natura personale, in cui il paziente possa comunicare le proprie perplessità ed esigenze, parametrandole sul proprio sistema di valori personali. È in questo contesto che emerge la natura del consenso informato quale luogo di incontro di due diverse autonomie: quella professionale del medico che, sulla base delle proprie competenze ed esperienze, è in grado di aiutare il paziente nella comprensione del suo stato di salute, e quella personale del paziente, che nel rapporto di cura deve sentirsi libero di far valere la sua individualità e la sua dimensione morale[44].

L'elaborazione teorica di tale processo decisionale non trova piena e diffusa applicazione dal punto di vista pratico. Nella realtà della pratica medica, il tempo a disposizione del medico risulta purtroppo insufficiente: la comunicazione di informazioni al paziente è spesso delegata ad un modulo standard e il rilascio del consenso informato si limita alla sottoscrizione di un documento di cui i pazienti non sono in grado di comprendere a pieno il significato[45]. A ciò si aggiunge il problema della c.d. "medicina difensiva", in base alla quale la prescrizione di misure terapeutiche e il conseguente uso della modulistica informativa sono finalizzati non tanto ad indirizzare il paziente verso una scelta libera e consapevole, quanto ad evitare il rischio di incorrere in possibili responsabilità di natura penale o civile[46].

La diffusione di tali situazioni ha la conseguenza di diminuire la capacità dell'individuo di esercitare il proprio diritto ad esprimere un consenso effettivamente informato ai trattamenti

---

[40] COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *cit.*, p. 13-14; A. DIURNI – G. P. MILANO, *cit.*, p. 10 e sgg; M. CARDUCCI, *cit.*, p. 424 e sgg.

[41] Si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *cit.*, p. 11.

[42] F. GIUNTA, *cit.*, p. 377 e sgg.; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *cit.*, pp. 13-14.

[43] G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 117.

[44] Cfr. C. CASONATO – F. CEMBRANI, *cit.*, p. 55.

[45] In questo senso si veda S. CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno Resp.*, 2007, 3, p. 287. L'autrice sottolinea infatti che il ricorso alla modulistica, anche nei casi in cui sia redatta diligentemente, contraddirebbe la natura fiduciaria del rapporto medico-paziente.

[46] C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, 2012, p. 14; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Il modulo medico di consenso informato: adempimento giuridico, retorica, finzione burocratica?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 7, p. 894 e sgg.

terapeutici, limitando il diritto del singolo alla propria autodeterminazione. Questa situazione risulta particolarmente aggravato in quei contesti in cui la disciplina giuridica del consenso informato risulta significativamente carente, offrendo un minor numero di tutele e garanzie a salvaguardia dei diritti dei singoli individui in una dimensione purtroppo lasciata ad un pesante vuoto normativo.

3. La disciplina del consenso informato in Italia.

Nell'ordinamento italiano, il riconoscimento del consenso informato quale principio fondante il rapporto medico-paziente è stato un processo lento, caratterizzato per molti anni dalla mancanza di una disciplina di carattere generale e sufficientemente esaustiva che ne regolasse natura, requisiti, funzioni e limiti[47]. In assenza di una regolamentazione generale in materia[48], la valorizzazione anche dal punto di vista giuridico del consenso informato è stata garantita da altri soggetti dell'ordinamento giuridico diversi dal legislatore. In questo contesto, ha assunto particolare rilevanza l'intervento ermeneutico-creativo della giurisprudenza, per cui i giudici, trovandosi a dover decidere di delicate situazioni mediche, nel corso degli anni hanno contribuito a dare contenuto e spessore al principio del consenso informato, traendo dalla Costituzione i principi generali in materia[49].

Nello specifico, due sentenze hanno stabilito le basi del principio del consenso informato in Italia: la sentenza n. 21748/2007 della Corte di cassazione[50] e la sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale[51].

Nel primo caso, la Corte di Cassazione, esaminando un caso giudiziario noto anche alle cronache nazionali[52], riconosce che il principio del consenso informato costituisce la legittimazione e il

---

[47] In questo senso si veda A. DIURNI – G. P. MILANO, *cit.*, p. 8, disponibile in https://www.personaedanno.it/dA/d340ea0f59/allegato/1.pdf.

[48] L'obbligo del consenso informato alla prestazione medica era in realtà disciplinato da singole leggi speciali riguardanti l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (l. n. 833/1978), il trapianto del rene (l. n. 458/1967), l'interruzione volontaria di gravidanza (l. n. 194/1978), la rettificazione in materia di attribuzione di sesso (l. n. 164/1982), la prevenzione e la lotta contro l'aids (l. n. 135/1990), la donazione di sangue (l. n. 107/1990 e dms 15/1/1991), la radioprotezione (d.lgs n. 230/1995), la donazione di fegato da donatore vivente (l. n. 438/1999) e la procreazione medicalmente assistita (l. n. 40/2004). Sul punto si veda G. MONTANARI VERGALLO, *cit.*, p. 13.

[49] A. DIURNI – G. P. MILANO, *cit.*, pp. 8-9; M. RIDOLFI, *Il "consenso informato"*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 5; C. CASONATO, *La migliore legge oggi possibile*, in *The Future of Science and Ethics*, 2017, 2, p. 107.

[50] Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748. In commento alla sentenza si veda anche G. CASABURI, *Interruzione dei trattamenti medici: nuovi interventi della giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Il foro italiano*, 2007, 130, pp. 3025-3027; D. MALTESE, *Convincimenti manifestati in passato all'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, in *Il foro italiano*, 2008, 131, pp. 125-128.

[51] Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438. In commento alla sentenza si veda inoltre F. CORVAJA, *Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, pp. 638-649; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, pp. 627-637.

[52] Si tratta del noto caso di Eluana Englaro, una giovane donna italiana che, a seguito di un incidente stradale, rimase in stato vegetativo per 17 anni mantenuta in vita da sistemi di nutrizione e idratazione artificiale. La morte di Eluana avvenne grazie alla sentenza in esame con cui si consentì l'interruzione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiale. Sulle vicende del caso Englaro si veda la documentazione

fondamento del trattamento sanitario, tale da configurare un illecito l'intervento del medico eseguito senza il consenso del paziente. Tale principio trova fondamento nel testo della Costituzione, nello specifico agli articoli 2, 13 e 32 i quali tutelano i diritti fondamentali della persona umana, garantiscono l'inviolabilità della libertà personale e tutelano la salute come fondamentale diritto dell'individuo e come interesse della collettività. Il consenso infatti, sottolinea la Corte, si riferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea[53]. Questo principio è espressione quindi di una concezione del rapporto tra medico e paziente fondata principalmente sui diritti e sull'autodeterminazione terapeutica del soggetto, tale da non potersi riconoscere al medico un generale diritto di curare, in cui la volontà del paziente sarebbe totalmente priva di rilevanza[54]. Ciò comporta che «*la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio […] per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e sofferenza […]. Ma allorché il rifiuto [sia informato, autentico ed attuale] non c'è la possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico*»[55]. La Corte di Cassazione quindi afferma e riconosce l'importanza del consenso informato quale strumento per assicurare la libera autodeterminazione dell'individuo in ambito medico, ancorandone la disciplina e la tutela a quanto stabilito dalla Costituzione, ma soprattutto riconducendo alla tutela di tale principio la facoltà dell'individuo di rifiutare o interrompere un trattamento sanitario.

Un anno più tardi anche la Corte costituzionale si è pronunciata sulla natura del consenso informato. Nella sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008, la Corte definisce il consenso informato «*quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico*», configurandolo quale vero e proprio diritto della persona che trae fondamento dai principi enunciati agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione[56]. Le basi costituzionali del consenso informato pongono quindi in risalto «*[…] la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione*»[57]. In questo contesto, la Corte attribuisce quindi al consenso informato la natura di principio fondamentale in

raccolta in *Dossier: casi e materiali sul fine vita in Italia*, disponibile al sito http://www.biodiritto.org/index.php/dossier/item/850-fine-vita-italia.

[53] Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, punto 6.

[54] Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, punto 6. In questo passaggio la Suprema Corte richiama a sua volta Cass. Pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572.

[55] Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, punto 6.

[56] Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, punto 4.

[57] Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, punto 4.

materia di tutela della salute, stabilendo che, proprio in ragione della natura ad esso riconosciuta, la sua disciplina debba rimettersi al legislatore statale[58].

Tale pronuncia della Corte costituzionale ha costituito, nel panorama italiano, il primo punto di approdo di un lungo e incerto percorso volto all'elaborazione di una disciplina giuridica del consenso informato. La sua qualificazione quale principio fondamentale del nostro ordinamento è il risultato non solo dei numerosi interventi giurisprudenziali che negli anni hanno trasformato il consenso da causa di giustificazione a espressione della libertà di autodeterminazione[59], ma anche del ricorso a strumenti di natura sovranazionale, europea e deontologica. Infatti, il principio del consenso informato trovava già fondamento nella Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, la quale stabilisce che nessun intervento nel campo della salute possa essere effettuato se non dopo che il soggetto interessato abbia dato il proprio consenso libero e informato[60]. Una simile statuizione era stata elaborata anche a livello europeo, dove la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede che ogni individuo veda riconosciuto il proprio diritto all'integrità fisica e psichica e che nell'ambito della medicina sia particolarmente rispettato il consenso libero ed informato della persona interessata[61]. Infine, a livello nazionale anche il formante deontologico aveva contribuito all'elaborazione del principio del consenso informato, in quanto lo stesso codice di deontologia medica ribadiva, e ribadisce anche oggi, l'importanza del consenso in ambito medico, stabilendo che il medico non debba procedere ad alcuna attività diagnostica e terapeutica senza la previa acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente[62].

Nonostante il valore riconosciuto da diverse fonti a tale principio e nonostante quanto affermato dalla Corte costituzionale, negli anni l'inerzia del legislatore non è venuta meno, lasciando all'interprete l'arduo compito di elaborare una disciplina giuridica del consenso informato basata su specifiche regolamentazioni di settore e sugli elementi appena analizzati. Questa situazione è rimasta in vigore fino allo scorso anno, quando il Parlamento italiano ha finalmente approvato una legge volta a colmare il vuoto normativo che si era affermato nel corso del tempo in questo ambito.

---

[58] Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, punto 4. Cfr. F. CORVAJA, *cit.*, p. 643.

[59] Una breve ricostruzione della giurisprudenza che ha preceduto la sentenza n.438/2008 della Corte costituzionale e che ha contribuito alla qualificazione del consenso informato come principio fondamentale è reperibile in C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, p. 628 e sgg.

[60] Si fa riferimento all'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (1997), del Consiglio d'Europa. Pare opportuno ricordare che la Convenzione in esame, pur essendo stata ratificata dall'Italia con la legge n. 145/2001, non può essere considerata diritto vigente in Italia, in quanto lo strumento di ratifica non è mai stato depositato presso il Consiglio d'Europa. Nonostante ciò i suoi principi sono utilizzabili come ausilio interpretativo. A questo proposito C. CASONATO – F. CEMBRANI, *cit.*, p. 56; S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0007_penasa.pdf.

[61] Questo quanto stabilito all'art. 3.2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000).

[62] Si vedano gli artt. 33, 34 e 35 del Codice di Deontologia Medica (2014). Il testo del Codice di Deontologia Medica è disponibile al sito https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2018/03/CODICE-DEONTOLOGIA-MEDICA-2014.pdf.

4. La nuova disciplina del consenso informato: la legge 22 dicembre 2017, n. 219.

Come già anticipato, nel dicembre 2017 il Parlamento italiano ha posto fine alla propria inerzia legislativa in materia di consenso informato, approvando la legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di diposizioni anticipate di trattamento*.

L'emanazione di questa legge costituisce il punto conclusivo di un iter parlamentare, iniziato il 4 febbraio 2016, riguardante l'esame da parte della XII Commissione Affari Sociali e della II Commissione Giustizia di 16 proposte di legge in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento e 4 in tema di eutanasia. La decisione di adottare questo atto normativo e di prevedere una disciplina organica e generale del principio del consenso informato deriva in primo luogo dalle ripetute sollecitazioni avanzate dalla magistratura negli anni, e in secondo luogo da un sempre più vasto e presente consenso sociale riferito a queste materie all'interno del nostro ordinamento[63].

La legge n. 219 è composta da otto articoli, riguardanti rispettivamente: il consenso informato (art. 1), la terapia del dolore e le cure palliative (art. 2), il consenso di minori ed incapaci (art. 3), le disposizioni anticipate di trattamento (art. 4), la pianificazione condivisa delle cure (art. 5), le norme transitorie (art.6), la clausola di invarianza finanziaria (art. 7) e la relazione alle Camere (art. 8)[64].

Per quanto concerne la disciplina del consenso informato, con la nuova legge vengono confermati alcuni elementi e principi che erano già stati enunciati in precedenza. Questo dato è dimostrato dal comma di apertura dell'art. 1, che fonda il principio del consenso libero ed informato al rispetto dei principi stabiliti agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e dagli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ponendosi l'obiettivo di tutelare il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona[65]. Tale riferimento ad una pluralità di diritti fondamentali riconosce al consenso il ruolo sia di garanzia principale per la tutela dell'autonomia personale, inibendo ogni tipo di prevaricazione e violenza non voluta dal paziente, sia di strumento volto ad agevolare una relazione e un'interazione di tipo cooperativo tra medico e paziente[66].

Nella nuova disciplina legislativa, infatti, la definizione attribuita alla relazione di cura rappresenta uno degli aspetti più rilevanti. La relazione tra medico e paziente viene definita quale un rapporto di vera e propria fiducia, in cui il consenso ha lo scopo di favorire l'incontro tra

---

[63] Sul processo che ha portato all'adozione della legge n. 219 si veda D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, 3, pp. 305-307; C. BARBISAN, *Legge 219: tormenti, chiarezze, insidie*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, p. 13-14.

[64] Per un commento generale alla legge si veda AA. VV., *Forum: la legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, pp. 11-104; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, 1, pp. 8-36; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *NGCC*, 2018, 2, pp. 247-252; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Il Foro Italiano*, 2018, 3, pp. 137-143.

[65] Art.1, comma 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

[66] Si veda S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art.1)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, p. 21.

«*l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico*»[67]. A questo proposito la legge sottolinea che alla relazione di cura possono contribuire anche i professionisti sanitari coinvolti nel processo terapeutico e i familiari del paziente, riconoscendo il fondamentale ruolo di supporto professionale e morale che questi soggetti spesso rivestono nei confronti del paziente[68].

Alla valorizzazione di una dimensione di vera alleanza terapeutica tra medico e paziente contribuiscono altri due elementi previsti dalla legge n. 219: il riconoscimento del diritto del paziente ad essere informato e la qualificazione del tempo della comunicazione quale tempo di cura.

Per quanto concerne il primo elemento, la nuova disciplina stabilisce il diritto di ogni persona di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici, ai rischi, alle possibili alternative terapeutiche e alle conseguenze di un eventuale rifiuto del trattamento medico proposto. Inoltre, ad ogni soggetto viene riconosciuto il diritto di rifiutare in tutto o in parte la comunicazione di queste informazioni ovvero di indicare i familiari o una persona di fiducia che possano riceverle ed esprimere il consenso in vece del paziente, secondo la sua espressa volontà[69].

In merito invece al secondo elemento, la legge n. 219 stabilisce espressamente che «*Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*»[70]. Tale affermazione è ulteriormente rafforzata dalla disposizione che istituisce un obbligo di formazione iniziale e continua dei medici, e in generale dei professionisti sanitari, in materia di comunicazione e relazione con il paziente, garantendo così che i pazienti ricevano sempre un'adeguata e corretta informazione sui cui basare le proprie decisioni[71].

Il consenso informato diventa quindi un momento di incontro relazionale tra due persone, ciascuna caratterizzata dal proprio spessore morale e professionale, ma soprattutto diventa una garanzia affinchè la relazione terapeutica, pur restando in parte asimmetrica, si mantenga umana e quanto più possibile personale ed empatica[72]. Attraverso queste disposizioni, il legislatore riconosce quindi l'importanza dell'informazione, identificandola come uno scambio informativo bidirezionale in cui il malato ha lo spazio e la libertà di esprimere i propri valori e preferenze avvalendosi del supporto del medico, che guida il soggetto tra le possibilità di trattamento e le alternative di cura. A tale scopo appare dunque evidente la rilevanza di un intervento formativo dei medici che, a partire dalle Università, illustri le modalità di comunicazione da adottare con i pazienti, insegnando a calibrare le proprie tecniche comunicative in base alla personalità del soggetto con cui ci si trovi ad interagire[73]. Garantendo poi ad ogni soggetto il diritto di rifiutare la ricezione delle informazioni o di delegarla ad altri, viene ulteriormente salvaguardata

[67] Art. 1, comma 2, l. 22 dicembre 2017, n. 219.
[68] Questo quanto affermato sempre all'art. 1, comma 2, l. 22 dicembre 2017, n. 219.
[69] Art. 1, comma 3, l. 22 dicembre 2017, n. 219.
[70] Art. 1, comma 8, l. 22 dicembre 2017, n. 219.
[71] Questo quanto previsto all'art. 1, comma 9, l. 22 dicembre 2017, n. 219.
[72] Sul punto si veda C. CASONATO, *La migliore legge oggi possibile*, in *The Future of Science and Ethics*, 2017, 2, p. 108; S. CANESTRARI, *cit.*, p. 21; L. ORSI, *Un cambiamento radicale nella relazione di cura, quasi una rivoluzione (articolo 1, commi 2 e 3)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, pp. 25-26.
[73] Sul punto si veda N. ZAMPERETTI – A. GIANNINI, *La formazione del personale sanitario (commento all'articolo 1, comma 9 e 10)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, pp. 36-38.

l'autodeterminazione del paziente, il quale viene lasciato libero di determinare in totale autonomia se, quando e quante informazioni ricevere sulla propria condizione clinica. Inoltre, la possibilità di registrare la decisione del paziente di non ricevere le suddette informazioni o di affidarle ad altri assicura una maggiore tutela del soggetto rispetto ad alcune prassi mediche di natura paternalistica[74].

La nuova disciplina detta infine ulteriori disposizioni riguardanti la forma, il rifiuto e la revoca del consenso. Si prevede infatti che il consenso sia acquisito nei modi e con gli strumenti più adatti alle condizioni del paziente, documentandolo o con la forma scritta, o ricorrendo a videoregistrazioni oppure, per le persone affette da disabilità, con gli strumenti più consoni a permettere la comunicazione[75]. Con queste stesse forme, la legge n. 219 riconosce inoltre ad ogni individuo il diritto di rifiutare gli accertamenti e i trattamenti proposti dal medico e il diritto di revocare in ogni momento il consenso precedentemente prestato, anche qualora questo possa comportare l'interruzione di un trattamento necessario alla sopravvivenza del paziente[76]. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare sempre la propria volontà[77], in questi casi il medico ha l'obbligo di informare il paziente sulle conseguenze del proprio rifiuto e di promuovere ogni forma di sostegno nei suoi confronti, ma ha altresì l'obbligo di rispettare la volontà espressa dalla persona di rifiutare il trattamento medico, con l'unico limite che il paziente non può pretendere trattamenti sanitari che siano contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali[78].

5. Oltre il consenso informato: la pianificazione condivisa delle cure.

Tra le novità introdotte dalla legge n. 219, la più significativa in materia di consenso informato e di relazione di cura è sicuramente la pianificazione condivisa delle cure.

Tale termine definisce il processo complessivo che promuove l'emersione e la condivisione dei valori, degli obiettivi esistenziali e delle preferenze delle persone in riferimento alle proprie scelte terapeutiche future. Si tratta di un percorso che non coinvolge la persona solo al momento della manifestazione della malattia ma che la riguarda ad ogni età e in relazione ad ogni stato di salute, con l'obiettivo di assicurare che l'individuo possa ricevere le cure più coerenti con i propri valori e con quanto precedentemente indicato[79].

---

[74] Queste considerazioni in L. Orsi, *cit.*, pp. 26-27.

[75] Art. 1, comma 4, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

[76] Art. 1, comma 5, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

[77] Art. 1, comma 5, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

[78] Art. 1, comma 6, l. 22 dicembre 2017, n. 219. Il comma in esame infatti prevede l'esenzione del medico da ogni responsabilità civile o penale per aver ottemperato alle volontà del paziente. Questa esenzione potrebbe quindi costituire un valido strumento per favorire decisioni prese nel rispetto del principio di autodeterminazione, riducendo significativamente gli spazi della medicina difensiva. Suscita invece qualche perplessità il richiamo alla norma deontologica. Una lettura poco attenta al testo del comma 6 potrebbe infatti indurre a pensare che la fonte deontologica sia equiparabile alla legge, se non addirittura prevalente. Sul punto si veda G. R. GRISTINA, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell'art. 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, pp. 29-30.

[79] C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 41; M. MARTELLONI – S. D'ERRICO, *Fine vita e pianificazione delle cure: una valutazione medico-legale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*,

L'importanza della pianificazione condivisa delle cure è riconosciuta da anni sia a livello internazionale sia nei singoli Paesi, alla luce dei dati riguardanti le principali cause di morte negli Stati occidentali contemporanei. Si registra infatti che la maggior parte dei decessi non sia dovuta ad eventi improvvisi, ma costituisca l'esito di condizioni patologiche mediamente lunghe, il cui decorso è nella maggiora parte dei casi prevedibile[80]. Questi dati evidenziano dunque la rilevanza che può assumere per ogni individuo la capacità di pianificare insieme ai propri medici e familiari il percorso di accompagnamento durante l'evoluzione della malattia e di avvicinamento alle fasi finali dell'esistenza[81].

Con l'emanazione della legge n. 219 anche il legislatore italiano riconosce l'importanza della pianificazione condivisa delle cure, introducendola per la prima volta all'interno del nostro ordinamento.

La nuova disciplina prevede il diritto di ogni persona di realizzare, all'interno della relazione terapeutica, una pianificazione condivisa delle cure con il proprio medico rispetto all'evolversi di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da uno sviluppo inarrestabile con prognosi infausta[82]. Per poter accedere a questo istituto, il paziente deve essere adeguatamente informato sulla possibile evoluzione della patologia in atto, su quanto sia possibile attendersi in termini di qualità della vita, sulle opzioni cliniche di intervento e sull'eventuale accesso a cure palliative, informazioni queste che il paziente, qualora lo desideri, ha il diritto di condividere con i propri familiari[83].

Una volta conclusa la fase informativa, il paziente che intenda elaborare una pianificazione delle cure con il proprio medico è tenuto ad esprimere il proprio consenso informato rispetto ai trattamenti e alle opzioni terapeutiche proposte dal medico, dichiarando contestualmente i propri propositi e intendimenti per le cure future[84]. In questo contesto, il medico e l'*équipe* sanitaria coinvolti nella relazione di cura sono tenuti ad attenersi a quanto pianificato con il paziente qualora questo venga a trovarsi nella condizione di non poter più esprimere il proprio consenso o versi in una situazione di incapacità[85]. Infine, la nuova disciplina prevede, su richiesta del paziente

---

2016, 3, p. 1181 e sgg.; A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2016, 3, p. 1139 e sgg.

[80] I dati riguardanti le più comuni cause di morte in Europa, in Italia e nel mondo sono consultabili in EUROSTAT, *Causes of Death Statistics*, luglio 2018, in https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Causes_of_death_statistics; ISTAT, *L'evoluzione della mortalità per causa: le prime 25 cause di morte. Anni 2003-2014*, maggio 2017, in https://www.istat.it/it/files/2017/05/Report-cause-di-morte-2003-14.pdf; WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Health Statistics*, 2018, in http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1. Da questi documenti emerge che le principali cause di morte sono state ad esempio le malattie cardiocircolatorie, i tumori, le malattie respiratorie, le malattie ipertensive, le malattie cardiache, le forme di demenza, l'Alzheimer e il diabete.

[81] Sui possibili vantaggi derivanti dalla pianificazione condivisa delle cure Z. FRITZ – A. M. SLOWTHER – G. D. PERKINS, *Resuscitation policy should focus on the patient, not the decision*, in *British Medical Journal*, 2017, 356, in https://www.bmj.com/content/356/bmj.j813.

[82] Art. 5, comma 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

[83] Art. 5, comma 2, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

[84] Art. 5, comma 3, l. 22 dicembre 2017, n. 219. Al comma 4 dello stesso articolo viene stabilita la forma con cui deve essere prestato il consenso alla pianificazione delle cure.

[85] Art. 5, comma 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219. In questo contesto si pone il problema di scegliere quale volontà del paziente sia da rispettare nell'ipotesi in cui, nel corso del rapporto terapeutico, il soggetto abbia espresso volontà diverse in merito alla pianificazione delle cure. La questione diventa ancora più complessa

o su suggerimento del medico, la possibilità di aggiornare le cure pianificate, tenendo conto dell'effettivo progresso ed evoluzione della malattia nel corso del tempo[86].
Il legislatore quindi riconosce quale elemento essenziale di questo istituto il collegamento tra la pianificazione delle cure e la manifestazione della malattia. Questo aspetto, preferibilmente da non intendersi in senso restrittivo[87], ne differenzia sensibilmente la disciplina rispetto a quanto previsto in materia di disposizioni anticipate di trattamento (DAT)[88]. Le DAT infatti si caratterizzano per il fatto di prescindere dallo stato attuale di salute o malattia del soggetto, consentendo invece all'individuo di esprimere le proprie volontà *pro futuro*, in vista di mere eventualità che potrebbero in qualche modo coinvolgerlo[89]. La pianificazione condivisa delle cure invece, pur riferendosi ad aspetti che presentano comunque un certo grado di incertezza, riguarda una situazione clinica in parte già in atto, di cui è facile prevedere il decorso e l'esito[90]. Questo elemento consente di far emergere maggiormente le affinità esistenti tra la pianificazione condivisa delle cure e il consenso informato rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento, per cui la pianificazione delle cure diventa espressione di una dimensione diacronica, e non solo sincronica, del consenso informato[91].
Inoltre, un'ulteriore differenza rilevabile tra pianificazione condivisa delle cure e disposizioni anticipate di trattamento riguarda la dimensione informativa. Trattando infatti situazioni cliniche solo astrattamente ipotizzabili, le DAT possono essere redatte in un contesto in cui l'individuo non riesce ad essere pienamente informato nell'esprimere il proprio consenso o rifiuto ad un determinato trattamento. Questo aspetto manca invece nella pianificazione condivisa delle cure, in cui il soggetto è consapevole della propria condizione clinica ed è in grado di pianificare il proprio percorso terapeutico proprio sulla base delle informazioni fornitegli dal medico[92]. Il legislatore infatti prevede in capo al medico l'obbligo di informare il paziente su alcuni aspetti della sua patologia, informazioni che però devono essere fornite semplicemente in termini

---

nelle ipotesi in cui il paziente, proprio in ragione della sua patologia, presenti nel corso del tempo una capacità sempre più limitata. Sul punto si veda C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 45.

[86] Art. 5, comma 4, l. 22 dicembre 2017, n. 219.

[87] In C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 45, l'autore sottolinea come il collegamento tra manifestazione della malattia e pianificazione condivisa delle cure possa essere interpretata in senso estensivo alla luce dei principi enunciati all'art. 1, comma 1 della legge in esame. In questo modo per il paziente sarebbe possibile pianificare le cure anche in un momento precedente alla prognosi.

[88] Sulla nuova disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento introdotta dalla l. 22 dicembre 2017, n.219 si veda S. PENASA, *Disposizioni anticipate di trattamento*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 25 e sgg.

[89] P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, p. 66.

[90] C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 48; P. VERONESI, *cit.*, p. 66.

[91] P. VERONESI, *cit.*, p. 68; C. CASONATO, *La migliore legge oggi possibile*, in *The Future of Science and Ethics*, 2017, 2, p. 108; P. BENCIOLINI, *Art. 5 "Pianificazione condivisa delle cure"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 1, p. 64.

[92] C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, pp. 48-49.

esemplificativi[93]. Infatti, anche in questa ipotesi pare opportuno che il contenuto delle informazioni sia adeguato alla natura e allo stadio della patologia, e sia quanto più possibile personalizzato in base ai reali bisogni del paziente[94]. Inoltre, per garantire una corretta pianificazione delle cure coerente con la volontà del paziente, appare evidente la necessità di provvedere ad una verifica periodica delle informazioni da condividere con il malato, in modo tale da consentire l'aggiornamento del piano di cura anche alla luce dell'evoluzione della malattia e dei progressi della scienza medica[95].

In ragione degli elementi fino ad ora analizzati, sussiste un solo ultimo elemento che possa dare adito a profili di ambiguità: cosa significhi condividere la pianificazione delle cure. L'aggettivo "condivisa" infatti può dare luogo ad alcuni interrogativi riguardanti il ruolo del medico e dell'individuo nella programmazione del piano terapeutico. Da un lato si potrebbe ritenere che in questo processo il medico svolga il ruolo di mero esecutore della volontà del paziente, senza alcun margine di intervento. Dall'altro lato si potrebbe invece credere che la condivisione della pianificazione implichi una necessaria corrispondenza tra quanto consigliato dal medico e ciò che il paziente può scegliere in riferimento alla propria salute[96].

Entrambi questi dubbi interpretativi forse possono essere sciolti attraverso un'attenta lettura della legge n. 219 e dei suoi principi ispiratori.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la legge n. 219 impedisce chiaramente che il medico diventi un mero strumento della volontà del paziente. La legge infatti, pur promuovendo e tutelando la libertà di autodeterminazione del paziente, prevede dei limiti all'esercizio di tale libertà riconoscendo al medico una sua dimensione di autonomia professionale. Questo significa che il medico non è tenuto a rispettare incondizionatamente qualsiasi richiesta presentata dal paziente, ma egli ha il ruolo di elaborare un percorso di cura condiviso con il malato che rientri tra le alternative che il diritto, la deontologia e le buone pratiche cliniche qualifichino compatibile con l'esercizio della professione medica[97].

Per quanto riguarda invece il secondo aspetto, la legge abbandona espressamente l'approccio paternalistico nell'elaborazione del concetto di relazione di cura. Il rapporto tra medico e paziente, nell'intenzione del legislatore, deve essere un rapporto di reale ed effettiva cooperazione tra due differenti soggetti in cui in caso di contrasto tra le due volontà deve però riconoscersi sempre, ove possibile, prevalenza alla volontà del malato[98]. Il medico infatti nel guidare il paziente tra le diverse nozioni e opzioni mediche non può mai sostituire la propria volontà a quella del paziente, essendo la scelta di sottoporsi o meno ad un trattamento sanitario una decisione che riguarda la dimensione morale e valoriale del singolo individuo. La condivisione che caratterizza la pianificazione delle cure si deve quindi esplicare nella fase di comunicazione delle informazioni

---

[93] Si veda G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 2, p. 136 e sgg.

[94] P. VERONESI, *cit.*, p. 66.

[95] P. VERONESI, *cit.*, p. 69; C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 44.

[96] P. VERONESI, *cit.*, pp. 68-69; C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 44-45.

[97] C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 44; P. VERONESI, *cit.*, p.68.

[98] P. BENCIOLINI, *cit.*, p.64; P. VERONESI, *cit.*, p. 68.

riguardante la patologia e le opzioni terapeutiche, consentendo al medico di comprendere le necessità del proprio paziente, senza però mai privarlo del suo diritto a scegliere un percorso terapeutico diverso da quello proposto ma coerente con il suo sistema di valori[99].

6. Una nuova centralità per il paziente.

La legge n. 219 costituisce dunque nel suo insieme un punto di svolta nella disciplina giuridica del consenso informato in Italia. Il legislatore infatti con il suo intervento mostra di voler innovare il concetto di relazione di cura, abbandonando l'impostazione paternalistica che in passato ha sempre caratterizzato il rapporto tra medico e paziente nelle decisioni riguardanti gli aspetti più intimi e personali della vita di ogni individuo.

Il nuovo assetto normativo riconosce la giusta rilevanza al consenso informato, il quale viene finalmente ad essere identificato come un principio generale che deve caratterizzare tutti gli aspetti della dimensione terapeutica, sia nelle operazioni più semplici e routinarie sia nelle scelte che riguardano le fasi conclusive della vita di ciascun soggetto. In questo contesto, il consenso non è più un mero strumento funzionale ad esonerare il medico da possibili responsabilità derivanti dalla propria attività professionale, ma diventa il principio fondamentale in grado di garantire il rispetto della volontà del paziente e di assicurare la sua libertà di autodeterminarsi anche nelle decisioni riguardanti l'ambito medico. L'importanza che la nuova legge attribuisce al consenso informato è infatti fondamentale per l'elaborazione di una relazione di cura sempre più vicina ad una dimensione di vera e propria alleanza tra tutti i soggetti che sono inevitabilmente coinvolti nei processi terapeutici[100].

La rilevanza della creazione di un rapporto sempre più cooperativo tra medico e paziente è inoltre evidenziata dall'introduzione dell'istituto della pianificazione condivisa delle cure. La possibilità di programmare il proprio piano terapeutico vagliando tutte le opzioni possibili insieme al medico incentiva la creazione di un rapporto più solido e dinamico tra i soggetti. La pianificazione delle cure infatti, perché sia effettivamente condivisa, richiede da un lato l'esistenza di contatti solidi, continuati e distribuiti nel tempo tra medico e paziente e dall'altro la possibilità di poter modificare, aggiornare e adeguare le proprie decisioni terapeutiche in base allo sviluppo e al decorso della malattia[101]. In questo modo si valorizza inoltre il principio, esplicitamente previsto dalla legge n. 219, per cui il tempo dedicato al dialogo e alla comunicazione tra medico e malato costituisca una parte fondamentale del processo di cura[102]. Ogni persona ha il tempo e lo spazio per riflettere sulla propria condizione di salute e di elaborare decisioni più consapevoli e coerenti con la concezione che il soggetto ha di sé, che consentano ad ognuno di avere non solo benefici fisici ma anche morali a fronte del trattamento proposto.

Alla luce di questi elementi, pare corretto ritenere che il consenso informato e la pianificazione condivisa delle cure, come prospettati dalla legge n. 219, assumano un ruolo paradigmatico nell'elaborazione di un nuovo modello di relazione di cura[103], in cui la persona diventa realmente

---

[99] C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 45; G. BALDINI, *cit.*, p. 136 e sgg.

[100] S. CANESTRARI, *cit.*, p. 22; L. ORSI, *cit.*, p. 25.

[101] P. BENCIOLINI, *cit.*, p. 65.

[102] P. BENCIOLINI, *cit.*, p. 65.

[103] C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 49.

parte attiva nelle decisioni e nelle questioni riguardanti la sua salute. L'individuo infatti viene riconosciuto quale vero centro della relazione terapeutica, in cui è libero di esprimere, nei limiti di quanto consentito, la propria volontà in base alla propria idea e concezione di dignità umana, senza essere eccessivamente eterodiretto e condizionato dalla volontà del medico che con lui si trova ad interagire.

Pur non essendo una legge di portata rivoluzionaria, pare giusto affermare che la legge n. 219 del 22 dicembre 2017 è una "buona legge buona"[104]. I nuovi e vecchi strumenti messi a disposizione dell'individuo contribuiscono infatti a ribadire l'importanza e il valore delle scelte che ogni soggetto compie in relazione alla propria esistenza[105], con l'auspicio che in futuro venga garantita un'attuazione effettiva dei diritti e dei principi elaborati dalla nuova disciplina, senza ledere il diritto di ogni persona ad autodeterminarsi nelle proprie decisioni.

[104] Così definita in S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (ddl recante «norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2017, 3, p. 975 e sgg.

[105] C. CASONATO, *La pianificazione condivisa delle cure*, in M. RIDOLFI – C. CASONATO – S. PENASA (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Giuffrè, 2018, p. 49.

Il diritto all'autodeterminazione: disposizioni anticipate di trattamento.

di ***Antonella Nurra*** *(Dottoranda - Università di Sassari)*

Il presente lavoro cercherà di fornire una visione d'insieme quanto più completa possibile sulle cd disposizioni anticipate di trattamento.
L'analisi muoverà dall'esame dei principi consolidati nell'elaborazione giurisprudenziale fino alla loro consacrazione, per la prima volta, con la legge 219/2017, che segna una tappa fondamentale nel cammino per la valorizzazione della libertà di autodeterminazione delle scelte terapeutiche.
Secondo la definizione data dal CNB, per testamento biologico si intende quel complesso di disposizioni con le quali "una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato".
Con l'espressione "advance health care directives" invece si indicano le disposizioni di volontà pro-futuro, esprimendo il consenso o il rifiuto di determinati trattamenti in previsione di una possibile incapacità.
Questo tipo di documentazione non necessariamente dovrebbe implicare la volontà di porre fine alla propria vita, in quanto si richiedono alcuni trattamenti e se ne rifiutano altri, determinando la volontà del paziente riguardo gli interventi sanitari desiderati.
Tuttavia, la prassi giuridica e più in generale il dibattito bioetico e giuridico hanno uniformato il concetto di disposizioni anticipate con quello di testamento biologico sia in merito al rifiuto del paziente a qualsiasi trattamento sanitario terapeutico, sia riguardo al valore vincolante delle scelte fatte dal paziente.
Il caposaldo da cui partire nell'ambito delle scelte terapeutiche è rappresentato dal principio del consenso informato, definito dalla Corte Costituzionale un "vero e proprio diritto della persona", e il testamento biologico dovrebbe rappresentare lo strumento a disposizione della persona per far valere le proprie volontà anche nel caso in cui venisse a trovarsi in uno stato di incapacità.
L'evolversi delle conoscenze scientifiche e il miglioramento dei trattamenti sanitari iniziano però a delineare scenari di "cronicizzazione" della sofferenza e della malattia. Ciò ci pone dinanzi ad alcuni interrogativi, oggetto di analisi: le dichiarazioni anticipate di trattamento possono essere considerate un'estensione del consenso informato? È possibile ricostruire la volontà presunta del paziente incapace in base alle precedenti dichiarazioni?
Il lavoro si completerà comparando le diverse soluzioni normative applicate negli altri ordinamenti nazionali.

This current work will try to provide an overview as complete as possible on the anticipated layout treatment.

The analysis will move from the examination of the consolidated principles in the jurisprudential processing until its consecration, for the first time, with law 219/ 2017, marks an important stage, in exploiting the path for the freedom of self determination on the therapeutic choices.
According to the data definition, for the biological testament from CNB, for biological testament we mean that complex of layout in which 'a person, gifted with full capacity, expresses its wish regarding the treatments in which you'd fancy or wouldn't desire to be subject in cases in which, during an illness or a sudden traumas, is unable to express consent or its informed disagreement. With the expression "advance health care directives" instead it is layed out a pro future will express consent or denial of certain treatments in a possible forecast of inability.
This type of documentation does not necessarily imply the will to end one's life, in which some treatments are required and others are rejected, determining the will of the patient regarding the desired health interventions.
Nevertheless, the legal procedure and more generally the biotic and juridical debate have standardized the concept of an anticipated layout with that of biological testament both with regards to the patient's refusal or whatever other health therapeutical treatment, both considering the binding value of the choices made by the patient.
The stronghold from which to start the areas of the therapeutic choices is represented by the main consent defined by the Constitutional Court a "true right of the person" and the biological testament should represent the means available to the person to assert their own will, even in the case of incapacity situation.
The development of scientific knowledge and the improvements of the health treatments however will begin to outline scenarios of "chronicity" of the suffering and of desease.
This puts forward some questions on object of analysis: the anticipated treatment declarations can be considered an extension of informative consent? Is it possible to reconstruct presumed unable patient's wish on the bases of earlier statements?
The work will be completed by comparing the different regulation solutions applied in other national laws.

L'articolo 32 della Costituzione della Repubblica Italiana afferma, al comma primo, che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti e, al comma secondo, che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.
Al diritto alla salute si aggiunge quindi il diritto alla autodeterminazione per cui la volontà del paziente è il principio fondante delle scelte terapeutiche. Questi principi della nostra Carta Costituzionale sono stati riaffermati pienamente dalla Suprema Corte,[1] dalla Convenzione di

[1] Cassazione penale, Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, c.d "Sentenza Massimo". Tale sentenza ha in particolare affermato il principio per il quale il chirurgo che, in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta; sicchè egli risponde del reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte

Oviedo del 1997[2], dalla Carta dei Diritti Fondamentali della Comunità Europea[3] e dal Codice di Deontologia Medica[4].
In particolare, il Codice di Deontologia Medica all'articolo 38 prevedeva le "Dichiarazioni anticipate di trattamento" ed affermava che "il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace, successive ad una informazione medica di cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati.(..)".
Ma la questione è ben più vecchia, già il 18 Dicembre 2003 il Comitato nazionale per la bioetica aveva evidenziato l'opportunità di una normativa su questa materia, evidenziando alcuni criteri applicativi.
Il lungo cammino, risultato dell'unificazione di oltre 20 proposte depositate da parlamentari di una delle due Camere[5] e animato da un forte dibattito anche nei giorni immediatamente successivi all'approvazione della legge, soprattutto a opera di chi ne evidenzia limiti e possibili rischi, si conclude il 22 dicembre 2017 con l'emanazione della Legge N. 219[6], meglio conosciuta come legge sul biotestamento, che agli artt. 1, 4 e 5 tratta specificamente delle "Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento".
L'avvenuta approvazione della legge rappresenta il punto di arrivo dei lavori parlamentari, ma può essere considerata il punto di partenza per le dinamiche applicative e etiche che la nuova normativa produrrà nel tessuto sociale italiano e nel sistema sanitario, dando una risposta alle attese di quanti intendono "morire con dignità".
Ci si chiede come mai si sia arrivati all'esigenza di formulare una legge specifica sul fine vita.
La risposta non è univoca, ma affonda saldamente le radici nel tessuto sociale odierno[7] e può essere ricercata nella stessa nostra società moderna che, diventata iper-tecnologica, consente alla

---

[2] Convenzione di Oviedo, 4 aprile 1997; ratificata dall'Italia con la legge 28 marzo 2001, n. 145. Nella Convenzione all'art. 9 "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, sono tenuti in considerazione"
[3] G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, 5/2018, 28 febbraio 2018; P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZERRI -A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino 2014, cap. 7
[4] Nuovo Codice di Deontologia Medica approvato dal Consiglio Nazionale della FNOMCeO il 18 maggio 2014
[5] La prima fu presentata in occasione della prima seduta del Senato, il 15 marzo 2013. Prima di quella approvata a fine 2017, nessuna delle proposte presentate lungo oltre un decennio aveva però terminato il proprio iter, nemmeno sull'onda dell'emozionalità provocata da travagliate vicende come quelle di Piergiorgio Welby (2006), Eluana Englaro (2009). Vedi a tal proposito A. SANTOSUOSSO. *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. Comm.*, 2009, II, p.127. La vicenda di Fabiano Antoniani (noto come DJ Fabo) si inserisce in un contesto diverso da quello contemplato dalla nuova normativa poiché la stessa non contempla la scelta eutanasica che pone biologicamente fine con un intervento diretto e volontario alla vita di una persona. In argomento v. D. NERI, *Note sul documento del CBN sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento"*, in *Bioetica*, 2/2004, p. 188
[6] Legge n. 219 del 22 dicembre 2017 - G.U. n. 12 del 16/01/2018
[7] F.D.BUSNELLI, *La dimensione della fragilità lungo il percorso della vita umana*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, p. 19; F. INTRONA., *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2005, 7,1, p.9-30

medicina di prolungare *sine die* la vita del paziente, anche se questi è incosciente, ha perso le funzioni celebrali e può sopravvivere solo alimentato artificialmente[8].
Si è sentita la necessità, paradossalmente, di tornare al tempo di Ippocrate quando affermava che l'elemento più importante è l'uomo e non la malattia, rimettendo al centro la figura del paziente, ascoltandone le esigenze emotive, fisiche e psicologiche, cercando di rispettarne i limiti oltre i quali non si ritiene dignitoso e conveniente spingersi[9].
In un quadro complesso in cui si intrecciano problemi di biodiritto, posizioni filosofiche e religiose, ideologie individualistiche e solidaristiche e in cui la legge civile mal si coordina con la legge penale, l'intervento legislativo si è reso necessario per sgomberare da equivoci e attribuire certezza nel rapporto giuridico: (1) la stessa norma garantisce fondamento giuridico, validità e effetti al diritto all'autodeterminazione, consentendo a tutti di disporre in ordine al divieto di iniziare o di proseguire il trattamento consistente nelle procedure di sostegno vitale in condizioni terminali o atte a procrastinare per breve tempo il processo del morire; (2) le dichiarazioni dell'interessato prevarrebbero rispetto a qualsiasi altra volontà imputabile a congiunti, parenti, medici, giudici; (3) viene previsto l'esonero da qualsiasi responsabilità del medico curante o degli operatori sociosanitari coinvolti.
Il diritto alla salute e all'integrità psico-fisica è strettamente correlato al consenso informato[10]; tale diritto è rimesso in linea di principio alla capacità dell'individuo di autodeterminarsi essendo i trattamenti sanitari liberi[11].
Il legislatore ha cosi normato la possibilità per ogni singolo individuo di esprimere, dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle proprie scelte, le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, il consenso o il rifiuto su accertamenti diagnosti, scelte terapeutiche e singoli trattamenti sanitari, in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi.
Le dichiarazioni anticipate di trattamento, espressione della unilaterale iniziativa della "persona", indipendentemente da una relazione di cura con un medico, riservano all'interessato il diritto di esprimersi sui trattamenti sanitari che lo concernono ed il diritto di scegliere la persona che potrà provvedere in suo luogo[12].

---

[8] S. RODOTÀ, *La vita e le regole, tra diritto e non diritto,* Milano, 2007; RODOTA' S., *Laicità e governo sulla vita,* in *www.partitodemocratico.it, 2010*
[9] L'aggiornamento del tradizionale giuramento di Ippocrate è espresso nell'ultima edizione della Dichiarazione di Ginevra, elaborata e approvata nell'ottobre 2017 dal World Medical Association (WMA, Associazione medica mondiale)
[10] F. GIARDINA, *Qualche riflessione sul consenso al trattamento medico (con particolare riguardo alla legge 219/2017)* in *Rivista Italiana di Cure Palliative, XX (2),* 2018; TOMMASI S. *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv it. di proc.*, 2003, p.559
[11] S. FUCCI *La costituzione come base: libertà personale e diritto alla salute* in *La Professione Medicina Scienza Etica e Società,* 2008, 1, p. 30-33; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana,* Bologna, 2004, p. 159; S. PATTI, *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in *Testamento biologico*, Milano, 2006
[12] U. VERONESI, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza"*, Mondatori Milano 2005

Sono un ulteriore strumento che rafforza l'autonomia individuale e il consenso informato nelle scelte mediche o terapeutiche, principi che danno sostanza al diritto del cittadino all'integrità della persona[13].

La redazione delle DAT può avvenire in diverse forme[14], mediante atto pubblico, scrittura privata autenticata o scrittura privata consegnata personalmente all'Ufficio di Stato civile del proprio comune di residenza, il quale provvederà all'annotazione in un apposito registro.

Tali dichiarazioni potranno essere consegnate personalmente presso le strutture sanitarie, nei casi in cui le Regioni dispongano di una gestione della cartella clinica in modalità telematica.

Dal punto di vista pratico non sono state ancora definite, data la recentissima entrata in vigore della legge, le modalità di condivisione delle DAT fra comune e struttura sanitaria e fra il medico di base, il medico curante e i vari attori sanitari.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha espresso un parere, su richiesta del Ministero della Salute, in merito alla creazione della Banca dati precisando che la stessa deve contenere, se richiesto dall'interessato, una copia della disposizione di trattamento, l'indicazione del fiduciario o l'indicazione della loro reperibilità.

Tale precisazione trova la *ratio* "nella circolazione nazionale delle informazioni. Infatti, le informazioni possono essere conosciute su tutto il territorio nazionale e il registro può essere messo a disposizione anche per chi non è iscritto"[15].

Qualora il soggetto non sia in grado di prestare le proprie dichiarazioni, le stesse potranno essere espresse attraverso videoregistrazioni o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare.

Con gli stessi strumenti, le disposizioni potranno essere in ogni momento rinnovate, modificate e revocate. Sono esenti dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo o imposta. Non sono esenti da onorario.

Nel caso in cui "ragioni di emergenza o di urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste nei periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico con l'assistenza di due testimoni"[16].

Il primo comma dell'art. 4 definisce il contenuto delle disposizioni anticipate di trattamento, negozio giuridico a contenuto non patrimoniale, unilaterale, non recettizio, sottoposto a condizione sospensiva.

Il disponente deve essere maggiorenne e capace di intendere e di volere; l'accertamento di quest'ultima capacità è normale funzione del notaio, non lo è, invece, e questo è elemento di

---

[13] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 2, 3, 8 Vedi *"Pretty vs The United Kingdom"* Strasbourg 29 aprile 2002, in *Bioetica*, n.2, 2002, p. 322 e ss e Convenzione sui diritti dell'uomo e della biomedicina art. 5,6 9

[14] A tal proposito il Consiglio di Stato comm. spec. del 31 luglio 2018 n. 1991 stabilisce che "Il Ministero della Salute deve essere l'unico responsabile della creazione di un modulo tipo capace di facilitare la sottoscrizione delle DAT da parte del cittadino. Il compito del Ministero è fondamentale. E' necessario creare efficaci e costanti strumenti di monitoraggio del funzionamento della norma"

[15] Parere Consiglio di Stato comm. spec. 31 luglio 2018 n. 1991; vedi F. DE LORENZO, *L'importanza della comunicazione e dell'informazione*" in *La Professione Medicina Scienza Etica e Società*, 2008; 1, p. 95-97

[16] G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico,* in *Vita not.*, 2007, p. 25; L. ALICI, G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate,* in *Testamento biologico*, Milano, 2006, p.46

criticità, per l'ufficiale dello stato civile a cui possono essere consegnate direttamente per scrittura privata non autenticata.
Accertare la capacità non è sufficiente se non si accerta altresì la libertà.
Il soggetto redige le DAT "in previsione di una futura incapacità di autodeterminarsi" e qui riscontriamo la differenza rispetto al consenso informato ed alla pianificazione condivisa delle cure di cui agli art. 1, 2 e 5 della legge, che a differenza delle DAT vengono raccolte dai medici.
La legge stabilisce, inoltre, che il disponente debba sottoscrivere le DAT solo dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte.
Le DAT non possiedono alcun vincolo di contenuto, pertanto il diretto interessato è libero di limitarlo ad una determinata malattia o estenderlo a tutte; può nominare anche un fiduciario, anche lui maggiorenne e capace di intendere e di volere, che ne faccia le veci e ne rappresenti la volontà nelle relazioni con il medico e le strutture, in particolar modo qualora il diretto interessato non fosse più in grado di esprimersi autonomamente[17].
Dalla previsione normativa l'utilizzo del verbo "può" ammette la validità delle DAT anche se le stesse non contengono la nomina del fiduciario. Il fiduciario può sempre rinunciare all'incarico con atto scritto, comunicato al disponente, cosi come il disponente può sempre revocare, con le stesse modalità, senza obbligo di motivazione.
Le DAT sono sempre vincolanti, principio espresso a chiare lettere nella legge nell'ambito della quale si pone come diretta conseguenza dell'altrettanto chiaro principio della centralità assoluta della volontà del disponente.
Ulteriore conseguenza della vincolatività delle DAT è rappresentata dai casi tassativi nei quali esse si possono disattendere: palese incongruità delle disposizioni, non corrispondenza alla condizione clinica attuale del paziente o sussistenza di terapie nuove, vale a dire non prevedibili all'atto della sottoscrizione.
In questo contesto, il trattamento medico assume una connotazione di proporzionalità e appropriatezza clinica, determinate dalla competenza del medico curante, che conosce il paziente e la sua storia[18], concordemente con il giudizio del malato, che sa quanto è disposto a sopportare e in cambio di cosa.
Si apre quindi la strada ad un dialogo bilaterale e integrato fra gli attori principali della questione[19].
Traspare la radicale ridefinizione del ruolo del medico che risulta titolare, nel rapporto con il paziente, di una serie di obblighi:
• l'obbligo di informazione, in base al quale nel caso in cui il paziente rinunci o rifiuti un trattamento sanitario necessario alla sopravvivenza, il medico deve prospettare le conseguenze della scelta ponendo la comunicazione come parte integrante della cura;

---

[17] Gruppo di studio sulla Bioetica *Custodire le relazioni: la posta in gioco delle DAT* in Aggiornamenti Sociali, 8-9, 2017, p. 585-587; F.TUROLDO, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, un testamento per la vita,* Padova, 2006, p. 125
[18] G. IADECOLA, *La Responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente,* Cass. Penale, 1998, p. 953-8; A. FIORI, G. IADECOLA,, *Lo Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosidetto diritto di morire, criteri di accertamento del nesso di causalità,* in *Riv. It. Med. legale*, n. 1, 1996, p. 311-316
[19] C. GARUFI, *Il diritto ad essere informati e la responsabilità del medico,* in *Riv. Giur.di merito,* 2011, p. 6; U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi,* Milano, 2005, p. 42

• l'obbligo di alleviare le sofferenze del malato che si manifesta nell'obbligo di astenersi da utilizzare cure irrazionali o trattamenti inadeguati;
• l'obbligo fondamentale di rispettare la volontà espressa dal paziente all'osservanza del quale il medico è esonerato da ogni responsabilità civile o penale;
• la possibilità limitata e tassativa per il medico di disattendere le disposizioni anticipate di trattamento.

Tale volontà viene valorizzata anche per il minore o per il soggetto incapace. In tali ipotesi il consenso informato al trattamento sanitario è espresso o rifiutato dal genitore o dal tutore. Nel caso in cui sorga conflitto tra il rappresentante legale dell'incapace e il medico, qualora cioè il rappresentante legale rifiuti le cure che il medico ritiene invece necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare che dovrà naturalmente, *ratio legis*, orientare la propria decisione sulla base della ricostruzione della reale volontà del soggetto incapace.

La legge introduce la nozione di trattamento sanitario quale oggetto del consenso informato, profilo questo di significativo cambiamento.

In particolare, la legge precisa che "sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale"[20], quando si tratta di somministrazione di nutrienti mediante dispositivi medici, escludendo quindi il caso in cui siano somministrate da un essere umano.

È proprio attraverso la specifica qualificazione di tali ipotesi di trattamento terapeutico che la legge giunge a ricomprendere nel suo ambito di operatività il tema del fine vita.

Le disposizioni anticipate di trattamento vengono dunque costruite anch'esse secondo il modello del consenso informato anticipato.

Come è facile immaginare il tema costituisce un terreno fecondo di riflessione etica, coinvolgendo allo stesso tempo questioni pratiche di sicura importanza.

Una riflessione riguarda l'autonomia del paziente che alcuni considerano assoluta ed sproporzionata[21]. Sarebbe più appropriato parlare di autodeterminazione "affievolita" del paziente, che "non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali"[22], quali eutanasia e suicidio assistito, non contemplate nella normativa italiana.

Viene così richiamato il criterio dell'appropriatezza clinica dei trattamenti e il medico continua ad agire all'interno della sua deontologia; può opporsi alla richiesta di sospensione di un trattamento qualora egli ritenga, secondo la sua competenza che rimane indiscussa, che le cure suggerite possano effettivamente salvare la vita della persona, salvaguardandone la dignità, oppure contribuiscano al miglioramento sensibile delle sue condizioni di vita. Questo certo non elimina qualsiasi dubbio sul comportamento da tenere in relazione a ciascun caso.

Potrebbe infatti capitare che non vi sia coincidenza tra appropriatezza clinica e proporzionalità delle cure. "Per stabilire se un intervento medico clinicamente appropriato sia effettivamente proporzionato non è sufficiente applicare in modo meccanico una regola generale". E' "doveroso da parte di un medico astenersi dal somministrare delle cure, anche clinicamente appropriate, ma

---

[20] D. PULITANO', *Il diritto penale di fronte al suicidio,* in *Diritto Penale Contemporaneo,* n. 7/2018, p. 57

[21] A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi, illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio,* in *Diritto Penale Contemporaneo* , 14 giugno 2018, p. 14

[22] Art. 1, c. 6 Legge 219/2017

che potrebbero essere ritenute sproporzionate dal paziente"[23], che diventa quindi soggetto e non più oggetto della terapia.
Questo percorso risulta particolarmente impegnativo "nell'odierna attività medica, in cui la relazione terapeutica si fa sempre più frammentata e l'atto medico deve assumere molteplici mediazioni, richieste dal contesto tecnologico e organizzativo".[24]
Si potrebbe presentare quindi il caso di un paziente che rifiuta un trattamento ritenuto appropriato dal medico che lo cura. Questa eventualità può verificarsi quando la rinuncia alle terapie è il sacrificio in nome di un bene superiore: è il caso ad esempio della donna incinta malata di tumore che rinunci alle cure per portare a termine la gravidanza. Il giudizio morale può presentarsi, caso per caso, più problematico rispetto alla possibilità giuridica di una rinuncia consapevole delle cure.
Lo stesso dibattito riguardo ai criteri di riferimento può sorgere sulle espressioni "breve termine" o "imminenza" utilizzate nell'art. 2, c. 2 della Legge citata. La norma obbliga il medico ad "astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione di cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati" nei casi di "prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte"[25].
Colpisce nella norma quel verbo "deve". In pratica si mette il medico di fronte ad un obbligo, in una situazione che nella realtà non è definita con precisione.
Quale è il significato dell'espressione "a breve termine"? Giustamente si è notato che tale espressione, così come "imminenza", sono molto aleatorie e la legge adopera indicazioni che valgono nella cura di qualunque malato.
Pure in situazioni che non sono di fine vita non è legittimo ostinarsi irragionevolmente a somministrare trattamenti sproporzionati. Questa pretesa potrebbe mettere in crisi la relazione chiave in ogni percorso di cura, tra il paziente e il medico. "Questa alleanza è una delle molle più formidabili a spingere gli operatori di salute a cercare sempre il meglio in un rapporto che nulla ha a che vedere con rigide formule di presa in carico (e di "scarico")"[26]. Un rapporto che purtroppo viene stravolto se si impone il rispetto di una volontà che può potenzialmente intaccare la salvaguardia della salute e della vita. Anche se la fase in cui la morte si approssima riveste una particolare delicatezza, valgono comunque i criteri di trattamento che sempre regolano l'attività medica[27].

---

[23] Messaggio di Papa Francesco inviato ai partecipanti al World Medical Association (WMA) del 07 novembre 2017. Il pensiero critico ha come un punto di partenza la Persona rimessa al centro e alla quale viene assegnato, in un'epoca dove tutto (s)corre, il ruolo di protagonista ultimo di quella che, in fondo, è la sua vita

[24] C. CASALONE, *Vivere il morire con umanità e solidarietà,* in *La Civiltà Cattolica,* IV, 2017, p. 533-545.

[25] Corte di Cassazione, sez. I Penale, 12 giugno 2018, n. 26899. La Cassazione opportunamente precisa che l'imminenza di morte si ha solo "con prognosi di poche ore o poco più"

[26] P.M. ROSSINI E R. BEMABEI R.. *Questa legge sul fine vita travolge le relazioni di cura, travolge le relazioni di cura* in https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/questa-legge-sul-fine-vita-stravolge-le-relazioni-di-cura, 2018

[27] D.P. SULMASY, *The clinical decision making process for the elderly patient at the end of life: upholding the tradition,* in Carrasco de Paula I, Pegoraro R, eds. *Assisting the elderly and palliative care: proceedings of the 21st General Assembly of Members, Pontifical Academy for Life,* Vatican; 2015:83-99 p.7

Il risvolto etico della questione riguarda invece il momento storico ed emotivo in cui vengono redatte le DAT: i potenziali pazienti che non hanno ancora affrontato gli aspetti invalidanti e degenerativi della patologia diagnosticatale, possono determinare con certezza il punto limite o le cure a cui si preferisce sottoporsi. Entrano poi in gioco una molteplicità imprevedibile di fattori che potrebbero di fatto ribaltare del tutto o modificare le decisioni prese "ora per allora".
Le DAT sono però rettificabili in qualsiasi momento, e vengono sottoposte a verifica prima di attuarle, accompagnando la persona malata ad un'elaborazione convinta e ponderata delle scelte finali.
Sono un filo che permette al paziente di far pervenire la propria volontà anche in momenti in cui non è più in grado di farlo direttamente. Per questo viene incentivata la comunicazione costante con il medico curante e la pianificazione condivisa delle cure.
A tal proposito si è posto il problema dell'abbandono terapeutico, ipotizzando erroneamente che nel momento in cui un paziente rifiuti le cure prescritte, l'équipe medica non se ne prenda più cura abbandonandolo al proprio destino. L'articolo 2 della legge stabilisce invece inequivocabilmente che i medici hanno il dovere di garantire sempre una terapia del dolore appropriata e l'erogazione delle cure palliative, nel pieno adempimento della vocazione medica che prevede il prendersi cura della persona, preservandone la dignità.
Ma come sarà possibile provvedere alla piena attuazione della legge se i funzionari e il personale medico dovranno operare nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica?
Sarà necessario attendere gli sviluppi applicativi della legge, soprattutto nel particolare momento storico che sta attraversando il nostro Paese.
Se diamo un occhiata alla normativa dei vari Paesi europei il quadro risulta variegato. I primi interventi legislativi hanno preso a modello le leggi introdotte nell'America del Nord[28]. I siti americani e canadesi pullulano di informazioni sul "*living will"*, ne propongono modelli e ne è nato persino un settore professionale che serve da guida, consiglio e strumento operativo per il cliente[29].
La maggior parte degli Stati degli Stati Uniti, ad esempio, attraverso l'Uniform Rights of the Terminally Act, recepisce l'impostazione dell'autodeterminazione della persona, la quale può esprimere il proprio consenso informato, anche tramite una registrazione video (se non vi è altra possibilità di esternare la volontà). Nel caso in cui ciò non sia più possibile si farà ricorso all'istituto dell'amministratore di sostegno, il quale sarà legittimato a dichiarare l'effettiva scelta del soggetto.
In alcuni Paesi, poi, esiste una normativa che assegna valore legale e vincolante alle volontà del paziente, espresse anche prima di ammalarsi o di ritrovarsi nella condizione di non poterle più

[28] L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate .Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, Milano, 2000, n. 39, p. 77; P. DELBON, A. CONTI, *Gli orientamenti in materia di direttive anticipate presenti in alcuni Paesi europei* in *La Rivista Italiana di Cure Palliative*, 2006, 3, p. 36-43
[29] Tra i siti più significativi v, www.,uslivingwillregistry.com; vedi N.M. MOSELLI, F. DEBEMARDI, F. PIOVANO, *Sospensione dei trattamenti di supporto vitale. Differenze e similitudini tra Nord America ed Europa* , Il Dedalo, Settembre 2007, p. 19-27

esplicitare,[30]anche se in quasi tutte le nazioni esistono condizioni specifiche o anche limitazioni al valore legale del testamento biologico.
In Germania, dal 2009, sono normate le ipotesi di testamento biologico e la possibilità del soggetto di autodeterminarsi. Ma la persona, in tale percorso, è coadiuvata da un amministratore di sostegno e dal proprio medico curante, i quali consentono di rendere effettiva la volontà del soggetto amministrato. In assenza di questa, la decisione appartiene alla competenza degli organi giurisdizionali[31].
Nei Paesi Bassi, invece, è possibile per il paziente esprimere una dichiarazione di trattamento, anche in ordine ad un evento interruttivo dell'esistenza. Tale richiesta è subordinata alla valutazione di due medici (dei quali uno terzo ed imparziale) i quali sono chiamati ad esporre un giudizio sulle possibilità in ordine alla vita del paziente.
Nel Regno Unito, sulla scorta del Mental Capacity Act approvato nel 2007, viene consentito al soggetto interessato di poter esprimere le proprie volontà anche in ordine ai trattamenti relativi al suo stato di salute, compreso il rifiuto totale del trattamento sanitario. Il *Living will* si presenta, pertanto, vincolante per il medico, purché valido ed applicabile.
In Spagna, nonostante il regime franchista illiberale abbia governato fino alla metà degli anni settanta e nonostante la pressante presenza della componente cattolica, il testamento vitale è ammesso già dalla fine degli anni '90. Esso si compone di due parti; nella prima, il paziente individua le terapie mediche a cui intende sottoporsi nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità, e vengono enunciati i principi fondamentali su cui si fonda la richiesta. Con la seconda parte, viene analizzato l'eventuale rifiuto di rimedi sproporzionati o straordinari in situazioni ove non è prospettabile la guarigione, il dissenso a non prolungare irrazionalmente il processo di morte. L'ultima riforma è intervenuta con la Legge n. 41387 del 2002 con la quale agli artt. 11 e ss. vengono disciplinate le direttive anticipate di volontà. Viene nominato un rappresentante il quale ha il compito di dare attuazione alle direttive e di instaurare un rapporto con i medici[32].
Ci sono Paesi, come la Svezia, in cui non è prevista la possibilità di stabilire in anticipo quali trattamenti accettare o rifiutare e in quali condizioni. In Svezia i pazienti devono comunque acconsentire ai trattamenti sanitari e i trattamenti possono essere interrotti se il paziente lo chiede, nel caso comprenda appieno le conseguenze della sua richiesta. Dunque, pur in assenza di una normativa sul testamento biologico, è possibile il configurarsi di casi di eutanasia passiva.

---

[30] E. STEFANINI, *Direttive anticipate di trattamento, un percorso europeo* in *Dir. Pubbl..comp. eur., 2006, p. 688*

[31]Tale figura è disciplinata dalla legge di riforma del diritto di tutela e curatela per maggiori di età del 12 settembre 1990 - Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für volljährige (Betreuungsgesetz) - BGB l. I 1990, 2002, entrata in vigore il 1° gennaio 1992. Tale istituto, che nasce come forma di protezione ed assistenza in favore dei maggiorenni incapaci, può trovare applicazione anche nei confronti di soggetti che, pur non essendo del tutto incapaci, non sono in grado di gestire autonomamente i loro affari, a causa di un impedimento fisico o psichico. La nomina del Betreuer viene fatta dal giudice tutelare, qualora non esista già un procuratore o altro ausiliario, e può avvenire d'ufficio o su richiesta del soggetto interessato prima del sopravvenire dell'incapacità; vedi A. VAN DER HEIDE, L. DELIENS, K. FAISST, T. NILSTUN, M. NORUP, E. PACI. et al. *End of life decision making in six European countries: descriptive study* in *The Lancet* 2003, 362, p. 345-350

[32] E. R. TRIA, *La protezione giuridica dell'incapace nell'esperienza spagnola,* in G. FERRANDO e G. VISENTINI, (a cura di) Follia e diritto, Torino, 2003, p.111

In Svizzera, Belgio, e Lussemburgo è consentita l'eutanasia attiva o il suicidio assistito a determinate condizioni.
Ma la vera eccezione è rappresentata dalla Francia: il testamento biologico è previsto dalla normativa vigente, ma non ha un valore legale vincolante. Le anticipazioni del paziente hanno piuttosto un valore consultivo e devono essere valutate dal medico.
In conclusione, dalle brevi note esposte è doveroso osservare come tale questione così delicata integri così le conoscenze etico-morali come quelle più strettamente giuridiche per poter trovare una risposta adeguata. Ciò in quanto il dolore e la sofferenza, in tali ipotesi, riguardano il labile confine fra il diritto alla vita ed il diritto per la vita. E la scelta tocca non solo la difesa degli interessi del singolo ma soprattutto di quelli dell'intera comunità, nella quale la persona è chiamata ad operare.

"Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura": l'approccio narrativo nella Legge n. 219 del 2017.

di ***Caterina Iagnemma*** *(Assegnista di ricerca in Diritto penale - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)*

L'equazione tra il concetto di cura e quello di comunicazione posta dall'art. 1, co. 8, della l. n. 219/2017 compendia in sé l'essenza dell'approccio terapeutico di tipo patient centred. Diversamente dall'impostazione contrattualistica che presuppone una conflittualità tra le parti da risolversi necessariamente mediante un accordo (il consenso), la medicina orientata sul paziente promuove l'idea di una relazione medica empatica: nell'ambito della quale può trovare spazio anche la dimensione soggettiva, oltre che quella più strettamente biologica, della malattia. In quest'ottica, la medicina narrativa – intesa quale modalità di intervento clinico-assistenziale basata sulla comunicazione tra medico e paziente – risulta essere tra gli strumenti più validi per l'instaurazione di un rapporto autenticamente comunicativo. Il cui esito, a ben vedere, è dato dalla pianificazione condivisa del percorso terapeutico. La centralità della dimensione relazionale si evince, altresì, dall'art. 4, co. 1, della l. n. 219/2017, a norma del quale le disposizioni anticipate di trattamento possono essere espresse solo «dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche». Al di là di tale iniziale affermazione, però, la norma non si sofferma sulle modalità di attuazione – per così dire – in concreto della componente dialogica del rapporto medico/paziente: nell'ambito della disciplina sulle modalità redazionali delle DAT (vd. art. 4, co. 6), infatti, il concetto di comunicazione non trova un riscontro adeguato. Il contributo si propone, quindi, di comprendere se e come nell'ambito della normativa sulle disposizioni anticipate di trattamento sia possibile ricomporre l'equazione tra cura e comunicazione, orientando la relazione tra medico e paziente verso una narrazione terapeutica.

The equation between care and communication described by Article 1, co. 8, l. n. 219/2017 summarizes in itself the essence of the patient-centred approach. In contrast to the conflicting point of view adopted by the contractual model of the patient-physician relationship, this approach promotes an empathic relationship considering both the disease and the illness. In order to construct this type of personal connection, it seems essential to encourage physicians to use the narrative medicine: a 'clinical model' based on the communication between clinicians and sufferers. Advance care planning can be considered as the best result of the doctor-patient alliance established through this narrative approach to the illness. The importance of the relationship also appears from Article 4, co. 1, l. n. 219/2017, according to which, advance directives can be expressed only «after having received appropriate medical information». Except for this general reference to information, the law does not outline any concrete ways for implementing the dialogue between doctor and patient. This work aims to understand whether, and how, the equation between care and communication established by Article 1 shall also apply to advance directives.

Sommario: **1.** Premessa: il senso della narrazione in medicina – **2.** L'affermazione dell'approccio narrativo nella legge n. 219 del 2017 – **3.** Il "ruolo" del dialogo nella pianificazione condivisa delle cure – **4.** (segue) …e nell'ambito della disciplina sulle DAT – **5.** Comunicare…*per decidere*.

1. Premessa: il senso della narrazione in medicina.

Con il termine *medicina narrativa* si indica una «modalità di affrontare la malattia tesa a comprenderne il significato in un quadro complessivo, sistemico, più ampio e rispettoso della persona assistita»[1].

Si tratta, cioè, di una concezione «olistica»[2] – nota anche come «*medicina patient centred*»[3]– che si sofferma non solo sui segni e i sintomi *esteriori* della patologia, ma anche sull'esperienza *soggettiva* della malattia[4].

Quest'ultima dimensione dell'infermità, al pari di quella fisico-chimica, deve essere indagata e curata con rigore.

In vista di ciò, occorre *dialogare*: in tal modo, infatti, si stabilisce un rapporto di fiducia che consente al paziente di narrare liberamente la *sua* malattia e al medico, destinatario di tale racconto, di svolgere più correttamente la funzione 'di supporto' delle scelte del malato[5]. Così che quest'ultimo, «da oggetto di applicazione delle conoscenze scientifiche del medico», possa diventare «un soggetto protagonista dell'incontro»[6].

Al contrario di quanto potrebbe apparire *prima facie*, occuparsi anche degli aspetti non strettamente biologici della malattia non significa affatto rinunciare alla scientificità della

---

[1] A. VIRZÌ *et al., Medicina narrativa: cos'è?,* in *Medicina Narrativa,* 2011, 1, p. 10, i quali chiariscono che la «medicina narrativa non è altro che il recupero della storia del paziente nel senso più profondo del termine, che va certamente oltre la storia clinica vista come storia della malattia e non del paziente» (p. 9). Sul tema, vd. anche R. CHARON, *Narrative medicine. A Model for Emphaty, Reflection, Profession, and Trust,* in *JAMA,* October 17, 2001 - Vol. 286, No. 15, pp. 1897-1900; ID., *Medicina narrativa, la radura,* in *Sal. & Soc.,* 2010, 2, pp. 201-208; T. GREENHALGH, *Narrative based medicine in an evidence based world,* in *Brit. Med. Journal,* January 30, 1999 - Vol. 318, pp. 323-325; P. BARBETTA - G. ERBA - S. MANGHI - *et al., La narrazione nella scena della cura,* in *Sal. & Soc.,* 2010, 2, pp. 107-116; G. CANZIO, *Medicina e narrativa,* in *Riv. it. med. leg.,* 2014, 3, pp. 869-872; C. MAZZUCATO - A. VISCONTI, *Dalla medicina narrativa alla giustizia riparativa in ambito sanitario: un progetto "integrato" di prevenzione delle pratiche difensive e di risposta alla colpa medica,* in *Riv. it. med. leg.,* 2014, 3, pp. 847-867; V. MASINI, *Medicina Narrativa. Comunicazione empatica ed interazione dinamica nella relazione medico-paziente,* FrancoAngeli, 2005, *passim*; G. ROTOLO, *Profili di responsabilità medica alla 'luce' della medicina narrativa,* in *Riv. it. med. leg.,* 2014, 3, pp. 873-885; F. SETIFFI, *La medicina narrata e la medicina narrativa,* in *Sal. & Soc.,* 2010, 2, pp. 209-216.

[2] A. LUPO, *Capire è un po' guarire: il rapporto paziente-terapeuta fra dialogo e azione,* in *AM Riv. della Soc. Ital. di antropologia medica,* 1999, 7, p. 68.

[3] A riguardo, diffusamente E. A. MOJA - E. VEGNI, *La visita medica centrata sul paziente,* Raffaello Cortina Editore, 2000, *passim*.

[4] In ambito anglosassone, ad esempio, le componenti della malattia di cui s'è detto sopra vengono indicate con termini diversi: *disease,* ovvero patologia clinica; ed *illness,* ovvero il vissuto della malattia (cfr. E. A. MOJA - E. VEGNI, *cit.,* p. 47).

[5] Per G. M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione,* in *Pol. dir.,* 2009, 4, p. 525, il rapporto terapeutico «si deve sviluppare in una prospettiva di dialogo, di realizzazione comune, di codecisione, di "alleanza terapeutica" tra un paziente informato e il proprio medico».

[6] E. A. MOJA - E. VEGNI, *cit.,* p. 48.

medicina. L'approccio narrativo consente, anzi, di recuperare una dimensione del sapere medico ugualmente rilevante sul piano tecnico, ma troppo spesso trascurata: quella, cioè, umanistica[7].
Come meglio si spiegherà nel prosieguo della trattazione, ad oggi la *narrative medicine* non è più soltanto una costruzione teorica, un ideale astratto cui tendere in ambito sanitario: nel delineare i caratteri fondamentali della relazione tra medico e paziente, infatti, la l. n. 219 del 2017 ha dato concreta attuazione alla logica *de qua.*

2. L'affermazione dell'approccio narrativo nella legge n. 219 del 2017.

L'accoglimento dell'approccio dialogico in sede normativa è segnalato, anzitutto, dall'art. 1, comma 8, della l. n. 219 del 2017, a norma del quale «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». Il contenuto della disposizione in oggetto non è, in realtà, del tutto nuovo: in termini analoghi[8] a quelli utilizzati dall'art. 1 della l. n. 219 del 2017, infatti, si era già espresso l'art. 20 del Codice di Deontologia Medica del 2014, stabilendo che «il medico nella relazione persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, *considerando l'informazione quale tempo di cura*»[9] [corsivo nostro].
Tuttavia, lungi dal configurarsi come una mera ripetizione di quanto disposto dal Codice di Deontologia, l'affermazione di cui all'art. 1, comma 8, l. n. 219/2017 costituisce «un richiamo

[7] Così, *ex multis,* I. CARRASCO DE PAULA, *La comunicazione medico-paziente: elementi per una fondazione etica,* in *Medicina e Morale,* 2002, 4, p. 613; P. BORSELLINO, *Bioetica tra "morale" e diritto,* Raffaello Cortina Editore, 2018, p. 120; L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso,* in *Riv. it. med. leg.,* 2008, 6, p. 1227. Secondo G. COSMACINI, *La medicina non è una scienza. Breve storia delle sue scienze di base,* Raffaello Cortina Editore, 2008, p. 98, il sapere medico «si colloca a cavaliere tra i due grandi gruppi di scienze, trattandosi di un sapere naturalistico, cioè articolato nei settori propri delle varie scienze della natura, e insieme umanistico, cioè strutturato come scienza dell'uomo, nella fattispecie come conoscenza e comprensione antropologica dell'uomo sano-malato, considerato in termini non settoriali, ma globali: l'organismo somato-psichico, l'individuo psico-sociale, la persona umana».

[8] Si noti che il termine *comunicazione* di cui all'art. 1, comma 8, della l. n. 219 del 2017 ha preso il posto della parola *informazione* prevista dalla disposizione di cui all'art. 20 del Codice di Deontologia Medica. Le due espressioni, a ben vedere, non sono del tutto sinonimiche: con il termine comunicazione si indica, infatti, non tanto il semplice scambio di informazioni tecniche tra medico e paziente quanto «il confronto e la negoziazione tra modelli esplicativi diversi» (A. LUPO, *cit.,* p. 73). Sulla differenza tra comunicazione e informazione, si veda anche I. CARRASCO DE PAULA, *La comunicazione medico-paziente,* cit., pp. 612 ss.; ID., *Per una medicina centrata sul paziente: riflessioni sulla fondazione etica del rapporto medico-paziente,* in *Medicina e Morale,* 2005, 3, pp. 559 ss., secondo il quale soltanto sulla base di «una vera e propria comunicazione» è possibile costruire «quel rapporto interpersonale che si configura come un patto o un'alleanza per riconquistare nel possibile, attraverso il recupero della salute, l'umanità nella sua pienezza» (p. 560).

[9] Sul punto, cfr. A. FIORI - D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica,* Giuffrè, 2016, pp. 89 ss. L'art. 20 del Codice di Deontologia Medica compendia l'essenza del modello di rapporto medico-paziente di tipo *deliberativo,* in base al quale: «i valori del paziente non sono necessariamente precostituiti e fissi, bensì aperti allo sviluppo e alla revisione attraverso la discussione» (*ivi,* p. 63). Mediante il dialogo tra il sanitario e il malato è, quindi, possibile «aiutare quest'ultimo a individuare i valori più strettamente correlati con il bene della salute che possono essere raggiunti in una determinata situazione clinica» (*ibidem*).

forte, a tutto il sistema di prestazione delle cure»[10], affinché si adotti un modello relazionale di tipo *narrativo*.

Che la dimensione narrativa sia centrale nel percorso curativo si apprezza, del resto, tanto sul piano diagnostico quanto su quello terapeutico: dal momento che, per entrambi questi aspetti dell'attività medica, la comunicazione assume un irrinunciabile «valore euristico»[11].

A livello diagnostico, infatti, il medico acquisisce attraverso il dialogo (purché adeguatamente condotto) una serie di dati – ulteriori rispetto a quelli frutto dell'indagine tecnica sui profili fisico-clinici della patologia – indispensabili per formulare una diagnosi più precisa. E lo stesso vale anche sotto il profilo terapeutico: tramite il confronto dialettico, il medico ottiene una serie di informazioni utili per calibrare più correttamente intorno alle esigenze del singolo le indicazioni standardizzate provenienti dalla letteratura basata sulle evidenze scientifiche [12] (peraltro, l'adeguamento delle linee guida e delle buone pratiche cliniche alle specificità del caso concreto è ora imposto dall'art. 590 *sexies* c.p.). Con l'ulteriore beneficio per cui il dialogo, oltre a consentire di scegliere fra tutte le risorse mediche attivabili quella che meglio si addice alla condizione soggettiva del paziente, permette anche di «contrastare un'ipotetica applicabilità automatica di linee-guida costruite non già al fine di ottimizzare le strategie terapeutiche, bensì sulla base di mere considerazioni economiche – le quali non è detto rispondano a criteri di equa ripartizione delle risorse – aventi il fine di escludere certe categorie di malati dall'accesso a determinati presidi»[13].

In termini più generali, inoltre, occorre ricordare che il potenziamento della dimensione comunicativa – attraverso, in particolare, il *self reporting* degli eventi avversi e dei *near misses* accaduti – determina un innalzamento del livello di sicurezza delle terapie[14].

Peraltro, l'instaurazione di una relazione dialogica tra medico e paziente appare rilevante anche per ragioni diverse – ma non meno importanti – da quelle strettamente *terapeutiche*. Sul piano giudiziario, infatti, s'è visto come la conflittualità legale tra medici e pazienti diminuisca allorché sussista tra di essi una relazione di reciproca fiducia, fondata sul dialogo. Con la conseguenza

---

[10] R. LA RUSSA - R.V. LA VIOLA - N. DI FAZIO - *et al.*, *Consenso informato e DAT: momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1, p. 359.

[11] A. LUPO, *cit.*, p. 72.

[12] La medicina narrativa, dunque, non può essere considerata come una *alternativa* alla impostazione medica tradizionale che si fonda sul concetto di evidenza scientifica. Come osserva, infatti, G. BERT, Evidence-Based Medicine e Narrative-Based Medicine. *Fronti opposti o facce di un poliedro?*, in *Sal. & Soc.*, 2010, 1, p. 53, la *narrative-medicine* e la *evidence-based medicine* costituiscono «due facce di un medesimo poliedro, e l'una implica l'altra». Sul punto, vd. anche A. FIORI - D. MARCHETTI, *cit.*, p. 90; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, Vita e Pensiero, 1996, p. 218; R. CHARON, *Medicina narrativa*, cit., p. 208, nonché A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi di "fine via"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 3, p. 1146.

[13] L. EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 3, p. 1160.

[14] A riguardo, cfr. D. VAUGHAN, *The Challenger Launch Decision. Risk Technology, Culture, and Deviance at NASA*, University Chicago Press, 1997, pp. 58 ss.; ID., *Theorizing Disaster: Analogy, Historical Ethnography, and the Challenger Accident*, in *Ethnography*, 2004, 3, pp. 313 ss.; M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, Milano, 2009, *passim;* M. CATINO - S. ALBOLINO, *Colpa ed errore. Logiche d'analisi in aeronautica e in medicina,* in *Studi organizzativi*, 2008, pp. 117-144.

ulteriore per cui, in un tale contesto, gli atteggiamenti di medicina difensiva tenuti dal personale sanitario risultano meno frequenti[15].

Affinché vi sia uno scambio dialogico proficuo è necessario, però, superare talune «resistenze»[16]: sia di carattere *personale*, relative, cioè, alla sfera soggettiva dei protagonisti della relazione sanitaria, sia *ambientali*, ovvero riguardanti il contesto in cui l'attività medica si svolge.

Atteggiamenti di chiusura al dialogo da parte del paziente possono essere dettati dallo sconforto causato dalla scoperta della malattia, dall'ansietà riferita alle possibili conseguenze della patologia, nonché dal «timore reverenziale nutrito dal malato nei confronti del personale sanitario e [dalla] conseguente ritrosia a domandare delucidazioni»[17].

Né può negarsi che anche i medici, talvolta, faticano a instaurare un rapporto comunicativo con i malati. Può accadere, infatti, che i sanitari manifestino una certa riluttanza a considerare tempo ben speso quello del dialogo: nella convinzione che i pazienti non siano in grado di comprendere adeguatamente le informazioni loro fornite[18].

La causa di questo atteggiamento, che rischia di diventare più evidente quando le cattive condizioni organizzative della struttura sanitaria consentono di dedicare solo poco tempo al dialogo con il paziente e con i suoi familiari[19], va ricercata nella scarsa formazione che il personale medico riceve in merito alle competenze relazionali[20]. Muovendo proprio da tali premesse, il legislatore ha dunque ritenuto opportuno precisare quanto previsto dall'art. 1, comma 10: ovvero

---

[15] Così C. MAZZUCATO - A. VISCONTI, *cit.*, p. 864; G. CANZIO, *cit.*, p. 871; F. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 59.

[16] G. SEBASTIANI - F. PESCHECHERA, *Il rapporto medico-paziente: aspetti psicodinamici e relazionali*, in *Neurologia Psichiatria Scienze Umane*, 1990, 10, p. 823, con l'espressione *resistenze* indicano: «le forze (consce e inconsce) che ostacolano la valutazione e il processo terapeutico e che possono esprimersi sotto forma di comportamenti, atteggiamenti, sentimenti, idee, fantasie e impulsi».

[17] S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Giappichelli, 2017, p. 48. Proprio in considerazione delle eventuali resistenze mostrate dal paziente, l'art. 33 (*Informazione e comunicazione con la persona assistita*) del Codice di Deontologia Medica impone al medico di adeguare la comunicazione non solo alle capacità di comprensione della persona assistita – come previsto, altresì, dall'art. 1, comma 3, della l. n. 219 del 2017 –, ma anche «alla sensibilità e reattività emotiva del medesimo, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza»

[18] Cfr.; A. FIORI - D. MARCHETTI, *cit.*, p. 134; S. CACACE, *cit.*, p. 48; G. LA MONACA - V. TAMBANO - N. ZINGARO - *et al., L'informazione nel rapporto medico-paziente*, Giuffrè, 2005, p. 77. Secondo M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, 2017, pp. 41 ss., tale atteggiamento è frutto del modello culturale *taylorista* che si è imposto anche in ambito sanitario: si tratta, cioè, di una concezione che «considera l'uomo alla stregua di una macchina, e ne affida la manutenzione a un numero cospicuo di specialisti, interessati soprattutto allo studio dei meccanismi fisiopatologici delle malattie» (p. 43). Di conseguenza, «l'interesse degli specialisti si sposta principalmente sulle tecnologie da impiegare per prevenire una malattia o reagire ai suoi sintomi, mentre la persona e le relazioni con la sfera familiare passano in subordine» (*ibidem*).

[19] In tal senso, ad esempio, S. CACACE, *cit.*, p. 48; G. SEBASTIANI - F. PESCHECHERA, *cit.*, p. 826.

[20] Sul punto, vd. V. MASINI, *Psichiatria narrativa e counseling relazionale*, in *Sal. & Soc.*, 2010, 2, p. 97; S. GIARDINA - A. G. SPAGNOLO, *Perché i medici dovrebbero (ri)leggere i classici*, in *Medicina e Morale*, 2017, 5, pp. 581-590. Secondo G. BERT, *cit.*, p. 39, vi sarebbe addirittura una «totale ignoranza istituzionale da parte dei medici dei problemi filosofici, epistemologici, metodologici, sociologici, pedagogici inerenti alla loro professione».

che «la formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti la professione sanitaria comprende la formazione in materia di relazione e comunicazione […]»[21].

3. Il "ruolo" del dialogo nella pianificazione condivisa delle cure.

La logica narrativa fatta propria dall'art. 1, comma 8, della legge n. 219 del 2017 trova pieno riscontro nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 5 con riguardo alla pianificazione condivisa delle cure[22].

La pianificazione delle cure[23] è ivi intesa, infatti, come l'esito di un percorso di comunicazione e condivisione con il paziente: dell'instaurarsi, cioè, tra il medico e il malato di una *alleanza terapeutica* fondata sul riconoscimento dell'altro come *persona*, anziché soltanto come espressione di una malattia da sconfiggere[24]. Nella consapevolezza che, specie in quei casi in cui l'obiettivo della guarigione appare più lontano, «il medico deve potenziare l'efficacia del rapporto antropologico fra se stesso e il malato»[25].

Affinché ciò sia possibile, è necessario che la comunicazione si svolga secondo tre distinti momenti. In una prima fase, vi deve essere la presa d'atto – tanto da parte del sanitario quanto da parte del paziente – dell'esistenza della 'dimensione soggettiva' della malattia e della necessità di indagare questa componente della patologia al pari di quanto avviene per quella biologica[26]; in un secondo momento, «dal riconoscimento si passa al rapporto genuino, cioè alla costruzione, mai scontata, dell'alleanza terapeutica»; e, infine, vi è la «accettazione dei rispettivi titoli»[27]. Quest'ultima è la fase in cui entrambi i poli del rapporto curativo si riconoscono reciprocamente come *comunicatori*: nel caso del medico «il titolo di comunicatore riposa interamente sull'autorità

---

[21] Con riguardo all'art. 1, comma 10, cfr. S. CANESTRARI, *Una buona legge buona,* in *Riv. it. med. leg.,* 2017, 3, p. 979. In particolare, l'Autore precisa che i destinatari di questa disposizione vadano individuati nelle «istituzioni cui compete la formazione del personale sanitario, a partire dalle Università, dove le Scuole di Medicina dovrebbero insegnare le modalità di comunicazione». Quanto al *contenuto* della formazione "in materia di relazione e comunicazione", secondo C. MAZZUCATO - A. VISCONTI, *cit.,* p. 865, si tratterebbe di implementare «le capacità relazioni di stampo più prettamente umanistico»: ai medici, insomma, dovrebbe insegnarsi, da un lato, ad «accogliere, ascoltare, e se necessario a incoraggiare le narrazioni dei pazienti»; dall'altro, a «narrare al paziente della sua malattia e del relativo trattamento» (*ibidem*). A riguardo, si vedano anche le indicazioni fornite dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel documento "Informazione e consenso all'atto medico" del 20 giugno 1992 ove si prevede che: «il curante deve possedere sufficienti dosi di psicologia tali da consentirgli di comprendere la personalità del paziente e la sua situazione ambientale, per regolare su tali basi il proprio comportamento nel fornire le informazioni» (sul punto, G. LA MONACA - V. TAMBANO - N. ZINGARO - *et al., cit.,* pp. 114 ss.).

[22] In questo senso, cfr. anche M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicale, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative,* in *Resp. civ. prev.,* 2018, 1, pp. 33 s.

[23] In generale, sulla pianificazione condivisa delle cure cfr. A. VALLINI, *cit.,* pp. 1139 ss.; M. MARTELLONI - S. D'ERRICO, *Fine vita e pianificazione delle cure: una valutazione medico-legale,* in *Riv. it. med. leg.,* 2016, 3, pp. 1181-1188; F. ALCARO, *La relazione di cura come rapporto giuridico. I dilemmi di fine vita,* in *Riv. it. med. leg.,* 2016, 3, pp. 1189-1200.

[24] In questo senso, cfr. C. VIAFORA, *Le nuove dimensioni della salute,* in P. BENCIOLINI - C. VIAFORA (a cura di), *Problemi etici nel rapporto medico-paziente. La relazione che guarisce,* Gregoriana Libreria Editrice, 1993, pp. 13 ss.

[25] G. COSMACINI, *cit.,* p. 44

[26] In ciò consiste, secondo I. CARRASCO DE PAULA, *La comunicazione medico-paziente,* cit., p. 614, «il riconoscimento dell'altro [*scil.* del paziente ovvero del medico] come persona».

[27] *Ibidem.*

professionale, mai su un presunto potere»[28]; nel caso del paziente, invece, sulla sua *autonomia decisionale.*

Non pare, dunque, che l'obiezione più comune mossa al concetto di alleanza terapeutica – quella, cioè, secondo cui le decisioni pianificate sarebbero, di fatto, il frutto dei condizionamenti esercitati dai clinici sul malato, indotto ad avallare acriticamente il parere medico[29] – colga nel segno.

Al contrario, è proprio nel caso della pianificazione condivisa delle cure che si ha una tutela – per così dire – *rafforzata* dell'autonomia decisionale del malato: della quale è garante, *in primis*, proprio il personale medico. La manifestazione di volontà del paziente, infatti, costituisce l'esito di un dialogo, magari mantenutosi aperto anche per un arco di tempo molto lungo[30] (tanto che, ai sensi dell'art. 5, comma 4, «la pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico»), nell'ambito del quale i clinici forniscono un'informazione completa, accurata e personalizzata e sono 'di supporto' rispetto alle scelte dell'infermo (è questo, del resto, ciò che più conta per chi vive una malattia cronica e invalidante o caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione con prognosi infausta). E non meno importante, in vista – per l'appunto – della migliore tutela possibile dell'autodeterminazione del paziente, è un compito ulteriore che compete ai sanitari: oltre a dover informare e sostenere, i medici sono tenuti altresì, infatti, a verificare che le scelte espresse dai loro pazienti siano il frutto di decisioni libere, esenti da pressioni esterne e non soggette a condizionamenti psicopatologici interni[31].

Alla luce di quanto detto, non pare dunque che la comunità dei medici possa essere «relegata in un ruolo subordinato di passivo recettore della volontà auto-formata *in solitudine* dell'individuo»[32]. Tale conclusione, del resto, sembra essere condivisa anche dalla Corte

---

[28] *Ibidem.*

[29] Secondo P. BORSELLINO, *"Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura,* in *Famiglia e diritto*, 2018, 8-9, p. 794, nota n° 27, «i teorici del modello della alleanza hanno escluso che vi possa essere spazio per una manifestazione di volontà del paziente che non si risolva nel suggello del "necessario" accordo tra medico e paziente per il raggiunto di quell'obiettivo [*scil.* il mantenimento della sopravvivenza]».

[30] D. RODRIGUEZ, *Il rifiuto delle cure nella prospettiva del Codice di Deontologia Medica: una guida per la pratica clinica?,* in *Riv. it. med. leg.,* 2014, 2, p. 579, segnala che «contatti informativi [tra medico e paziente] unici e parcellari, a maggior ragione se finalizzati all'ottenimento di una manifestazione di volontà formale al di fuori di una relazione costruttiva, non costituiscono informazione ed è da ritenere facilitino posizioni di intransigenza da parte del malato e manifestazioni di rifiuto al trattamento».

[31] Del resto, come osserva L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»*? *I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.,* in *Riv. it. med. leg.,* 2018, 2, p. 420, è la stessa legge n. 219 del 2017 ad affidare al medico il compito di accertare che le manifestazioni di volontà del malato siano libere e informate: infatti, «se il consenso – e dunque *a fortiori* anche il dissenso – al trattamento sanitario dev'essere informato, ma anche «libero» (art. 1, comma 1), il medico sarà del pari tenuto a verificare, in particolare, che l'eventuale dissenso non sia riconducibile a condizioni patologiche di carattere depressivo del paziente e che non sussistano elementi i quali lascino ritenere che il dissenso risulti indotto da pressioni psicologiche operate sul medesimo» (*ibidem*). Sulla necessità di affidare al medico il vaglio «della capacità, lucidità e presenza a sé stesso del malato», si era espresso – prima del recente intervento normativo – anche G. IADECOLA, *Note critiche in tema di «testamento biologico»,* in *Riv. it. med. leg.,* 2003, pp. 476 ss.

[32] Queste sono le parole usate da O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto,* in *Dir. pen. proc.,* 2018, 7, p. 923, con riguardo alla disciplina – di cui si dirà più avanti – prevista in materia di disposizioni anticipate di trattamento.

costituzionale: nella recente ordinanza n. 207 del 2018, infatti, la Corte ha affermato che «l'esercizio di tale diritto [*scil.* del 'diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario'] viene inquadrato nella relazione di cura e di fiducia – la cosiddetta alleanza terapeutica – tra medico e paziente, che la legge [n. 219 del 2017] mira a promuovere e valorizzare»[33].

4. (segue) …e nell'ambito della disciplina sulle DAT.

Nella disciplina dettata dalla l. n. 219 del 2017 in materia di disposizioni anticipate di trattamento, la dimensione comunicativa appare assai meno centrale di quanto invece previsto dall'art. 5 con riguardo alla pianificazione condivisa delle cure.

Sebbene, infatti, il primo comma dell'art. 4 stabilisca che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, possa esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari solo «*dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche*», la norma non ricomprende poi alcun riferimento ulteriore al concetto di comunicazione. Diversamente, cioè, da quanto previsto dallo stesso Codice di Deontologia Medica, che rimane in ogni caso vincolante per il medico, in materia di testamento biologico (cfr. art. 38, comma 1: «il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica *di cui resta traccia documentale*» [corsivo nostro]), l'art. 4 della l. n. 219 del 2017 non annovera tra le condizioni di validità delle DAT l'attestazione da parte del medico dell'avvenuta informazione.

Risulta quindi necessario, al fine di salvaguardare la coerenza interna della legge *de qua*, garantire all'informazione anche una 'portata effettiva': diversamente, non si comprenderebbe *perché* l'informazione dovrebbe costituire *ex* art. 1 un elemento fondante – e da comprovare – soltanto nell'ambito di un rapporto *attuale* tra medico e paziente, e non anche (ed a maggior ragione) in vista di una relazione sanitaria *futura*, nel cui ambito le disposizioni anticipate di trattamento potrebbero rilevare. Di conseguenza, al pari di quanto avviene con riguardo agli altri requisiti formali richiamati dall'art. 4, la mancanza di attestazione dell'avvenuta informazione da parte del medico (cfr. art. 4, co. 1) appare compromettere la validità delle DAT[34] (il che *a fortiori* può dirsi altresì di DAT realizzate attraverso la mera apposizione di una firma su moduli prestampati).

Le esigenze dialogiche che l'approccio narrativo mira a soddisfare rischiano di essere frustrate, altresì, dalla scelta del legislatore di affidare al medico un compito soltanto informativo: non prevedendosi, invece, che questi collabori con il paziente – ed eventualmente anche con il notaio

[33] Corte cost., ord. 23 ottobre 2018 (dep. 16 novembre 2018), n. 207, p. 9.

[34] In tal senso, cfr. L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari*, cit., p. 432. L'Autore, concludendo il ragionamento di cui si è dato conto sopra, precisa quanto segue: «appare dunque obbligata la conseguenza in forza della quale DAT non accompagnate dall'attestazione ad opera di un medico competente in merito all'avvenuta informazione di chi le esprima su patologie cui esse si riferiscono, sulle risorse diagnostiche, terapeutiche e palliative in proposito disponibili, nonché sugli effetti delle dichiarazioni medesime (come pure, *a fortiori*, sull'assenza di patologie psichiche o depressive nel dichiarante o di evidenti pressioni nei suoi confronti) non possono assumere per il medico che dovrebbe applicarle il rilievo giuridico di cui al cit. co. 5. Il che impone una verifica circa la suddetta attestazione da parte degli stessi soggetti deputati a formare o ricevere le DAT ai sensi dell'art. 4, co. 6 (manifestandosi a tal fine opportuna, riterremmo, una precisazione regolamentare)».

– nella redazione stessa delle DAT[35]. Com'è noto, infatti, l'art. 4, comma 6 prevede solamente – in difformità da quanto suggerito dal Comitato Nazionale per la Bioetica[36] e discostandosi da precedenti proposte di legge in materia di testamento biologico[37] – che le DAT debbono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio di stato civile (oppure presso le strutture sanitarie, nelle regioni che abbiano attuato modalità informatiche di gestione delle DAT). Ove dunque si leggesse soltanto il comma in esame, se ne potrebbe dedurre che l'elaborazione delle DAT possa avvenire anche al di fuori della «relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente» che la legge n. 219/2017 dichiara di promuovere e valorizzare (si veda, a riguardo, l'art. 1, comma 2): così che il bisogno del paziente di essere ascoltato e sostenuto rimarrebbe inappagato.

D'altra parte, DAT redatte da soggetti non competenti sul piano sanitario rischiano di configurarsi come indicazioni generali e astratte, difficilmente traducibili nella pratica clinica da parte dei sanitari[38]. Potrebbe tuttavia accadere, altresì, che esse vengano attuate, ma sempre in ragione della loro genericità secondo un ambito applicativo del tutto diverso da quello cui intendeva riferirsi il disponente. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un soggetto abbia espresso *sic et simpliciter* nelle DAT, pensando (ma senza precisarlo) alla fase avanzata di una malattia degenerativa, il rifiuto di essere 'intubato'. Disposizione, questa, di per sé suscettibile di essere applicata anche rispetto a contesti totalmente diversi da quello eventualmente supposto nella fase redazionale: per esempio con riguardo a un'emergenza (si pensi a un incidente stradale) facilmente superabile, ma necessitante per tale fine, *hic et nunc*, di una 'intubazione'.

Un parziale riferimento alla dimensione comunicativa si rinviene, per la verità, al comma 5 dell'art. 4, ove si prevede che le DAT possano essere disattese a seguito dell'accordo tra medico e fiduciario, nei casi ivi contemplati (casi che il medico è tenuto comunque a far valere, ove ritenga che si configurino). A ben vedere, però, non pare che l'attuazione di una forma di dialogo

---

[35] L'art. 4, comma 6, stabilisce – senza alcuna ulteriore precisazione circa il ruolo del medico nella fase di stesura delle disposizioni – che «le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti di cui al comma 7 […]».

[36] Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento,* 18 dicembre 2003, pp. 2 e 19.

[37] Cfr., ad esempio, l'art. 4 della Proposta di legge n. 2229 del 26 marzo 2014, che prevedeva che le dichiarazione fossero raccolte, «dopo una compiuta e puntuale informazione medico-clinica», «esclusivamente dal medico di medicina generale che contestualmente le sottoscrive»; oppure l'art. 4 della Proposta di legge n. 2996 del 30 marzo 2015 che, analogamente alla disposizione testé citata, stabiliva che le dichiarazioni anticipate venissero raccolte, «dopo un'adeguata informazione medica», «da un medico scelto dal soggetto che le sottoscrive».

[38] Vd. sul punto M. AZZALINI, *cit.*, p. 27; C. CASALONE, *Abitare responsabilmente il tempo delle DAT,* in *Aggiornamenti Sociali,* 2018, 2, p. 112-122. Per ovviare alle criticità delle DAT redatte senza la partecipazione del personale medico, R. LA RUSSA - R.V. LA VIOLA - N. DI FAZIO - *et al., cit.*, p. 363, suggeriscono – ad esempio – di creare un apposito «organismo integrato all'interno delle ASL, con la funzione specifica di passare al vaglio le disposizioni dei singoli cittadini e valutarle da un punto di vista esclusivamente tecnico». Seppure elaborata prima della l. n. 219 del 2017, si veda anche la proposta formulata da M. BARNI - P. CRISTOFORO - E. TURILAZZI, *Direttive, anzi dichiarazioni anticipate di trattamento: le insidie di un viraggio sistematico,* in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 596, secondo i quali le dichiarazioni anticipate dovrebbero essere sottoscritte, oltre che dal notaio, anche dal medico di fiducia del disponente così da «evitare la espressione di sempre possibili futilità».

con un soggetto diverso dal disponente, e in una fase successiva a quella della redazione delle DAT, valga a recuperare il *deficit* comunicativo che caratterizza – per così dire – *ab origine* la disciplina in commento.
Peraltro, l'art. 4, comma 5 non sembra già *di per sé* in grado di favorire l'instaurarsi di una relazione dialogica proficua, dal momento che garantisce al fiduciario – anche se privo di qualsiasi competenza in ambito sanitario – la possibilità di "paralizzare" l'autonomia decisionale del medico (secondo le modalità descritte dall'art. 3, comma 5, che prevede in tal caso il deferimento della decisione al giudice tutelare).

5. Comunicare…*per decidere*.

«Il tempo della comunicazione è il tempo della cura». A questa affermazione se ne potrebbe forse aggiungere un'altra: "*il tempo della comunicazione è anche il tempo della decisione*". In tal modo, si segnalerebbe che il dialogo tra medico e paziente – oltre, come s'è detto, a rilevare sul piano terapeutico – assume anche un «valore decisionale»[39].
Di conseguenza, quando si comprime la dimensione comunicativa, come risulta (almeno *prima facie*) da una lettura delle disposizioni sulle DAT, non si rafforza il diritto all'autodeterminazione, ma – anzi – si rischia di indebolirne la tutela. Il paziente, infatti, oltre a un'adeguata informazione, ha bisogno di non essere lasciato *solo* di fronte «all'onere psicologico, enorme, senza dubbio angoscioso e destabilizzante» che le scelte sulle cure comportano: egli, cioè, al fine di poter assumere una decisione – per così dire – *autenticamente personale*, chiede di «essere aiutato nell'individuazione dei valori insiti nelle possibili e differenti opzioni diagnostiche e terapeutiche»[40].
Rebus sic stantibus, pare opportuno ovviare a una possibile lettura dell'art. 4 che porti a interpretare in senso solipsistico le DAT, recuperando quella dimensione dialogica che l. n. 219 del 2017 ambisce a promuovere.
Sarebbe corretto, allora, *sfumare* il tratto di quella linea di demarcazione che, frapponendosi troppo nettamente tra la disciplina prevista per la pianificazione condivisa delle cure dall'art. 5 e quella in materia di disposizioni anticipate di trattamento di cui all'art. 4, potrebbe condurre a ritenere le DAT realizzabili anche al di fuori di qualsiasi relazione terapeutica. Una tale soluzione, in fin dei conti, garantirebbe una migliore *funzionalità* della disciplina di cui all'art. 4, consentendo di ovviare – ad esempio – alle problematiche relative alle difficoltà derivanti dall'individuazione delle disposizioni anticipate e dalla loro formulazione generica e non sufficientemente precisa in termini scientifici. In questo modo, al personale sanitario si offrirebbe davvero un valido 'strumento di orientamento' nelle decisioni terapeutiche da assumere nei contesti più critici e al paziente si garantirebbe che i suoi valori e le sue scelte vengano tenuti in conto, senza equivoci, al momento opportuno.

[39] E. SGRECCIA, *cit.*, p. 217.
[40] S. CACACE, *cit.*, p. 48.

Golden Hour del paziente: consenso biografico e dignità della vita.

di ***Massimo Foglia*** *(Ricercatore - Università degli Studi di Bergamo)*

Quando la malattia volge verso la morte, vi è un'opportunità biografica da soppesare. Nella fase terminale si giunge ad un kairos della vita, ad un «momento opportuno» in cui il malato ha diritto di decidere. Non è solo l'informazione che fonda il consenso «informato»; i parametri da cui trae fondamento l'autodeterminazione sono altri, quali il vissuto della persona come rappresentazione della sua identità, la sua biografia, la proiezione dell'Io quale riflesso di un modus vivendi. Compito del sanitario è quello di aiutare il paziente nella elaborazione di un personale significato di salute.

When the disease nears death, there is a biographical opportunity to be weighed. In the terminal stages we arrive at a kairos of life, a sort of golden hour in which the patient has the right to decide. Not only does the information underpin the informed consent, but other parameters may be considered as an expression of self-determination, such as the person's own experience representing their identity, biography as well as the image of themselves as a reflection of a modus vivendi. The task of the health professional is to guide the patient in exploring a personal meaning of health.

Sommario: 1. Mentre morivo. – **2.** Il limite della medicina tecnologica. – **3.** Per un'educazione del morire. – **4.** Pianificazione condivisa delle cure. – **5.** Il problema dell'eutanasia. – **6.** (segue) limitazione dei trattamenti e rifiuto dell'accanimento clinico. – **7.** Conclusioni.

1. Mentre morivo.

«A pochi passi dalla stazione di Todoroki, lungo un sentiero fiancheggiato da ciliegi, c'è un tempietto di legno. Sulla soglia c'è un Budda bambino. Gli abitanti di questo quartiere di Tokyo rivolgono al piccolo un *pin pin korori*, una preghiera con cui chiedono due cose: una vita lunga e sana, e una morte rapida e indolore».

Inizia così un recente articolo dal titolo *A better way to care for the dying* apparso sul settimanale *The Economist*[1], in cui si affronta il paradosso della medicina moderna: le persone vivono di più ma hanno più malattie; la morte non è quasi mai rapida e indolore, spesso è traumatica[2],

[1] *The Economist*, *A Better Way to Care for the Dying*, April 29, 2017, trad. it. *Verso la fine*, in *Internazionale*, 16 giugno 2017, n. 1209, p. 42 ss.

[2] Le statistiche dicono che nella maggior parte dei casi la morte sopraggiunge a seguito di un lento e progressivo deterioramento delle funzioni vitali, dopo anni di malattia tra ricadute e miglioramenti. La crescente diffusione di malattie croniche degenerative è correlata al prolungamento della vecchiaia e, di

specialmente quando i malati sono sottoposti a trattamenti troppo duri e invasivi nonostante i loro ultimi desideri.

In genere questo succede quando i medici fanno "tutto il possibile", come gli è stato insegnato, senza chiedere alle persone cosa preferiscano o senza assicurarsi che il paziente abbia realmente compreso la prognosi. Non è più il morente ad essere il padrone della sua morte, essa diventa «un fenomeno tecnico ottenuto con l'interruzione delle cure, cioè, in modo più o meno confessato, con una decisione del medico e dell'*équipe* ospedaliera»[3].

L'evoluzione scientifica e tecnologica ha infatti reso disponibili trattamenti che consentono di prolungare anche considerevolmente i tempi di sopravvivenza di pazienti che in passato sarebbero stati considerati irrecuperabili. Notevoli sono i successi della medicina «ad alta tecnologia», ma di questi non pochi si sono infine rivelati una vittoria di Pirro: la sofferenza procurata è stata tale da vanificare il successo[4]. Ciò può sembrare un paradossale "effetto collaterale" del progresso, che porta alla medicalizzazione della morte, ossia – con le parole del chirurgo e scrittore Atul Gawande – all'«esperimento di trasformare la mortalità in un'esperienza medica»[5].

Molte persone, però, non vogliono una morte medicalizzata. Non tutti sopportano l'idea di una sonda per l'alimentazione o di un tubo per la ventilazione meccanica; altri, invece, accettano di essere allacciati a macchinari e dover patire lo sfacelo fisico e mentale, di diventare completamente dipendenti da altri, anche nei propri bisogni contingenti e fondamentali[6].

Nella pratica medica il *kairos* è l'attimo decisivo per il trattamento efficace del paziente, il momento da cogliere per somministrare la cura, oltre il quale si riducono sensibilmente le speranze di guarigione o di sopravvivenza. Quando la malattia volge verso la morte, però, vi è

---

conseguenza, al progresso stesso della medicina. V. M. GMERK, *Morbilità*, nell'*Enciclopedia Europea*, Garzanti, 1992.

[3] P. ARIES, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident* (1975), trad it. *Storia della morte in occidente*, Rizzoli, 1998, p. 70. Un'inchiesta condotta dall'*Economist* (*The Economist, cit.*) in collaborazione con la *Kaiser family foundation*, un istituto di ricerca statunitense sull'assistenza sanitaria, rivela un enorme divario tra quello che le persone vorrebbero alla fine della loro vita e ciò che, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, probabilmente avranno. A un campione rappresentativo di abitanti di quattro grandi paesi con composizione demografica, tradizioni religiose e livello di sviluppo diversi (Stati Uniti, Brasile, Italia e Giappone) sono state poste domande sulla morte e sulle cure di fine vita. Molti avevano perso un amico intimo o un familiare negli ultimi cinque anni. Esclusi i brasiliani, solo una piccola percentuale degli intervistati ha detto che prolungare la vita il più possibile era più importante che morire senza dolore né stress. Troppo spesso nessuno conosce o tiene conto dei desideri di chi sta morendo. La stessa indagine rivela che in Italia, Brasile e Giappone più di un terzo delle persone costrette a prendere decisioni sulle cure terminali da somministrare a un loro caro non sa quale sia la volontà dell'amico o del familiare: non glielo ha mai chiesto o ci ha pensato troppo tardi. Anche quando i parenti conoscono i desideri del malato non sempre possono garantire che vengano soddisfatti (*The Economist, cit.*).

[4] Così S.B. NULAND, *How We Die: Reflections on Life's Final Chapter* (1993), trad. it. *Come moriamo. Riflessioni sull'ultimo capitolo della vita*, Mondadori, 1994, p. 312.

[5] Cfr. *The Economist, cit.*

[6] La vita, anche l'ultimo tratto che precede la morte, è di straordinario valore: «La dignità che ricerchiamo nella morte sta nella dignità con cui abbiamo vissuto la nostra vita. *Ars moriendi* significa *ars vivendi*: l'arte di morire è l'arte di vivere. L'onestà e la bellezza degli anni che stanno volgendo al termine sono l'effettivo parametro del modo in cui moriremo: formuliamo il messaggio con cui saremo ricordati non nelle ultime settimane e negli ultimi giorni di vita, ma durante tutti i decenni che li precedono» (S.B. NULAND, *cit.*, p. 315).

anche un tempo del malato. Una *Golden Hour*[7] della fase terminale della vita, un «momento opportuno» nel quale egli ha diritto di poter decidere del proprio destino terapeutico.
Non si intende affermare la supremazia dell'uomo sulle leggi della natura, ma il diritto del paziente a non essere sottomesso al dominio delle biotecnologie[8], a non subire lo sfacelo del corpo, a non patire la rapina del dolore, quel dolore che disumanizza la vita e svuota l'essere umano della sua identità[9].
Occorre evitare che il malato sia costretto, contro la sua volontà, ad abitare un corpo e osservare gli altri, i cittadini del mondo dei sani, come dal vetro di un acquario[10]; o da un corpo inanimato come quello dell'anziana madre nel romanzo di William Faulkner, *Mentre morivo.*
Si tratta dunque di un'opportunità biografica da soppesare, di un *adeguamento biografico* della cura[11], fondato sull'impegno etico al non accanimento e all'autodeterminazione con riferimento alla vita nel senso di *bìos*, ossia come forma o maniera di vivere propria del singolo[12].
Chi per professione accompagna le persone che stanno morendo nell'ultimo tratto della loro vita racconta che il tempo del fine vita non è solo tempo di dolorosa attesa, ma può essere tempo di straordinaria pienezza e intensità: congedarsi da un compagno di una vita o da un figlio che non si vedeva da anni; tornare nel proprio paese d'origine per morire circondati dai propri affetti[13]; fare un'ultima vacanza; disporre delle proprie sostanze e sistemare le cose che lasciamo su questa terra; morire a casa propria anziché nel letto anonimo di un ospedale[14].

---

[7] Cfr. P. KALANITHI, *When Breath Becomes Air* (2016), trad. it. *Quando il respiro si fa aria. Un medico, la sua malattia e il vero significato della vita*, Mondadori, 2016, p. 56 ss.
[8] V., di recente, L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Giappichelli, 2018.
[9] La sofferenza degrada. Il dolore genera un arretramento dell'Io nell'universo della malattia, allontana la persona dal mondo e dagli affetti: «La presenza si raccoglie nell'ascolto del proprio corpo, un ascolto ansioso, inquieto che rattrappisce ogni prospettiva, allontana ogni progetto, defila il mondo in una distanza sempre più remota, perché, nel dolore, il mio corpo diventa per me il mondo, l'unico polo della mia cura» (così, U. GALIMBERTI, *Il corpo* (1983), Feltrinelli, 2013, p. 275). Cfr. anche S. NATOLI, *L'esperienza del dolore. Le forme del patire nella cultura occidentale* (1986), Feltrinelli, 2010, p. 29: «Chi è colpito dal dolore entra in questo cerchio di estraneazione, si percepisce diverso e perciò si fa discontinuo al mondo ed estraneo».
[10] Cfr. M. FOGLIA, *Nell'acquario. Contributo della medicina narrativa al discorso giuridico sulla relazione di cura*, in *Resp. medica*, 2018, p. 373 ss.
[11] Cfr. P. LAÍN ENTRALGO, *El médico y el infermo* (1969), trad. it. *Il medico e il malato*, Edizioni Saletta dell'Uva, 2007, p. 60.
[12] G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, 1995, p. 3. Ciò a sottolineare che nel ricostruire la volontà della persona, ad esempio nelle decisioni di fine vita, non si può mai prescindere dalla "biografia" della persona. V. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 253.
[13] È il caso, sempre più frequente, dei pazienti provenienti da altri paesi e altre culture, che pur vivendo da molti anni in Italia, lasciano la loro famiglia o i loro cari nel proprio paese d'origine.
[14] Nel libro di G. LONATI, *L'ultima cosa bella. Dignità e libertà alla fine della vita*, Rizzoli, 2017, si raccontano storie di pazienti nella fase finale della vita. Che si possa vivere la ricchezza della vita anche nell'esperienza del morire lo insegna anche É. SCHMITT, *Oscar et la dame rose* (2002), trad. it. *Oscar e la dama in rosa*, Rizzoli, 2005, e lo racconta E. MIGLIOLI, *La notte può attendere. Lettere e storie di speranza nelle stanze della malattia terminale*, Paoline, 2013. V., su questo tema, anche S.B. NULAND, *cit.*, p. 284: «Finché un uomo non sarà consapevole della sua morte e, per quanto possibile, informato delle condizioni in cui essa avverrà, non potrà vivere bene e condividere i momenti finali con coloro che ama. Senza tale condivisione, anche se i suoi cari saranno presenti al momento del trapasso, egli resterà solo e abbandonato. Proprio la promessa di una compagnia spirituale rende possibile, in prossimità della fine, la speranza, molto di più di quanto non faccia il terrore di rimanere privi della presenza fisica degli altri».

Fino all'ultimo c'è vita e dunque per ognuno è un diritto viverla fino al suo naturale compimento, assumendo decisioni che riguardano la propria persona e le relazioni con coloro da cui ci si deve separare. Non c'è solo una morte biologica, c'è anche una morte "biografica", che è la morte degli affetti e delle relazioni con gli altri[15].
E allora ci si chiede – con le parole di Georg Gadamer – «Fino a che punto il medico può mitigare le sofferenze, se insieme al dolore sottrae anche la personalità, la vita di cui essa è pienamente responsabile così come la sua morte? […] L' "anima" non è un ambito parziale, bensì la complessiva esistenza corporea dell'uomo. Aristotele già lo sapeva. L'anima è la vita del corpo»[16].

2. Il limite della medicina tecnologica.

Il cervello è l'organo al quale gli studiosi delle neuroscienze attribuiscono la capacità dell'uomo di intrecciare rapporti e dare significato alla vita. A volte, però, il cervello si guasta e non può svolgere più la sua funzione. Ed è proprio l'aspetto relazionale degli esseri umani che dà senso a tutto.
Vi sono alcuni interventi medici che hanno un notevole impatto sulla vita, al punto che in quei frangenti critici «la domanda non è semplicemente se vivere o morire, ma che genere di vita valga la pena di vivere»[17]. Non è facile per il medico valutare quali vite si possano salvare, quali no, e – soprattutto – quali *non si dovrebbero* salvare. La capacità di prognosi è elevatissima ma non infallibile.
Chi decide se una vita valga la pena di essere salvata? Di chi è la *competenza* per una scelta simile? Se non è il malato, preferibilmente sotto la guida di un medico, chi può? Spesso sono i medici a dover assumere in situazioni drammatiche e contingenti una tale decisione. Non sempre è facile convincere noi stessi che una vita non si dovrebbe salvare. Ancor più angosciosa e drammatica si presenta la decisione quando essa riguarda un proprio caro. Qui può venire in soccorso la prospettiva e la competenza del medico. Tuttavia, resta difficile comprendere qual è il *limite* della medicina oltre il quale è giusto e opportuno non spingersi. Qualche medico lo ammette: «Un tempo pensavo che la cosa più ardua del mestiere di medico fosse acquisire le

[15] Esistono oggi le cure palliative il cui scopo è proprio quello di far coincidere la morte biografica con quella biologica. Ma si parla anche di "morte sociale", quella che colpisce il destinatario di una prognosi infausta. Su questo profilo v. M. MARZANO, *Scelte finali. Morire di cancro in Italia*, il Mulino, 2004, p. 7: «La morte e il morire sono, in un certo senso, processi sociali. Una persona comincia a morire di cancro socialmente all'indomani di una prognosi infausta, ovvero nel momento in cui qualcuno (il medico, se non altro) sa che egli è destinato a morire in un lasso di tempo piuttosto breve (alcune settimane o, al limite, pochi mesi) in conseguenza di un tumore maligno. L'esistenza di una prognosi infausta provoca un cambiamento drammatico e repentino nelle interazioni sociali attorno al malato».
[16] G. GADAMER, *Über die Verborgenheit der Gesundheit* (1993), trad. it. *Dove si nasconde la salute*, Raffaello Cortina, 1994, p. 180 s. Il dolore oggi si vive nell'ideologia dell'uomo artificiale, giacché l'uomo contemporaneo ripone grande fiducia nella tecnica: cfr. S. NATOLI, *cit.*, *passim*.
[17] P. KALANITHI, *cit.*, p. 47: «Rinunceresti alla tua capacità di parlare – o a quella di tua madre – per qualche mese di vita in più? Alla funzionalità della tua mano destra per bloccare gli attacchi epilettici? Accetteresti l'ampliamento del tuo punto cieco pur di eliminare la minima possibilità di un'emorragia cerebrale fatale? A quanta sofferenza neurologica sottoporresti tuo figlio prima di dire che è preferibile la morte? Dal momento che il cervello media la nostra esperienza del mondo, qualsiasi problema neurochirurgico costringe un paziente e la sua famiglia, preferibilmente sotto la guida di un medico, a rispondere a questa domanda: cos'è che dà significato alla vita umana, quanto basta per continuare a viverla?».

necessarie competenze. […] No, mi sono reso conto che la cosa più difficile è capire dove comincia e dove finisce il nostro potere»[18].

Il medico deve avere coscienza dei propri limiti e riconoscere quando la sua scienza non può produrre la guarigione: «Oggi disponiamo delle sofisticate risorse della medicina moderna. Imparare ad usarle è piuttosto difficile. Ma la cosa in assoluto più difficile è comprenderne i limiti»[19].

Sin dai tempi della Grecia classica lo scopo attribuito alla medicina era di liberare i malati dalle sofferenze e contenere la violenza della malattia, ma ciò «nella consapevolezza dei propri limiti operativi e della superiorità occasionale delle forze della natura, su cui si fonda un impegno etico al non accanimento»[20].

Il problema del limite della medicina si fa sempre più angosciante, a causa dell'inarrestabile progresso delle biotecnologie. Tuttavia, resta impossibile parlare del confine tra ciò che si può e ciò che non si può fare, come se fosse una linea tracciata con chiarezza sul letto d'ospedale. Non esiste infatti protocollo o linea-guida in grado di indicare dove e quando finisce il potere del medico. Preoccupano, in particolare, quelle situazioni, purtroppo non infrequenti, di malattie gravi e incurabili a causa delle quali una vita del paziente fuori dall'ospedale è impensabile.

Scelte tragiche sulla vita si compiono sovente nelle sedi ospedaliere, molto spesso nelle terapie intensive o nei reparti di rianimazione, di fronte alla possibilità di non iniziare o di sospendere gli interventi di terapia intensiva. Situazioni in cui, a causa delle drammatiche condizioni di salute del paziente ricoverato, è raro che questi sia capace di esprimere un consenso o un rifiuto alle cure; contesti in cui la percentuale di decessi, rispetto alle ammissioni alla degenza, è considerevole[21]: sicché, non di rado, la relazione di cura si instaura con il paziente *morente*. Scelte sulla vita il cui peso enorme non può più gravare *esclusivamente* sull'*équipe* sanitaria, chiedendo ai medici di agire in "scienza e coscienza"[22]. Né può essere demandata ai familiari, i quali non sempre sono in grado di capire la reale situazione clinica del paziente, e tendono a volere conservare la vita del proprio caro affidandosi all'onnipotenza della medicina[23].

La "giusta decisione" non può prescindere dalla partecipazione del paziente, dalla sua volontà e dalla sua personale idea di salute e di vita. Eppure, fino ad oggi, la volontà dei pazienti ricoverati

---

[18] A. GAWANDE, *Better. A Surgeon's Notes on Performance* (2007), trad. it. *Con cura. Diario di un medico deciso a fare meglio*, Einaudi, 2008, p. 144.

[19] Id. p. 147. Cfr. anche M. BOBBIO, *Il malato immaginario*, Einaudi, 2010, p. 7 ss.: «Ci stiamo adagiando nell'idea che la medicina e la chirurgia possano risolvere ogni sofferenza e prolungare la vita al di là di ogni aspettativa. […] Ma soprattutto, e questo può essere ancora più pericoloso, in una medicina che non sa riflettere sui propri limiti»; ID., *Troppa medicina. Un uso eccessivo può nuocere alla salute*, Einaudi, 2017.

[20] V. GAZZANIGA, *La medicina antica*, Carocci, 2014, p. 16.

[21] Con riguardo ai reparti di terapia intensiva v. G. BERTOLINI (a cura di), *Scelte sulla vita. L'esperienza di cura nei reparti di terapia intensiva*, Edizioni Angelo Guerini, 2007. Il libro è il frutto di una ricerca condotta dal gruppo GiViTi (Gruppo Italiano per la Valutazione degli Interventi in Terapia Intensiva), cui hanno partecipato 84 unità di terapia intensiva localizzate in tutta Italia. Esse hanno reclutato oltre 3700 pazienti per gli aspetti quantitativi, e 6 unità per la parte della descrizione narrativa.

[22] Certo è fondamentale il contributo del medico nella valutazione sull'inutilità del trattamento e nello stabilire il momento in cui l'intervento medico si trasforma in accanimento clinico.

[23] S. GARATTINI nella *Prefazione* a G. BERTOLINI (a cura di), *cit.*, p. 8.

in stato di incoscienza è stata raramente disponibile[24]. Il che si può spiegare anche in ragione della mancanza, ora superata (almeno sul piano teorico) dalla legge n. 219/2017, di un dato normativo certo che chiarisse inequivocabilmente la possibilità di scelte di fine vita ineludibili, quand'anche esercitate nell'ottica di futura pianificazione[25].

L'esempio del reparto di terapia intensiva è significativo per molte ragioni[26]. È, innanzitutto, il posto in cui si trovano i pazienti più fragili; ed è il luogo dove la medicina moderna mette in campo tutto il suo dispiegamento tecnologico[27], le cui potenzialità si concentrano esclusivamente sul corpo, inteso come organismo[28]. Ci si chiede, allora, che fine faccia la *relazione di cura* con il paziente laddove lo sforzo degli operatori è concentrato tutto sul corpo[29] e la tecnologia della medicina serve, per mezzo delle «macchine», a "supportare" la vita umana[30] (e fino a che punto?). Scelte *difficili*, dicevamo, giocate «tra volontà assente del paziente, dubbio sul credito da dare alla volontà del parente e certezza di una decisione che deve essere presa»[31]; scelte *etiche* che sfociano nell'interrogativo socratico «cosa rende una vita degna di essere vissuta?», la cui risposta non può essere lasciata, solo, al medico.

Il reparto di terapia intensiva è il posto in cui si misura, non solo la qualità della vita, ma anche la *qualità della morte.* Impressiona sapere che in questi reparti, nella larga maggioranza delle ammissioni, tutta la tecnologia disponibile per quel malato specifico venga *immediatamente* applicata. Per cui non si pone la questione del *cominciare*, ma soltanto il problema del *sospendere* una terapia[32].

Nei reparti di terapia intensiva ci si pone molto spesso il problema del *limite* delle cure intensive. Uno degli obiettivi del medico intensivista è quello di «sostenere temporaneamente le funzioni vitali, soprattutto quelle respiratoria e cardiocircolatoria, per guadagnare tempo mentre si cerca di curare la malattia di base o la condizione acuta»[33]. Si parla, in questi casi, di *suscettibilità al trattamento*, intendendo con essa «la fondata previsione o la evidenza diretta che i trattamenti diagnostico-terapeutici siano in grado di portare un beneficio per la salute del paziente e/o un

---

[24] Secondo i dati raccolti in G. BERTOLINI (a cura di), *cit*., solo nell'8% degli ammessi; una percentuale che si raddoppia se si tiene conto anche delle dichiarazioni dei familiari.

[25] Per un approfondimento sia consentito il rinvio a M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, 2018.

[26] Per un ricco studio etnografico v. R. LUSARDI, *Corpi, tecnologie e pratiche di cura. Uno studio etnografico in Terapia Intensiva*, Franco Angeli, 2012.

[27] V. S. TOMELLERI, *L'ambivalenza della tecnologia nelle decisioni in fine vita*, in G. BERTOLINI (a cura di), *cit*., p. 143 ss.

[28] Cfr. G. BERTOLINI, *Ricercare riflettendo*, in ID. (a cura di), *cit*., p. 9.

[29] Cfr. S. TOMELLERI, *«Ma se ci fosse una specie di fantasma». Narrazioni significative nelle pratiche mediche delle terapie intensive italiane*, in *Rass. it. sociologia*, 2007, p. 97: «In tutte le Terapie Intensive (TI) che hanno partecipato ai gruppi di discussione è prevalente una *narrazione di scoperta della relazione*. Essa tocca varie dimensioni tra loro intrecciate della pratica medica e descrive situazioni relazionali e decisionali ambivalenti» (corsivo dell'A.).

[30] V. C. BARBISAN, *Il concetto e la pratica del limite*, in G. BERTOLINI (a cura di), *cit*., p. 131 ss., le cui considerazioni si inseriscono nel dibattito sui fini della medicina da un lato, e sulla consistenza etica delle scelte dall'altro.

[31] E. BELLI, G. BERTOLINI, *Le volontà in gioco*, in G. BERTOLINI (a cura di), *cit*., p. 31.

[32] Cfr. G. BERTOLINI (a cura di), *Scelte sulla vita. L'esperienza di cura nei reparti di terapia intensiva*, *cit*., p. 8.

[33] G. BERTOLINI, *Ricercare riflettendo*, *cit*., p. 12.

miglioramento della sua qualità della vita»[34].
Ebbene, la suscettibilità al trattamento costituisce il presupposto ed il limite dell'intervento del medico intensivista, oltre il quale i trattamenti intensivi avrebbero l'unica conseguenza di prolungare inutilmente l'agonia del malato giunto alla fase terminale. Lì s'impone la *desistenza terapeutica*, a pena di ledere irreparabilmente la dignità della persona.

3. Per un'educazione del morire.
Nell'epoca della tecnica l'*homo faber* rivolge le sue opere su se stesso, sino al punto di dover riconsiderare i dati dell'esistenza umana[35]. È il caso della mortalità e del tema del prolungamento della vita: l'uomo non accetta più il dato della morte[36], la cui ineluttabilità è sostituita dalla decisione umana[37].
Muta il senso della nostra finitudine, cambia l'atteggiamento dell'uomo verso la morte. Se un tempo essa era un dato irrefutabile, oggi è quantomeno differibile. L'uomo tende a mitizzare la medicina e si aspetta l'immortalità; la malattia viene vista come incidente di percorso o come insuccesso della medicina "eroica".
Dinanzi al potere tecnologico, all'uomo non resta che fare ricorso al diritto e alle forme di regolazione giuridica, nel tentativo di governare normativamente quella spinta utopica immanente nell'agire umano nell'era della tecnica moderna[38].
Il diritto è chiamato a dare risposte a domande brucianti, quelle che provengono direttamente dal letto di chi soffre e si rivolge dritto a chi ha la fortuna o la grazia di essere (ancora) sano:

> Se un medico vi dicesse: «Lei ha una malattia incurabile e le resta poco da vivere, però: noi potremmo farle un buco nella pancia (gastrostomia) per poterla alimentare, poi le praticheremo un foro nel collo (tracheostomia) per permetterle di respirare, le introdurremo un tubicino nell'uretra (catetere vescicale) per consentirle di urinare, un'infermiera le svuoterà giornalmente l'intestino… Naturalmente dovremo sottoporla a forti terapie antibiotiche per contenere le infezioni causate dai tubi… Inevitabilmente dovrà sopportare i decubiti, piaghe dolorose che corrodono la carne fino all'osso… Però, lei potrà vivere un anno o più!».
> Se un medico vi dicesse: «Lei ha una malattia incurabile e le resta poco da vivere, però: noi potremmo ridurre le sue sofferenze al minimo e, su sua richiesta, procurarle una morte indolore, purtroppo la scienza ha i suoi limiti».
> Da quale medico vorreste essere curati?[39]

---

[34] *Ibid.*, in nt. 4.
[35] V. H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung* (1979), trad. it. *Il principio responsabilità*, Einaudi, 2009, p. 24 ss.
[36] V. I. HEATH, *Matters of Life and Death. Key Writings* (2007), trad. it. *Modi di morire*, Bollati Boringhieri, 2009, p. 13 ss.
[37] È quanto afferma S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, p. 248: «Il morire è sempre più governabile dall'uomo, appartiene alla sua vita, e dunque rientra nell'autonomia delle scelte di ciascuno».
[38] Cfr. ancora H. JONAS, *cit.*, p. 29 ss. Per un'analisi più ampia del problema di quale sia il ruolo del diritto nell'età della tecnica, con particolare riferimento al tema dell'eutanasia, v. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, 2004.
[39] La domanda è posta da Piergiorgio Welby in P. WELBY, *Lasciatemi morire*, Rizzoli, 2006, p. 18.

Sollecitazioni del genere conducono al tema della *consensualità*, ovverosia al ruolo del consenso come limite invalicabile al trattamento sanitario, quale confine e perimetro del potere della medicina dinanzi all'Uomo, alla persona che si appresta ad affrontare l'ultima tappa del suo cammino.

Un consenso che restituisce "umanità", quell'umanità che Marguerite Yourcenar descrive nitidamente narrando la morte dell'Imperatore Adriano: «Fino all'ultimo istante, Adriano sarà stato amato d'amore umano […] Un istante ancora, guardiamo insieme le rive familiari, le cose che certamente non vedremo mai più… Cerchiamo di entrare nella morte ad occhi aperti…»[40].

È il medico stesso che invoca una precisa coscienza etica e professionale del "limite" del proprio operare. Il morire, il *processo* del morire, non riguarda soltanto la persona malata, le persone care, i familiari, gli amici; riguarda anche chi "si prende cura" di queste persone. Dunque occorre prepararsi, progettare la propria "vita alla fine", apprendere una vera *ars bene moriendi*.

Per prima cosa è necessario accettare la morte, la propria o quella di una persona cara, come facente parte della vita[41]. La morte esiste[42]: è un fatto ineluttabile. Alle volte appare tragicamente prematura, quando improvvisamente colpisce giovani o bambini nel pieno della vita. Per i più fortunati, invece, giunge alla fine di una lunga avventura. Ma, ad un certo punto, ce la troviamo improvvisamente davanti, a sbarrarci la strada, e ci accorgiamo della profonda verità delle parole di Michel de Montaigne: "Insegnare a morire è insegnare a vivere".

Una morte migliore significa una vita migliore; la cultura della terminalità è prima di tutto cultura della vita. E un'educazione alla morte e al morire serve a sciogliere i dubbi sull'opportunità di dire ai malati la verità circa le proprie sorti terapeutiche.

Cresce il numero dei libri, scritti da autori provenienti da varie discipline, in cui si discute della morte e del morire. Testimonianze dirette di uomini e donne che si trovano ad affrontare l'ultimo stadio della loro esistenza[43] e ci inducono ad una riflessione sulla morte, una *meditatio mortis*, che ci ricorda che la vita, ogni giorno, merita di essere vissuta.

Nel 2010 la scrittrice statunitense Ellen Goodman ha fondato il *Conversation project*[44]: un progetto per promuovere l'incontro tra persone che desiderano condividere i racconti delle morti dei loro cari[45]. In Italia è rimasta impressa nella memoria collettiva la toccante testimonianza di

---

[40] M. YOURCENAR, *Mémoires d'Hadrien suivi de Carnets de notes de Mémoires d'Hadrien* (1951), trad. it. *Memorie di Adriano seguite da taccuini di appunti*, Einaudi, 2002, p. 275 s.

[41] Cfr. S.B. NULAND, *cit*., p. 283: «Bob era sempre vissuto con la consapevolezza che l'esistenza di un uomo non solo era destinata a finire, ma poteva da un momento all'altro terminare in maniera inaspettata: questa era la fonte della terribile ansia che provava a contatto con tutto ciò che avesse a che fare con la medicina e, nel contempo, anche la motivazione che gli permise di accettare la morte nel momento in cui apprese del suo male incurabile».

[42] Per un utile approfondimento sul "trovarsi dinanzi alla morte", anche nella prospettiva delle diverse esperienze religiose, v. I. TESTONI *et al.* (a cura di), *Vedere oltre. La spiritualità dinanzi al morire nelle diverse religioni*, Lindau, 2015.

[43] Tra queste v. il documentario di M. OHAYON, *Cristina* (2016), in cui si racconta di una trentasettenne che combatte tenacemente contro il cancro, mentre con entusiasmo incoraggia gli altri a vivere nel presente.

[44] *https://theconversationproject.org.*

[45] Goodman pubblica guide come quella dell'*Ariadne Labs*, ma destinate alle persone comuni. Tra questi racconti si legge di Laurie Kay, una donna di 70 anni di Boston, la quale disse al marito e alla figlia che per lei la dignità era la cosa più importante: Kay voleva avere sempre un aspetto curato, con lo smalto alle unghie. "Potrei cambiare idea", disse, "ma dato che abbiamo affrontato quest'argomento possiamo sempre riaprirlo".

Piergiorgio Welby, raccontata nel suo libro *Lasciatemi morire*[46]. Un uomo prigioniero del proprio corpo, costretto per anni a vivere attaccato a macchine che non voleva, gridava al mondo il suo dolore chiedendo di porre fine a quell'accanimento terapeutico. Più di recente si è discusso della fine della vita nel commovente libro del defunto neurochirurgo Paul Kalanithi, *Quando il respiro si fa aria*[47]; o nel premiato documentario *Extremis* (2016), girato in un'unità di terapia intensiva, in cui è offerto uno spaccato realistico della vita negli ospedali.

Voci lontane, provenienti da una dimensione remota che sembra non appartenerci. Finché la malattia, la morte, non viene a farci visita e ci tocca in prima persona. Tutto cambia, tutto sembra rallentare e, dopo lo choc e la paura, si fa più nitido[48]. Anche il singolo attimo assume valore, il domani non è più una certezza: c'è solo il *qui e ora.*

In tali situazioni l'uomo per istinto si sente ancor più attaccato alla vita, vorrebbe fare qualsiasi cosa pur di vivere il più a lungo possibile. Emerge un istintivo *desiderio di salute*[49]. C'è chi accetta di essere attaccato ad una macchina pur di sopravvivere e – per dirla in gergo medico – "rubare tempo" alla morte, anche se per poco e con grande sofferenza; c'è chi, invece, desidera andare incontro alla morte naturalmente, senza subire trattamenti invasivi che avrebbero scarsissime o nulle possibilità di vincere la malattia, e il cui effetto sarebbe soltanto quello di protrarre la sofferenza senza benefici significativi[50]. Andare avanti non sarebbe più *umano* e offenderebbe la dignità della persona malata. Pur desiderando ardentemente di ritornare sano, di fronte all'impossibilità tecnica di vincere la malattia, l'identità del malato si specchia nella *qualità* della vita rimanente, che chiede dunque alla scienza di non accanirsi contro di lui[51].

In alcuni casi, come in una diagnosi di cancro con prognosi fatale, si è costretti a guardare la morte in faccia, ad affrontarla lucidamente. Il malato terminale può assumere, liberamente e con l'aiuto dei medici, le decisioni riguardanti le scelte terapeutiche che consentono, laddove possibile, una fine serena e dignitosa. In altre situazioni, invece, la persona non è in grado di esprimere il proprio consenso o dissenso alle cure (per un improvviso stato di incoscienza, ad esempio), e il rischio che il paziente si trovi a subire dei trattamenti che, per nessuna ragione al mondo, avrebbe voluto e autorizzato è concreto. Senza una chiara e univoca determinazione del paziente, il medico è soggetto al generale dovere di salvaguardare la vita.

È proprio al fine di evitare che si giunga a situazioni in cui non è nota o non è chiara la volontà della persona, che il diritto dovrebbe offrire lo strumento per *pianificare* il proprio destino terapeutico nell'ipotesi in cui la capacità dovesse improvvisamente venir meno. Una

---

[46] P. WELBY, *cit.*

[47] P. KALANITHI, *cit.*

[48] Descrive ed analizza le fasi che seguono la diagnosi di una malattia mortale, E. KÜBLER-ROSS, *On Death and Dying* (1969), trad. it. *La morte e il morire*, 13° ed., Cittadella, 2013, p. 56 ss.: 1. rifiuto e isolamento; 2. la collera; 3. venire a patti; 4. la depressione; 5. l'accettazione.

[49] V. S.B. NULAND, *cit.*, p. 266 ss.

[50] E, del resto, lo ammette anche la dottrina cattolica: «Se, infatti, può essere considerato degno di lode chi accetta volontariamente di soffrire rinunciando a interventi antidolorifici per conservare la piena lucidità e partecipare, se credente, in maniera consapevole alla passione del Signore, tale comportamento "eroico" non può essere ritenuto doveroso per tutti» (GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium Vitae*, 25 marzo 1995, cap. 65).

[51] Entrambe le scelte vanno – semplicemente – rispettate. Alla base di tali scelte vi è un diritto a decidere del sé nell'ultimo stadio dell'esistenza. Il ruolo dei medici è quello di assistere il malato, accompagnarlo, fornendogli tutte le informazioni necessarie per una decisione ponderata e consapevole.

pianificazione condivisa delle cure che il medico sia tenuto a rispettare ed eseguire, anche quando e se il paziente dovesse cadere in una condizione di incapacità[52].

4. Pianificazione condivisa delle cure.

Vi sono situazioni, come – ad esempio – nel caso del paziente anziano, in cui la persona è affetta da una patologia cronica e invalidante, le cui condizioni a ogni ricovero successivo risultano sempre più gravi; oppure pazienti con prognosi infausta, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione della patologia sin alla fase terminale: si pensi alla persona affetta da una forma grave di sindrome laterale amiotrofica che rifiutasse, ora per allora, l'applicazione di terapie quali la ventilazione meccanica o l'alimentazione artificiale.

In tutti questi casi, la legge n. 219/2017 ha introdotto lo strumento della «pianificazione condivisa delle cure». L'art. 5 dispone che: «Nella relazione tra paziente e medico […] rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'*équipe* sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità».

Tale strumento soddisfa utilmente quel generale bisogno, avvertito nei contesti di cura, di decisioni più «condivise»[53]. *Condividere* una decisione postula la negoziazione della scelta tra il paziente, da un lato, e l'*équipe* sanitaria dall'altro. Ciascuno può avere un ruolo nella costruzione della scelta[54]. La condivisione serve ad alleggerire il carico della decisione, ma soprattutto ad elaborare scelte meditate e consapevoli.

La decisione della persona malata si inserisce, una volta di più, in un contesto relazionale – la relazione di cura – che assume i tratti di un processo decisionale in cui sono attivamente coinvolti tutti i sanitari, ciascuno in base alle proprie competenze. E non solo per le necessarie valutazioni cliniche, ma per aiutare altresì il paziente a comprendere quale potrà essere la prospettiva che più si avvicina all'immagine di Sé, quali cure rispetteranno la sua idea di dignità e quali invece saranno contrarie alle sue aspettative. È qui che avviene l'"incontro" tra il singolo sanitario che compone l'*équipe* ed il paziente, allorché il primo si avvicina alla persona malata con empatia e sincerità, e la informa, cercando di entrare nel *suo* universo di valori, di angosce, di paure, di desideri.

Come si vede, anche nella pianificazione delle cure di fine vita è premiata la consensualità: la volontà del paziente, proiettata ed estesa ad un prossimo futuro, è vincolante per i sanitari, che devono attenersi alla sua decisione. Affinché si possa realizzare appieno un siffatto processo decisionale, è fondamentale l'aspetto dell'informazione. Al comma 2 dell'art. 5 della legge in

[52] Cfr. l'art. 5 della legge n. 219/2017: «Nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità».

[53] M. ZANCHI, *Prossimità e distanze*, in G. BERTOLINI (a cura di), *Scelte sulla vita, cit.*, p. 33.

[54] Cfr. L. FORNI, *Scelte giuste per salute e sanità. L'appropriatezza nelle cure tra doveri di informazione e corretta gestione delle risorse*, in *Resp. medica*, 2017, p. 471 ss.

parola è previsto che «Il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati […], in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative».

La condivisione delle cure presuppone una reale e autentica comunicazione tra il medico e il paziente: egli dev'essere *adeguatamente* informato del possibile evolversi della patologia in atto; dev'essere consapevole di quanto gli sta accadendo, il che non lascia più spazio alle mezze verità, al non detto, alle ambiguità. Il medico deve rispondere alle domande del malato[55].

L'informazione, la consapevolezza, la condivisione di un progetto di cura che porti ad un obiettivo finale comune a medico e paziente, sono requisiti fondamentali per consentire alla persona malata di vivere la *sua morte*, se non con serenità almeno con dignità e conforto. Perché, com'è stato scritto, «la morte appartiene ai morenti e a coloro che li amano; e, per quanto possa essere deturpata dalla malattia, non bisogna permettere che venga ulteriormente svilita da inutili tentativi di combatterla, seppur dettati dalle migliori intenzioni»[56].

Aprire alla pianificazione delle proprie sorti terapeutiche, in ultima analisi, non vuol dire levare dei diritti a qualcuno, bensì aggiungerli, o semplicemente riconoscerli, al novero delle libertà individuali. Un dibattito più disteso, scevro da implicazioni ideologiche, politiche e religiose, consentirebbe di mettere a fuoco il nocciolo del problema. Non si discute su chi è contro o a favore della vita. Non si parla di omicidio e neppure di una forma di accelerazione della morte (semmai le si va incontro).

Chi è affetto da una malattia allo stadio terminale ama la vita e desidererebbe viverla almeno al pari di quanto lo voglia una persona in salute. Ed è proprio in nome di un diritto a vivere dignitosamente e con pienezza fino all'ultimo tratto della vita che alcuni non desiderano protrarre in modo innaturale il dolore e le sofferenze di una vita che diventerebbe, soltanto, artificiale o, se si preferisce, "assistita".

5. Il problema dell'eutanasia.

Il problema dell'eutanasia[57] si affaccia ogni qual volta si discuta delle tematiche del fine vita[58].

---

[55] Lo spiega bene L. ORSI nella sua *Introduzione* a E. MIGLIOLI, *cit*., pp. 13-14, menzionando le domande più frequenti che il malato pone nelle conversazioni di fine vita: «"Adesso voglio sapere che malattia ho!", "Potrò ancora fare le chemioterapie?", "Quanto mi rimane da vivere?", "Come sarà la fine?", "Soffrirò?"».

[56] S.B. NULAND, *cit*., p. 311.

[57] In una fase iniziale del dibattito sociale v., in particolare, P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ*., 1982, I, p. 634 ss. (e ora in ID., *Danno da procreazione*, Giuffrè, 2006, p. 173 ss.); G. GISTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Cedam, 1982; F. D'AGOSTINO, *L'eutanasia come problema giuridico*, in *Arch. giur*., 1987, p. 46 ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg*., 1984, p. 1021 ss.

[58] Per ulteriori approfondimenti dei temi del "fine vita" si possono consultare S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Fam. pers. succ*., 2006, p. 390 ss.; G. OPPO, *Problemi giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ*., 2008, I, p. 377 ss., su cui in seguito F.D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ*., 2011, I, p. 153 ss.; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, 2008; M. GALLETTI, S. ZULLO (a cura di), *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, Firenze University press, 2008; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità del morire*, Cedam, 2009; MIR. BIANCA (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Giuffrè, 2011; A. D'ALOIA, voce «Eutanasia», in

In Italia, sin dal più noto «caso Welby», il tema è stato affrontato a più riprese con riguardo a quelle vicende di cui si sono occupati i media[59]. La recente approvazione della legge n. 219/2017, definita da alcuni una «anticamera dell'eutanasia», ha riacceso il dibattito pubblico.
L'obiezione più frequente al riconoscimento del diritto di rifiutare cure salvavita o alla regolamentazione delle disposizioni anticipate di trattamento si fonda sull'argomento del «pendio scivoloso»[60]. Si teme che consentire la pianificazione delle proprie sorti terapeutiche aprirebbe alla legittimazione di condotte eutanasiche[61].
È utile allora fare chiarezza sul vero significato della parola "eutanasia"; ci si chiede se fu davvero eutanasia quella che ha riguardato la morte di Eluana Englaro[62], e ci si interroga se la nuova legge sulle disposizioni anticipate di trattamento e sulla pianificazione delle cure apra davvero a pratiche di tipo eutanasico[63].
Le definizioni offerte dai dizionari più accreditati non sono d'aiuto. Eutanasia significa etimologicamente "dolce morte", morte "indolore", ma il contrasto fra le più varie declinazioni suggerite da divergenti indirizzi filosofici appare ancor oggi irriducibile. La definizione più diffusa e completa di eutanasia è quella offerta dalla Associazione europea per le cure palliative, per la quale si definisce eutanasia «l'uccisione intenzionale di un individuo da parte di un medico, per mezzo della somministrazione di farmaci, in seguito alla richiesta volontaria e competente di

---

Digesto civ., disc. priv., Agg. V, Utet, 2012, p. 308 ss.; G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche: il testamento biologico*, Giappichelli, 2012; L. GAUDINO, *L'ultima libertà. Scelte di fine vita: le questioni, le opinioni, il panorama internazionale e le prospettive italiane*, Forum Edizioni, 2013; G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, 2011, p. 1865 ss.; S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale: materiale per una discussione*, 2° ed., Giappichelli, 2014; M. DI MASI, *Il fine vita*, Ediesse, 2015; F. MARIN, *Bioetica di fine vita. La distinzione tra uccidere e lasciar morire*, Orthotes Editrice, 2017.

[59] Cfr. D. CARUSI, *Bioetica in TV: tre casi di rifiuto di cure*, in *Il Mulino*, 2004, p. 367 ss.

[60] D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, 2017, p. 133: «La struttura dell'argomento è la seguente: (1) Se il comportamento *x* viene permesso, è probabile venga tenuto in futuro il comportamento *y*; (2) *x* è moralmente accettabile mentre *y* è moralmente inaccettabile; (3) Quindi, si deve vietare *x* in modo da evitare *y*».

[61] Le vicende umane cui si fa riferimento rappresentano esempi paradigmatici di «conflitti pratici», in cui ragioni per agire di tipo morale e di tipo giuridico entrano in conflitto tra loro (su questo tema, di recente, v. D. CANALE, *cit*., p. 133 ss.). Ma l'argomento del "pendio scivoloso" qui appare non solo infondato, per le ragioni che ora si illustreranno nel testo, ma, dalla prospettiva del diritto, anche "irragionevole": «D'altronde, la tutela della vita biologica cede spesso, a certe condizioni, a fronte della tutela di altri valori […]. Nessuna soluzione è davvero neutrale, ma è sempre scelta di valore. All'interprete il compito di far dialogare interessi e valori in concorso, in modo non da farne prevalere uno su altro (secondo la medesima tecnica utilizzata nell'ipotesi di conflitto fra regole), ma di combinarli in concorso e bilanciarli ragionevolmente. […] Sì che, se un discorso logico-razionale applicato alla legge conduce a una soluzione contraria al diritto (ossia ai valori che ispirano l'intero sistema ordinamentale), a essere disapplicata è la prima, mai il secondo» (così G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, 2015, p. 100).

[62] V. F.D. BUSNELLI, *cit.*, p. 153 ss.

[63] Nel dibattito che ha immediatamente seguito l'approvazione della legge n. 219/2017, si è persino evocato un collegamento con la follia dei campi di sterminio nazisti. Sembra però ovvio che nel caso dei nazisti non si trattasse di una conseguenza del "piano inclinato", quanto di una precisa e feroce volontà di uccidere. Cfr. S. FOGLIA, *Il posto delle fragole. La scelta di morire con dignità*, Armenia, 2002, p. 23 ss.

tale individuo»[64].
Nel dibattito attuale il termine "eutanasia" si utilizza per indicare solo forme dirette o attive di uccisione del paziente[65], mentre l'eutanasia indiretta o per omissione è stata ridotta al rango di un generico rifiuto/rinuncia dei trattamenti sanitari[66].
La questione dell'eutanasia non è certamente un tema soltanto giuridico, ma è un problema medico, esistenziale e culturale[67]. Nel dibattito politico, tuttavia, il principale argomento contrario alla legalizzazione di condotte eutanasiche è di natura religiosa[68].
È dunque necessario affrontare tale argomento, seppur per sommi capi, al fine di sradicare quelle posizioni preconcette e ideologiche che confondono le acque, impediscono un dialogo disteso e hanno poca attinenza con la vita concreta delle persone che soffrono. L'obiettivo è infatti comprendere i nuovi dilemmi che nascono con l'età della tecnica ed assistere in ogni utile modo la persona che va incontro alla morte.
La cultura cristiana medievale e moderna non concepisce la pratica eutanasica per due principali ragioni. La prima si fonda sul principio della indisponibilità del corpo, secondo il quale l'uomo non è padrone della sua vita, ma Dio soltanto in quanto creatore. La seconda è la percezione negativa della morte rapida o improvvisa, perché impedirebbe la penitenza finale[69]. Nel pensiero

---

[64] Cfr., da ultimo, L. RADBRUCH *et al*., *Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care*, in *Palliative Medicine*, 2015, p. 5: «*Euthanasia is defined as follows: a physician (or other person) intentionally killing a person by the administration of drugs, at that person's voluntary and competent request*».
[65] L'opinione più accreditata respinge la distinzione tra eutanasia "attiva" o "passiva", trattandosi di una contraddizione in termini, poiché la condotta eutanasica è "attiva" per definizione. È quanto sostiene l'Associazione europea per le cure palliative, v. L. RADBRUCH *et al*., *cit*., p. 5: «*In the literature, as well as in the public debate, a distinction is sometimes drawn between so-called "active" and "passive" euthanasia. It is our view that this distinction is inappropriate. In our interpretation, as well as according to the Dutch understanding, euthanasia is active by definition, and so "passive" euthanasia is a contradiction in terms (an oxymoron). While this statement received high agreement in the Delphi process, it did not reach consensus among the board members of national palliative care associations in Europe according to the strict definition used in this study. Disagreement seemed to focus on the choice of the word "killing"; in addition, some comments maintained that it should only be a physician who is entitled to perform euthanasia, no other persons*».
[66] V. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008, p. 21 ss.
[67] Per un utile approfondimento nella prospettiva interdisciplinare v. M. REICHLIN, *L'etica e la buona morte*, Edizioni di Comunità, 2002; M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, il Mulino, 2015; D. CANALE, *cit*., p. 129 ss.; D. CASTELLANO (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, ESI, 2015.
[68] Il discorso che segue nel testo è riferito alla religione cattolica. Posizioni più aperte, che ammettono senza riserve il rifiuto all'accanimento clinico, si riscontrano in altre confessioni. Le Chiese protestanti europee, ad esempio, considerano ammissibile la scelta volontaria di interrompere o di rifiutare i trattamenti da parte di un paziente in grado di intendere e di volere; e ciò anche nel caso di situazioni controverse, come l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali nei pazienti in stato vegetativo persistente, che abbiano previamente espresso il consenso in merito a tale interruzione (cfr., da ultimo, il documento della Commissione Bioetica delle Chiese Battiste, Metodiste e Valdesi in Italia, *"È la fine, per me l'inizio della vita", Eutanasia e suicidio assistito: una prospettiva protestante*, Documento n. 18, aprile 2017).
[69] Va in questa direzione la preghiera, prevista dal *Rituale Romanum* di Paolo V, per il defunto in punto di morte, nella parte in cui compare la celebre invocazione *A subitanea et improvisa morte libera nos, Domine.*

cristiano l'avvicendarsi della morte[70] è infatti il momento in cui si consuma la sorte dell'anima, e nell'elaborazione cristiana più intransigente chiunque ricerchi una morte rapida e poco dolorosa commette peccato[71].

Non è allora difficile intuire le ragioni per cui la legalizzazione dell'eutanasia medica, ancorché diretta ad alleviare le inevitabili sofferenze del malato incurabile, sia rifiutata dalla dottrina cattolica, dato che per mezzo di essa si "procura anticipatamente la morte"[72]. Secondo la dottrina cattolica per eutanasia si deve intendere: «un'azione o un'omissione che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore. L'eutanasia si situa, dunque, al livello delle intenzioni e dei metodi usati»[73].

La stessa dottrina ammette però la decisione di rinunciare all'accanimento terapeutico: «a certi interventi medici non più adeguati alla reale situazione del malato, perché ormai sproporzionati ai risultati che si potrebbero sperare o anche perché troppo gravosi per lui e per la sua famiglia. In queste situazioni, quando la morte si preannuncia imminente e inevitabile, si può in coscienza rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, senza tuttavia interrompere le cure normali dovute all'ammalato in simili casi»[74].

Per la dottrina cattolica permane un obbligo morale di curarsi e farsi curare; obbligo che non esiste, come ricordato, nell'ordinamento giuridico, e che, tuttavia, anche per la dottrina cattolica «deve misurarsi con le situazioni concrete»[75]. Va, cioè, valutato se i mezzi terapeutici a disposizione siano oggettivamente proporzionati rispetto alle prospettive di miglioramento delle condizioni di salute del paziente, con la possibilità di rinunciare a mezzi straordinari o sproporzionati; rinuncia che non equivale al suicidio o all'eutanasia, ma «esprime piuttosto l'accettazione della condizione umana di fronte alla morte»[76].

In Italia il divieto di eutanasia è dettato dalle norme del codice penale concernenti l'omicidio del consenziente (art. 579) e l'istigazione o l'aiuto al suicidio (art. 580)[77]. Se ne trova conferma nel

---

[70] V., per tutti, K. RAHNER, *Das christliche Sterben* (1976), trad. it. *Il morire cristiano*, Queriniana, 2009, su cui v. le riflessioni di M. CHIODI, M. REICHLIN, *Morale della vita. Bioetica in prospettiva filosofica e teologica*, Queriniana, 2017, p. 298 ss.

[71] Su possibili, ulteriori, "scenari di senso" entro i quali il dolore viene giustificato e compreso v. S. NATOLI, *cit*., spec. p. 30 ss., dove l'A. affronta il tema del dolore come "prova".

[72] La stessa morte che l'uomo, per mezzo della scienza medica, cerca di allontanare. Senza il potere della medicina e dei suoi "dispositivi" l'uomo non arriverebbe neppure a quegli stadi avanzati della malattia in cui deve infine arrendersi e chiedere una morte "opportuna", inevitabile, ma sino ad allora procrastinata dall'agire della medicina tecnologica.

[73] CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull'eutanasia*, 5 maggio 1980 e, in senso conforme, GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium Vitae*, 25 marzo 1995, cap. 65.

[74] GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium Vitae*, *cit*.

[75] *Ibid*.

[76] *Ibid*.

[77] La Corte d'Assise di Milano, all'udienza del 14 febbraio 2018, nel procedimento a carico di Marco Cappato, imputato per il reato di cui all'art. 580 c.p. «per aver rafforzato il proposito suicidiario di Antoniani Fabiano (dj Fabo) affetto da tetraplegia e cecità a seguito di incidente stradale […] prospettandogli la possibilità di ottenere assistenza al suicidio […]», ha ritenuto necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 580 c.p.: i.) nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito al suicidio, per ritenuto contrasto con gli articoli 3, 13, comma 1, e 117 Cost. in relazione agli artt. 2 e 8 Cedu; ii.) nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione al suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della

Codice di deontologica medica (2014), che fa espresso divieto di atti «*finalizzati*» a provocare la morte del paziente (art. 17)[78]. È, insomma, illecito aiutare il paziente «a» morire.
È lecito, invece, aiutarlo «nel» morire. Si è soliti infatti affermare che scopo della medicina e del medico non è soltanto di guarire o di procrastinare il più possibile la morte, ma anche di alleviare le sofferenze del malato[79]. Se è vero che l'eutanasia aiuta «a» morire, di contro, la richiesta di interruzione di un trattamento sanitario *life-saving* non può essere avvicinabile ad una richiesta di tipo eutanasico, non essendo ravvisabili trattamenti *finalizzati* a provocare la morte del paziente[80]. La rimozione di "dispositivi medici" che tengono artificialmente in vita la persona che non vuole sottrarsi alla morte non equivale ad aiutarla «a» morire ma «nel» morire.
Il punto di contrasto più insolubile nel dialogo fra cattolici e laici consiste nella qualificazione di "mezzi straordinari" per la cura, atteso che per la dottrina cattolica fra i mezzi straordinari non andrebbero annoverate le cure considerate di sostegno vitale, come la nutrizione o l'idratazione artificiale[81]. In passato il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) si è diviso sul punto: nel documento approvato nel settembre 2005, dal titolo «*L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo*», tali terapie sono state codificate come quel «sostegno di base» che non si può mai negare, in nessun caso, a nessun paziente[82]. Più di recente, invece, nel documento del CNB

---

reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost. La Corte d'Assise ha sollevato la questione di legittimità costituzionale argomentando che, in forza dei principi normativi sopra richiamati, «all'individuo sia riconosciuta la libertà di decidere quando e come morire e che di conseguenza solo le azioni che pregiudichino la libertà della sua decisione possono costituire offesa al bene tutelato dalla norma in esame». Sulla questione si è pronunciata di recente la Consulta: v. Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, su cui, per un primissimo commento, si può vedere A. PISU, *Fine vita e aiuto al suicidio. La Consulta rinvia il giudizio sull'art. 580 c.p. e sollecita l'intervento del legislatore*, in *http://www.rivistaresponsabilitamedica.it*.

[78] La norma deontologica impone al medico di astenersi da trattamenti non proporzionati e da comportamenti *finalizzati* a provocare la morte (art. 16, comma 3).

[79] Cfr. F. MANTOVANI, voce «Eutanasia», nel *Digesto disc. pen.*, Utet, 1990, p. 425 ss.

[80] Sul tema v., di recente, M. AZZALINI, *Azione, omissione, astensione: semantica della condotta nell'atto medico e tutela dell'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. medica*, 2017, p. 457 ss.

[81] Non vi è unanimità di vedute fra gli stessi esponenti della Chiesa cattolica. Posizioni di maggior apertura sono state espresse, ad esempio, da C.M. MARTINI, *Io Welby e la Morte*, Il Sole-24 Ore, 21 gennaio 2007, e più di recente dallo stesso Papa Francesco nel *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al meeting regionale europeo della «World Medical Association» sulle questioni del "fine-vita"*, 16-17 novembre 2017. Cfr. anche i documentati saggi del medico L. PAVANELLI, *La dolce morte di Karol Wojtyla*, in *MicroMega*, 5, 2007 e ID., *L'eutanasia di Papa Wojtyla che la Chiesa vuole nascondere*, in *MicroMega*, 7, 2007.

[82] COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, 30 settembre 2005, testo sottoscritto dai soli bioeticisti cattolici e approvato malgrado il voto contrario di tutti gli altri membri. A pagina 2 del documento si legge che ai pazienti in stato vegetativo permanente va garantito «*il sostentamento ordinario di base*: la nutrizione e l'idratazione, sia che siano fornite per vie naturali che per vie non naturali o artificiali. *Nutrizione e idratazione* vanno considerati atti dovuti *eticamente* (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto *indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere* (garantendo la sopravvivenza, togliendo i sintomi di fame e sete, riducendo i rischi di infezioni dovute a deficit nutrizionale e ad immobilità). Anche quando l'alimentazione e l'idratazione devono essere forniti da altre persone ai pazienti in SVP per via artificiale, ci sono ragionevoli dubbi che tali atti possano essere considerati "atti medici" o "trattamenti medici" in senso proprio, analogamente ad altre terapie di supporto vitale, quali, ad esempio, la ventilazione meccanica. Acqua e cibo non diventano infatti una terapia medica soltanto perché vengono somministrati per via

in materia di «*Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*» (gennaio 2016), la maggioranza dei membri ha espresso un parere positivo circa la loro natura di trattamenti sanitari invasivi che, come tali, necessitano sempre del consenso della persona che li subisce.
Ad oggi l'opinione prevalente della comunità scientifica nazionale e internazionale è a favore della tesi secondo cui l'alimentazione e l'idratazione artificiali costituiscono a tutti gli effetti un trattamento medico. Le linee guida della Società Italiana per la Nutrizione Parenterale ed Enterale (2002) affermano chiaramente che si tratta di una «terapia medica» e non di «semplice assistenza»[83].
Di contro, quando si dice che sono "cibo e acqua" si fa uso di un linguaggio evocativo, giacché ciò che viene somministrato al paziente «sono composti chimici, soluzioni e preparati che implicano procedure tecnologiche e saperi scientifici»[84].
Sul piano giuridico non c'è più alcun dubbio che si tratti di atti sanitari. Oggi lo afferma esplicitamente la legge n. 219/2017, nel punto in cui dispone che «Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici» (art. 1, comma 5)[85].
Del resto, già in precedenza il Codice di deontologia medica regolava il «rifiuto consapevole di alimentarsi» (art. 53): «II medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l'assistenza, non assumendo iniziative costrittive né collaborando a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale».
Tuttavia, nonostante la legge non consenta di ottenere anticipatamente la morte mediante condotte eutanasiche attive[86], altri ritengono che depotenziando il dovere di garanzia del medico nei confronti del paziente e consentendo l'astensione o la sottrazione di cure indispensabili, come l'alimentazione o l'idratazione artificiale, si legittimerebbero di fatto forme di eutanasia "indiretta o per omissione"[87].

---

artificiale; si tratta di una procedura che (pur richiedendo indubbiamente una attenta scelta e valutazione preliminare del medico), a parte il piccolo intervento iniziale, è gestibile e sorvegliabile anche dagli stessi familiari del paziente (non essendo indispensabile la ospedalizzazione)» (corsivo nel testo).

[83] Linee guida SINPE per la Nutrizione Artificiale Ospedaliera 2002 (Parte Generale), in *Rivista Italiana di Nutrizione Parenterale ed Enterale*, 2002, S58 e S5: «La nutrizione artificiale (NA) è una procedura terapeutica mediante la quale è possibile soddisfare integralmente i fabbisogni nutrizionali di pazienti altrimenti non in grado di alimentarsi sufficientemente per la via naturale».

[84] *Nota integrativa* a COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, *cit*., p. 8, sottoscritta dai membri che si sono espressi favorevolmente rispetto all'ipotesi di sospensione, in determinate circostanze e con opportune garanzie, dell'idratazione e della nutrizione a carico di pazienti in SVP.

[85] Eguale soluzione è stata adottata, ad esempio, in Francia. La disciplina relativa al consenso per i trattamenti sanitari ed alle dichiarazioni anticipate di volontà è dettata principalmente dalle leggi n. 2005-370 del 22 aprile 2005 e n. 2016-87 del 2 febbraio 2016, le quali hanno novellato il *Code de la santé publique*. L'Article L. 1110-5-1 dispone, al secondo comma, che: «*La nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés conformément au premier alinéa du présent article*».

[86] La legge n. 219/2017 dispone espressamente che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali» (art. 1, comma 6).

[87] Si è già precisato (*supra* nel testo) che non è corretto parlare di eutanasia indiretta o per omissione in quanto l'eutanasia – per definizione – implica sempre forme dirette o attive di uccisione del paziente. E,

Come ora si cercherà di argomentare, la richiesta di interruzione dei trattamenti medici (tra cui, oltre alla ventilazione meccanica, la nutrizione o idratazione artificiale) che tengono in vita la persona non può – quantomeno sotto il profilo giuridico – considerarsi atto di natura eutanasica, dal momento che si tratta di assecondare un processo biologico secondo il suo *iter* naturale, sancendo l'autonomia della persona nel governo delle tecnologie applicate al proprio corpo[88].

6. (segue) limitazione dei trattamenti e rifiuto dell'accanimento clinico.

Chi afferma che rinunciare all'accanimento clinico equivale a "dare" la morte compie un salto logico di cui deve assumersi tutta la responsabilità[89].

S'è visto che "eutanasia" è quel gesto che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte. Con l'espressione "accanimento clinico", invece, ci si riferisce «ad una sproporzione fra l'efficacia e la gravosità delle cure praticate e i benefici ottenibili nelle circostanze cliniche concrete (si parla, a tale riguardo, di "cure futili"), fermo restando che ogni trattamento va valutato bilanciandone i potenziali apporti positivi (beneficialità) o negativi (*neminem laedere*)»[90].

La rinuncia all'accanimento clinico rappresenta il rifiuto «a quegli interventi sproporzionati, gravosi e inutili rispetto alla possibilità di arrestare il processo della morte del paziente, nel tentativo di prolungare la vita a ogni costo»[91]. Evitare l'accanimento clinico, perciò, non è eutanasia. Negare il proprio consenso ad una pratica terapeutica potenzialmente sproporzionata,

---

del resto, la sostanza non è dare nomi alle cose, bensì ragionare sull'interazione tra due valori quali la "vita" e la "libertà", che qui si trovano tra loro in apparente contrapposizione. In realtà, da uno sguardo ravvicinato, i due valori in gioco si sovrappongono: «Assolutizzare la vita come dono che ci viene fatto significa obliterare la libertà, la quale da un certo momento diventa coautrice della vita stessa così come essa si viene facendo; e assolutizzare la libertà significa sovraordinarla alla vita sul piano del valore, laddove è la vita che ne costituisce il presupposto e il fondamento» (così C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv*., 2010, p. 1037 ss.).

[88] Cfr. G. FERRANDO, *cit*., p. 1867.

[89] Si esprime così G. LONATI, *cit*., p. 210. Sempre tra i medici, v. G. BERTOLINI, *Ricercare riflettendo*, *cit*., p. 9: «È frutto di ignoranza o di superficialità porre sullo stesso piano l'eutanasia e la desistenza da cure *inappropriate per eccesso*, come troppo spesso si sente fare. Travolgere un paziente in fase agonica con trattamenti di nessuna utilità per lui, significa soltanto portarlo in quella condizione che già Kierkegaard indicava come la più mortale delle malattie: "il non poter più sperare neanche nella morte"».

[90] COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, *cit*., p. 6. Nello stesso senso si esprime la legge francese, sancendo che gli atti di prevenzione, indagine o cura non debbono essere perseguiti con un'ostinazione non ragionevole («*obstination déraisonnable*»). Qualora essi appaiano inutili, sproporzionati o non aventi altro effetto che il mantenimento artificiale in vita, possono essere sospesi o non iniziati e, in questo caso, il medico salvaguarda la dignità del malato e assicura la qualità della sua vita, ricorrendo a terapie palliative (cfr. Article L. 1110-5-1 *Code de la santé publique*: «*Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être mis en oeuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire*».

[91] *Il Vocabolario Treccani*, Il Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2003. Cfr. anche S.B. NULAND, *cit*., p. 288: «Esiste un altro fattore che oggi concorre frequentemente a isolare i malati incurabili: per definirlo, non trovo di meglio che il termine "inutilità". Il fatto di continuare il trattamento contro ogni ragionevolezza è per alcuni un atto eroico; troppo spesso, tuttavia, non è altro che un modo di rendere un cattivo servizio al paziente, un modo che rasenta la disonestà e crea una frattura netta fra gli interessi del malato e dei suoi familiari da un lato, e quelli dei medici dall'altro».

che può mantenere artificialmente in vita il paziente, non significa affatto chiedere la morte[92].
"Eutanasia" e "accanimento" obbediscono a due logiche diverse: «l'eutanasia è comandata dalla logica della morte procurata, l'accanimento terapeutico è comandato dalla logica della vita, della vita a ogni costo»[93]. Rinunciando alle cure «non si vuole procurare la morte: si accetta di non poterla impedire»[94]: è perciò «moralmente lecito rinunciare all'applicazione di mezzi terapeutici, o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico e umanistico che verrà in seguito definito "proporzionalità delle cure"»[95].
Stabilire se e quando un intervento medico è appropriato non può essere riducibile ad una regola esatta applicabile alla generalità dei casi. Occorre un attento discernimento delle condizioni concrete, che muova dal punto di vista del paziente e della sua volontà, in quanto primo (ed unico) soggetto cui compete di valutare se le cure che gli vengono proposte siano effettivamente proporzionate. Che spetti a lui la decisione finale in ordine alle proprie sorti terapeutiche non vuol dire che egli debba essere lasciato solo nella sua scelta. Al contrario, soprattutto quando la malattia è terminale, egli va accompagnato dai sanitari e dalle persone care in quel percorso di cura del *malato*, e non più della *malattia* (ormai inguaribile).
Tutti, cristiani e non, sono d'accordo che non sia giusto prolungare forzatamente la vita: ciascuno ha diritto – per carità cristiana o per umanità – a non essere condannato ad agonie insopportabili[96].
Dove sta allora l'"equivoco"? Forse, qui: «non può essere minimamente accettato quel rifiuto dell'accanimento terapeutico invocato con il "diritto a morire con dignità" inteso nel senso dei fautori dell'eutanasia», perché «non ha alcun senso parlare di "dignità" là dove la morte procurata a sé stessi o agli altri contraddice radicalmente il "valore" di ogni esistenza umana, anche la più provata e la più infelice»[97].
Non è chiaro perché invocare un "diritto a morire con dignità" debba automaticamente spostare il discorso dal terreno condiviso della rinuncia all'accanimento terapeutico, a quello, controverso, dell'eutanasia.
È forse utile soffermarsi sulla sottile linea di confine che separa il «morire dignitosamente» dalla «morte dignitosa». Un famoso medico americano, Sherwin B. Nuland, ha sostenuto che, sotto il

---

[92] Cfr., per tutti, S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, *cit.*, p. 248. Tra i medici lo afferma molto chiaramente, di recente, G. LONATI, *cit.*, p. 209 ss.
[93] D. TETTAMANZI, *Nuova bioetica cristiana*, Piemme, 2000, p. 510.
[94] CATECHISMO DELLA CHIESA CATTOLICA (n. 2278).
[95] *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al meeting regionale europeo della «World Medical Association» sulle questioni del "fine-vita"*, *cit*. Cfr. anche CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull'eutanasia*, 5 maggio 1980, IV: *Acta Apostolicae Sedis LXXII* [1980], pp. 542-552.
[96] V. *Acta Apostolicae Sedis XLIX* [1957], pp. 1027-1033: discorso di Papa Pio XII rivolto ad anestesisti e rianimatori in cui affermò che non c'è obbligo di impiegare tutti i mezzi terapeutici potenzialmente disponibili e che, in casi ben determinati, è lecito astenersene. I mezzi "straordinari" sono possibili – perché non sono immorali – ma non obbligatori. Pio XII ammetteva la possibilità di «staccare il respiratore», con la conseguenza della morte, nel caso in cui «dopo molti giorni, lo stato di profonda incoscienza» del paziente non migliorasse; e aggiungeva che qui non c'è «alcuna disposizione diretta della vita del paziente, e neppure l'eutanasia». Cfr., sull'argomento, M. CHIODI, M. REICHLIN, *cit.*, p. 345 ss.
[97] D. TETTAMANZI, *cit.*, p. 510, il quale prosegue: «In questo contesto, il termine "dignità" è falso e falsificante, perché nasconde la cruda e inquietante verità dell'uomo che si fa giudice ed esecutore d'una condanna di morte. Siamo, come si vede, all'eutanasia "mascherata" da nobili parole: ma pur sempre eutanasia vera e propria».

profilo clinico e biologico, la morte dignitosa è rara: «Personalmente non ho visto, in genere, molta dignità nel modo in cui si muore»[98].

Il concetto di dignità, allora, anziché appuntarsi sulla morte, quale epilogo finale in cui la vita abbandona il corpo, deve riferirsi piuttosto all'esperienza del "vivere il morire", quale ultimo tratto dell'esistenza umana, che è pur sempre parte della vita[99]: «La più grande dignità che si possa scorgere nella morte è la dignità della vita che l'ha preceduta»[100]. In tal senso, garantire a tutti la possibilità di morire con dignità, di andare apertamente incontro alla morte naturale, non è diverso dal tutelare la dignità della persona anche nella "vita alla fine".

La questione, come detto, è strettamente legata alle enormi possibilità oggi offerte dalla medicina tecnologica, che talvolta è illusoria, genera false speranze di vita all'uomo che vorrebbe sottrarsi alla sua morte. La dignità della morte sta nella garanzia che non vi saranno azioni irragionevoli, nel «riconoscimento che il *vero* evento che si verifica alla fine della vita è la morte, non il tentativo di prevenirla»[101].

Morire dignitosamente significa porre il *morente* al centro della scena del morire e della morte, affidare l'approssimarsi della fine non al "controllo di bioingegneri", ma, come accadeva un tempo ormai lontano, a persone che conosciamo[102]. Diritto "a morire con dignità" non significa "diritto a morire (punto)". L'espressione non chiama a sé la morte procurata[103]. Un diritto è semplicemente quel potere che l'ordinamento conferisce al singolo per realizzare un proprio interesse, come ad esempio il diritto di esplicare la propria personalità morale o di conservare la

---

[98] S.B. NULAND, *cit*., p. 5, il quale prosegue affermando: «La ricerca della dignità vera cessa nel momento in cui il nostro organismo viene meno. Di rado (molto di rado) a individui dotati di personalità particolari viene concessa una morte particolare. La fortunata combinazione di fattori che in tal caso si verifica rende possibile la conquista della dignità; essa resta comunque un evento raro, destinato a un numero molto limitato di persone». Ciò in ragione del progressivo ma inesorabile logoramento fisico del morente. Sicché: «Non è la morte il vero nemico, ma la malattia: essa è la forza maligna con la quale dobbiamo confrontarci. La morte è la resa finale, che avviene quando ormai la battaglia estenuante è stata persa». (ivi, p. 17).

[99] Cfr. D. CANALE, *cit*., p. 129 ss.: «È il caso di sottolineare come il principio di autonomia, se applicato alle questioni di fine vita, appaia intimamente legato alla nozione di "dignità umana". La condizione di sofferenza, dipendenza fisica e degrado personale in cui si trova il malato terminale può far venir meno la sua dignità di uomo, giustificando il diritto a decidere da sé quando morire. Spetta cioè soltanto al malato – alla luce della sua biografia, delle sue aspettative e dell'immagine che egli ha di se stesso – decidere se la vita che ancora gli resta sia degna di essere vissuta. Questa considerazione trova espressione nella seconda premessa dell'argomento dell'autonomia: la morte non viene concepita dai sostenitori di questo argomento come un evento indisponibile separato dalla vita personale, un evento che, al pari del venire alla luce di un individuo, si sottrae alle scelte di quest'ultimo. Il morire costituisce piuttosto uno dei momenti più significativi della vita stessa, pur nella sua drammaticità».

[100] S.B. NULAND, *cit*., p. 283.

[101] Id. p. 299.

[102] *Ibid*.

[103] Per un'analisi del concetto di eutanasia, F.D. BUSNELLI, *cit*., p. 153 ss. Con riferimento al «caso Englaro», l'A. osserva che la definizione medico-legale di eutanasia esclude che di essa si possa parlare «non essendo ravvisabili trattamenti *finalizzati* a provocare la morte del paziente». Nella stessa direzione si è espressa la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 21748/07 (Englaro), affermando che «il rifiuto delle terapie (…) anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per (…) eutanasia (…) esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale». Nello stesso senso, T. BALLARINO, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Riv. dir. civ*., 2008, I, p. 69 ss. *Contra*, G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 371 ss.

propria identità personale.
Il "morire con dignità" equivale a dire no all'accanimento clinico, non accorcia la vita ma evita di prolungarla forzatamente. È esattamente il "morire umano" di cui parla la Congregazione per la Dottrina della Fede sull'eutanasia: «È importante oggi proteggere, nel momento della morte, la dignità della persona umana e la concezione cristiana della vita contro un tecnicismo che rischia di divenire abusivo. Di fatto, alcuni parlano di "diritto alla morte", espressione che *non designa il diritto di procurarsi o farsi procurare la morte come si vuole, ma il diritto di morire in tutta serenità, con dignità umana e cristiana*. Da questo punto di vista l'uso dei mezzi terapeutici talvolta può sollevare dei problemi»[104].
Quando si discute sulla "dimensione naturale" della vita o della morte nel terzo millennio non si può ignorare che oggi è possibile protrarre la vita in condizioni che in passato non si potevano neanche immaginare. Ecco perché occorre quel "supplemento di saggezza"[105]: per ponderare situazioni un tempo inedite, evitando di prolungare i trattamenti quando ormai non giovano più alla persona. Bisogna combattere la malattia, sì, ma senza mai uccidere la «persona».
È diritto di tutti poter affrontare la morte attivamente e trovarsi infine di fronte al significato di una vita. Anche questo aspetto dovrebbe essere condiviso tra laici e credenti: «l'uomo è "uomo" anche di fronte alla morte e nella morte stessa: questa da "evento inevitabile" è chiamata a divenire per l'uomo un "fatto personale", un fatto da assumere e da "vivere" (vivere la morte!) da uomo, ossia coscientemente e liberamente, dunque responsabilmente»[106].
Purché "vivere la morte" non stia a significare essere condannati a patire agonie insopportabili. Vivere la morte sì: ma riconoscendo uno spazio adeguato alla dignità dell'essere umano in cui la persona malata rivesta il ruolo principale. Il *rispetto* della vita non è idolatria della vita. La vita, come la morte, non è riducibile alla sua dimensione biologica. Nel momento in cui non c'è più la vita di relazione e il morente è ridotto a certi stati di vita vegetativa, proseguire ad ogni costo le cure significa cadere in un accanimento terapeutico che disumanizza la vita.
Che la morte sta nella vita e vada accettata quando è giunta l'ora, lo dice sia l'etica laica che l'etica cristiana cattolica[107]. Ed è proprio riconoscendo dignità umana all'esperienza della morte

---

[104] *Dichiarazione sull'eutanasia*, IV (corsivo mio).
[105] *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al meeting regionale europeo della «World Medical Association» sulle questioni del "fine-vita"*, *cit*. Concetto già espresso in precedenza da C.M. MARTINI, *cit*.
[106] D. TETTAMANZI, *cit*., p. 510.
[107] V. le parole di Enzo Bianchi in un articolo apparso su *La Repubblica*, 21 febbraio 2017: «L'etica cristiana dice no a cure mediche sproporzionate, ben sapendo che la legge non può normare tutte le situazioni, presenti e future. Si tratterà invece di valutare caso per caso, con attenzione alla situazione complessiva del malato, ascoltando la sua volontà e la propria coscienza. Già Pio XII in un'allocuzione ai medici cattolici nel 1957 distingueva tra mezzi "ordinari" e "straordinari" per conservare la vita e dichiarava diritto del malato la rinuncia all'accanimento terapeutico. Per questo anche il Catechismo di Giovanni Paolo II afferma che "l'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi può essere legittima … Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire" (CCC 2278). Ne consegue che il ricorso alla sedazione palliativa continua, quando sono state tentate senza successo tutte le risorse mediche disponibili, è moralmente possibile perché l'obiettivo è l'alleviamento del dolore, non l'eutanasia, che è sempre precisa volontà di mettere fine alla vita del paziente». Cfr. sul punto anche il recente documento della Commissione Bioetica delle Chiese Battiste, Metodiste e Valdesi in Italia, *"È la fine, per me l'inizio della vita", Eutanasia e suicidio assistito: una prospettiva protestante*, *cit*.

che si evita l'equivoco dell'eutanasia e la maledizione del non-poter-morire[108]. Bisogna «restituire umanità all'accompagnamento del morire», avendo a cuore il «bene integrale della persona»[109]. Il concetto di dignità della persona va a braccetto con quello di *identità*. La malattia, il dolore possono trasformare il corpo del malato: il paziente non si riconosce più in un corpo alterato e reso irriconoscibile dalla malattia. La perdita della propria identità si somma al declino del corpo e acuisce la sofferenza della persona[110].

7. Conclusioni.

In una società pluralista [111] va riconosciuta alla persona la pienezza del diritto all'autodeterminazione allorché essa decida di porre fine a un'esistenza giudicata non più dignitosa[112]: «D'altra parte lo Stato non può rinunciare a tutelare tutti i soggetti coinvolti, difendendo la fondamentale uguaglianza per cui ciascuno è riconosciuto dal diritto come essere umano che vive insieme agli altri in società»[113].

Egualmente la Corte di Cassazione, nel riconoscere il diritto di Eluana Englaro all'interruzione delle cure che la tenevano artificialmente in vita, si era espressa in questi termini: «Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta»[114].

La facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita, ancorché in presenza di determinate condizioni di malattia e sofferenza, è ricavabile dai principi di libertà e di autodeterminazione dell'individuo sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che sono stati di recente richiamati e declinati nella legge n. 219/2017[115].

Il diritto di rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona e si collega

---

[108] H. JONAS, *cit*., p. 25.

[109] *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al meeting regionale europeo della «World Medical Association» sulle questioni del "fine-vita"*, *cit*.

[110] V. il racconto-dialogo tra un medico e un'anziana paziente in G. LONATI, *cit*., p. 100 s.: Medico palliativista: «Leggo sulla relazione che ha rifiutato la chemio per non perdere i capelli. Come mai?»; Paziente: «Dottoressa, l'ho fatta già tre volte e per tre volte ho perso i capelli. Adesso ho quattro pelucchi che mi stanno ricrescendo e se mi guardo allo specchio comincio a riconoscere un po' la mia faccia. Mi dicono di farne un'altra. Per cosa? Per provare a rallentare questa malattia. Sa che cosa c'è? Che preferisco morire con i miei capelli piuttosto che senza…».

[111] Sul tema della laicità nella prospettiva di bioetica v. M. REICHLIN, *L'appello alla laicità nel contesto della secolarizzazione. Il dibattito bioetico*, in M. CHIODI, M. REICHLIN, *Laicità e bioetica. Prospettiva filosofiche e teologiche sulla vita*, Morcelliana, 2016, p. 9 ss.

[112] Un discorso che può essere affrontato, nell'ambito del diritto civile, anche con l'argomento della "ragionevolezza": v. G. PERLINGIERI, *cit*., p. 99 s.: «S'impone un ragionevole temperamento tra il diritto all'autodeterminazione e il concetto *laico* di indisponibilità della vita umana (da non confondere con il dogma *religioso* della sacralità della vita), che, senza portare all'idea di un diritto a morire o all'idea di un dovere di vivere, consente di figurare un diritto a vivere con dignità».

[113] *Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al meeting regionale europeo della «World Medical Association» sulle questioni del "fine-vita"*, *cit*.

[114] Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, commentata da molti, tra cui F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam*., 2008, p. 107 ss. e F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. e succ*., 2008, p. 960 ss. Il discorso richiama anche il tema della libertà religiosa, su cui, di recente, P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam*., 2017, p. 165 ss.

[115] Corte d'Assise Milano (ord.), 14 febbraio 2018, n. 1, *cit*.

al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.[116], che segna anche il limite dello Stato a intervenire sulla salute[117]. Tale principio, come ricordato, è stato rimarcato anche nella pronuncia Englaro: «il diritto alla salute, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire»[118].

L'uomo vive in un sistema di relazioni[119]. Per vivere - ci ricordava Primo Levi – occorre un'identità, ossia una dignità[120]; sicché la morte non è soltanto una questione biologica, ma anche una questione "biografica". Il concetto di dignità, evidentemente, assume nella vita concreta un significato personale, che non è eguale per tutti[121]. Non lo può essere perché la dignità abita dentro la persona, è ciò che la costruisce e la rende unica[122], di una singolarità sacra: «ciò che per me è

---

[116] G.U.P. Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049 («caso Welby»), consultabile in *www.biodiritto.org*.

[117] Sulla distinzione, nell'ambito della costituzione italiana, tra "diritti di libertà" e "diritti sociali", e le conseguenti ricadute sul paradigma del diritto soggettivo, v. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, 2001, p. 8: «Nel caso del diritto di libertà, il titolare esige in primo luogo l'astensione di chiunque da impedimenti alle sue azioni (*pretesa negativa*), ma più circostanziatamente, *ex* art. 13 cost., impedisce che il potere esecutivo ponga alla sua persona limitazioni che non siano state preventivamente definite da una regola a carattere generale (riserva di legge) e da uno specifico comando giudiziario (riserva alla giurisdizione); il che, a monte, presuppone una pretesa, *positiva*, a che determinati soggetti pubblici (legislatore e giudice) agiscano in una determinata direzione, vincolata» (corsivo dell'A.).

[118] Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, *cit*. Per un utile approfondimento sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, v. Cedu, *Pretty v. Regno Unito*, 29 aprile 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1238 ss., con commento di L. GAUDINO, *Il caso "Pretty": il problema del "right to die with dignity" davanti alle grandi Corti di Common Law*, e in *Fam. pers.*, I, p. 813 ss., con commento di G. FRANCOLINI, *Il dibattito sull'eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna*; Cedu, *Haas v. Svizzera*, 20 gennaio 2011, in *www.biodiritto.org*; Cedu, *Koch v. Germania*, 19 luglio 2012, *in Quad. cost.*, 2012, p. 910 ss., con commento di S. PELLEGRINO, *"Koch c. Germania": in tema di suicidio assistito*, e in *Rivista AIC*, 2012, p. 5 ss., con commento di E. CRIVELLI, *Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge*; Cedu, *Gross v. Svizzera*, 14 maggio 2013, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2013, p. 960 ss., con commento di E. VIGATO, *Il suicidio assistito in Svizzera. La Corte europea dei diritti dell'uomo "invita" a prendere posizione anche sull'eutanasia delle persone sane*; in *Quad. cost.*, 2013, p. 663 ss., con commento di G. RAGONE, *"Gross c. Svizzera": un'ulteriore sentenza in tema di eutanasia della Corte di Strasburgo*; in *Rivista AIC*, 2013, p. 5 ss., con commento di E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera: la corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*; in *Medicina e morale*, 2014, p. 1027 ss., con commento di M. ALBERT, *Derecho a morir y abuso del derecho. La inadmisibilidad del caso Gross v. Suiza*.

[119] S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, 2013, p. 32.

[120] P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Garzanti, 2007, p. 103.

[121] S'è visto che l'idea di dignità è soggettiva. Dà il senso di ciò l'efficace espressione di Indro Montanelli scritta in un editoriale da titolo "Due o tre cose sulla dignità": «Per dignità intendo anche (e dico anche) l'abilitazione a frequentare da solo la stanza da bagno» (*Corriere della Sera*, 21 dicembre 2000). Sulla centralità della dignità umana v. anche la Commissione Bioetica delle Chiese Battiste, Metodiste e Valdesi in Italia, *"È la fine, per me l'inizio della vita", Eutanasia e suicidio assistito: una prospettiva protestante*, *cit*.: «Dal principio della dignità umana derivano la liceità della sospensione o della non attivazione di un trattamento terapeutico per pazienti che ritengano che tali misure non contribuiscano più in alcun modo a migliorare il loro benessere e la loro qualità di vita».

[122] Cfr. S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, *cit*., p. 29: «La costruzione dell'*homo dignus* non può essere effettuata all'esterno della persona, ha davvero il suo fondamento *in interiore homine*. La dignità non è indeterminata, ma trova nella persona il luogo della sua determinazione […]».

sacro non è né la sua persona né la persona umana che è in lui. È lui. Lui nella sua interezza. Braccia, occhi, pensieri, tutto»[123].
La dignità dell'uomo è fondamento dell'ordinamento giuridico complessivo ed è inviolabile[124].

[123] S. WEIL, *La persona e il sacro*, Adelphi, 2012, p. 11 s.
[124] Cfr. H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht* (1962), trad. it. *Diritti fondamentali e diritto privato*, in P. FEMIA (a cura di), Drittwirkung: *principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, ESI, 2018, p. 56: «Nell'ordinamento giuridico la dignità umana viene realizzata quando si garantisce all'uomo una sfera nella quale egli possa agire autonomamente e in modo moralmente responsabile, e nell'ambito della quale né venga sottomesso alla rivendicazione di potere di un altro, né venga degradato a mero mezzo per gli scopi della comunità, bensì sia uomo libero e auto-responsabile».

Effetti redistributivi della Legge n. 219/2017 nel rapporto fra medico e paziente.

di **Maurizio Di Masi** *(Dottore di ricerca in Diritto privato e nuove tecnologie. Libero ricercatore presso l'Università degli Studi di Perugia)*

Il contributo ricostruisce l'evoluzione della relazione di cura fra medico e paziente negli ultimi due secoli, evidenziando il passaggio da un paradigma tecnico-giuridico paternalistico, che privilegiava lo status del medico, ad un paradigma giuridico volto a tutelare il paziente ed i suoi diritti fondamentali attraverso il "consenso informato". La legge n. 219/2017, infatti, costituisce una buona occasione per valutare le pratiche giuridiche, discorsive e operazionali, tramite cui le relazioni di potere si incarnano nei rapporti di diritto privato.

The evolution of the physician-patient relationship is a good illustration of how power relations have been transposed into apparently neutral legal provisions. The article investigates the care relationship starting from the 19th century codifications, which subjected patients to the physician's authority, until the emergence of the personalist principle and the resulting revolution of "informed consent", which shifted the focus on patients and was finally recognized in Law No. 219/2017.

Sommario: 1. La legge 219/2017 e il cambiamento di rotta della relazione di cura. - **2.** Il consolidarsi del paradigma paternalistico o "ippocratico" della relazione di cura. - **3.** Verso un nuovo paradigma della relazione di cura: la costituzionalizzazione della persona. - **4.** Riconoscimento dell'*habeas corpus* del paziente e il paradigma "bioetico" del consenso informato nella legge n. 219/2017. - **5.** Valorizzazione del contesto di cura e non opponibilità dell'obiezione di coscienza. - **6.** Certezze per i medici, certezze per i pazienti. - **7.** *Homo dignus* e consenso informato: il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione dell'autodeterminazione terapeutica.

1. La legge 219/2017 e il cambiamento di rotta della relazione di cura.

A seguito di una lunga e meditata riflessione bioetica, deontologica e biogiuridica, il 14 dicembre 2017 il Senato della Repubblica ha approvato in via definitiva la legge n. 219/2017 recante "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", legiferando in maniera ponderata su tematiche eticamente sensibile quali sono la relazione di cura e il fine vita[1]. Una legge che segna un forte cambiamento di rotta nella definizione giuridica del rapporto

[1]Una prima analisi dell'iter del testo di legge infine approvato in Senato si trova in P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in Riv. crit. dir. priv., 2017, 1, p. 3 ss.; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, in Riv. it. med. leg., 2017, 3, p. 975 ss.; M. DI MASI, *Prima lettura della legge recante*

di cura, poiché si è presa l'onere di riconoscere alla persona interessata la facoltà di disporre del proprio corpo, della propria salute e della propria vita per mezzo del consenso informato, della pianificazione delle cure e delle direttive anticipate di trattamento (DAT)[2]. Tale approdo è il risultato di principi e diritti ormai ben consolidati nella giurisprudenza, tanto della Corte costituzionale[3], quanto della Cassazione[4] e del Consiglio di Stato, il quale ultimo, pronunciandosi

---

"Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", in Diritti Comparati, al link http://www.diritticomparati.it/prima-lettura-della-legge-recante-norme-materia-di-consenso-informato-e-di-disposizioni-anticipate-di-trattamento/; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in Diritti Comparati, 2017, 3, p. 262 ss.; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Cedam, 2018; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, 2018; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in Riv. crit. dir. priv., 2018, 1, p. 47 ss.; C. CASONATO, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in BioLaw Journal, 2018, 1, p. 12 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in BioLaw Journal, 2018, 1, 121; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in Resp. civ. e prev., 2018, 9; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in Familia, 2018, 1; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "Testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in Riv. dir. civ., 2018, 4, p. 997 ss.; M. RIZZUTI, *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, in Diritto e Salute, 4, 2018, p. 166 ss., on-line al link http://www.dirittoesalute.org/2018/10/30/minori-incapaci-e-dat-i-primi-contenziosi/.

[2] La bibliografia è assai nutrita, ma da ultimo cfr. D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Contributo a un dibattito da rianimare*, Giappichelli, 2016; F. D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in Riv. dir. civ., 2011, p. 153 ss.; A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, ESI, 2012; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in Europa e dir. priv., 2013, p. 457 ss.; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Cedam, 2009; G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in Riv. dir. civ., 2008, p. 371 ss.; F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, 2008; P. RESCIGNO, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Giuffrè, 2006, p. 215 ss.; AA. VV., *Il testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Fondazione U. Veronesi – Il Sole 24 Ore, 2006; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in Familia, 2004, p. 1055 ss.

[3]Vedi Corte Cost. n. 438 del 23 dicembre 2008, in Foro It., 2009, I, c. 1328 ss.; in dottrina per tutti cfr. S. RODOTÀ, *Editoriale*, in Riv. crit. dir. priv., n. 1/2009, p. 3 ss. Tale giurisprudenza, in seguito, ha trovato conferma nelle sentenze della Consulta n. 253/2009, in Corr. Giur., 2009,11, p. 1559 ss.

[4]Il cui punto di arrivo più elaborato è la sentenza 21748/07 della Cassazione sul caso di Eluana Englaro. Cfr. A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in Nuova giur. civ. comm., 2008, II, p. 1 ss.; ID., *Sulla conclusione del caso Englaro*, Nuova giur. civ. comm., 2009, II, p. 127 ss.; C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in Quad. Cost., 2008, p. 545 ss.; S. RODOTÀ, *Perché laico*, Laterza, 2009, dove l'Autore ritiene la sentenza della Cassazione ammirevole «*per la capacità di leggere il diritto per quello che è, e non per quello che si vorrebbe che fosse o non fosse; per il rigore dell'argomentazione; per l'assunzione della responsabilità propria del giudice che, di fronte a questioni difficili, non le sfugge, rifugiandosi in artificiosa costruzioni e negando così quella giustizia che i cittadini chiedono*» (p. 100); F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in Fam. pers. e succ., 2008, p. 966 ss.; N. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in Riv. dir. civ., 2016, 1, p. 28 ss. e in particolare p. 34. Note anche le aspre critiche a tale pronuncia: F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in Dir. fam. pers., 2007, p. 107 ss.; ID., *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in Fam. e dir.,

in merito al caso Englaro nel 2014, ha sottolineato assai laicamente come nessuna visione della malattia e della salute, nessuna concezione della sofferenza e, di conseguenza, della cura possa essere contrapposta o, addirittura, sovrapposta dallo Stato o dall'amministrazione sanitaria o da qualsivoglia altro soggetto pubblico o privato alla cognizione che della propria sofferenza e, quindi, della propria cura ha il singolo malato[5].

La legge n. 219/2017 costituisce, pertanto, una buona occasione per valutare le pratiche giuridiche, discorsive e operazionali, tramite cui i rapporti di potere si incarnano nei rapporti di diritto privato, soprattutto in quei rapporti privatistici connotati da elementi di specialità rispetto al diritto privato patrimoniale, che si presume invece caratterizzato dall'eguaglianza dei soggetti contraenti. La norma giuridica, invero, si è rivelata storicamente uno straordinario strumento di governamentalità anche dei rapporti fra soggetti privati, dal momento che regole e istituti del diritto privato hanno assegnato e continuano ad allocare poteri economici, sociali o simbolici, dei quali occorre valutare gli effetti[6].

Paradigmatico del modo in cui i rapporti di potere sono stati tradotti in norme giuridiche apparentemente neutre è l'approccio del diritto alla relazione medico-paziente: a partire dalle codificazioni ottocentesche, che attribuivano ai pazienti una soggezione rispetto alla potestà del medico; sino all'emergere del principio personalista e alla conseguente rivoluzione del "consenso informato", che ha spostato l'asse della relazione verso i malati; per finire con i più recenti interventi legislativi che paiono restituirci un legislatore ambivalente, che tende a riconoscere la più ampia tutela ai diritti fondamentali dei malati (legge n. 219/2017), nel mentre afferma un particolare *favor* per la tutela giurisdizionale del personale sanitario (nella legge n. 24/2017) [7].

2. Il consolidarsi del paradigma paternalistico o "ippocratico" della relazione di cura.

A partire dal XVIII secolo, invero, la vita delle persone diventa oggetto di studio e governo delle scienze mediche, che finiscono per *medicalizzare* la vita stessa, ossia per tradurre in termini medici problemi che avrebbero potuto essere affrontati con misure sociali, in tal modo strumentalizzando a scopo di dominio la dipendenza dall'aiuto del medico e, in definitiva,

---

2008, p. 289 ss.; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in Europa e dir. priv., 2009, p. 719 ss.; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, *ivi*, 2010, p. 1037; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in Europa e dir. priv., 2009, p. 33 ss. Su come tale sentenza abbia destabilizzato la metodologia giuridica giuspositivistica tradizionale cfr. C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, 2017, in particolare pp. 30-34.

[5] Consiglio di Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, on-line al link http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=28038, su cui cfr. S. ATTOLLINO, *La laicità della cura (a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 4460 del 2014 sulle direttive anticipate di trattamento)*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n. 21/2015.

[6] M.R. MARELLA, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, in S. ANASTASIA (a cura di), *Diritto e Democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, 2011.

[7] Che reca *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 64 del 17 marzo 2017. In dottrina, da ultimo, cfr. F. D. BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in Resp. med., 2018, 2, p. 91 ss.

utilizzando il sapere in termini di potere sul malato[8]. Il rapporto terapeutico, difatti, stabilisce una soggezione funzionale alla cura, che storicamente ha implicato che al paziente non fosse riconosciuta una autorità sul proprio corpo: tanto che la stessa etimologia del termine "paziente" sta ad indicare chi subisce passivamente l'altrui azione[9]. Sino a quasi tutto il 1900, il medico è stato considerato detentore di un sapere tecnico-scientifico che lo ha posto in una situazione di supremazia rispetto al malato, persona bisognosa di cure e assistenza: la relazione medico-paziente, quindi, è apparsa al giurista del tutto analogo ad un rapporto di diritto familiare, caratterizzato dalla potestà del medico a fronte della soggezione del malato[10].
Così in Italia, sul modello della dottrina e della giurisprudenza francese (ma a risultati operazionali analoghi si perviene pure in Germania e nei Paesi di Common Law nonostante le apparenti differenze strutturali[11]), sotto la vigenza del codice civile Pisanelli del 1865 la giurisprudenza ha sempre mostrato un riguardo speciale per la classe professionale medica, tanto da ritenere che chi «*arreca danno ad altri nell'esercizio della sua professione per cattivo magistero dell'arte, non è in colpa e non incontra responsabilità, a meno che non sia provato l'animo deliberato di malaffare*»[12]. Anche le pronunce che declamavano il principio di responsabilità del medico finivano operativamente per non applicarlo nelle fattispecie concrete, mantenendo salda l'intangibilità della classe medica[13]. Il medico, nel comune sentire dei giuristi, godeva di un vero e proprio *status* privilegiato, derivante dall'aver frequentato un apposito corso di studi: sicché si affermava che «*le contract, en matière médicale, est una finction*»[14], configurandosi la professione medica piuttosto come un ufficio *para-publique*[15]. Ciò ha determinato che, in questa fase, l'illecito commesso dal medico nell'esercizio della professione trovasse una collocazione giuridica "speciale", ove la specialità era data, da un lato, dalla circostanza che si applicassero le norme previste per la responsabilità extracontrattuale ai sensi degli artt. 1151 e 1152 del codice civile del 1865, e non già quelle previste per la responsabilità contrattuale; dall'altro lato, anche quando la giurisprudenza della Cassazione iniziò a ricondurre tale responsabilità sotto l'egida degli artt. 1224 e 1225 c.c., cioè alle regole della responsabilità contrattuale, gli effetti redistributivi risultarono sempre a vantaggio degli esercenti la professione sanitaria: vuoi perché la responsabilità contrattuale era utilizzata dal professionista stesso (onde

[8] Così F. ONGARO BASAGLIA - G. BIGNAMI, *Medicina/medicalizzazione*, in F. ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Salute/Malattia. Le parole della medicina*, Einaudi, 1982.
[9] P. ZATTI, *«Parole tra noi così diverse». Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in Nuova giur. civ. comm., 2012, II, 3, p. 143 ss.
[10] In tali termini A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, 1983.
[11] Cfr. A. GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatista*, in AV.VV., *La responsabilità medica (Atti del Convegno, tenutosi a Pisa 28-29.10.1980)*, Giuffrè, 1982, p. 67 ss.; C. COSTANTINI, *Il consenso-dispositivo. Strategie di giuridificazione nella comparazione tra sistemi*, in Cardozo Elec. L. Bul., al link http://cardozolawbulletin.blogspot.it/.
[12] Vedi Cass. Napoli, 25.05.1871.
[13] *Amplius* cfr. M. ZANA, *La responsabilità del medico*, in Riv. crit. dir. priv., n. 1987, 1, p. 159 ss. ove sono tratti i riferimenti giurisprudenziali ottocenteschi.
[14] L. KORNPROBST, *La responsabilité médicale*, J.-B. Baillière, 1947, p. 111.
[15] R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et socials du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959, p. 208.

agire in giudizio per il pagamento degli onorari[16]), vuoi perché esso era liberato «dalla preoccupazione di dover rispondere della culpa *levissima*»[17].
All'interno della teorizzazione sull'illecito del medico, dunque, si sono da subito elaborati una serie di accorgimenti tali da limitare gli effetti risarcitori in favore del paziente, connotando in senso fortemente paternalistico il rapporto. Tra questi accorgimenti tecnici risultano particolarmente efficienti alla tutela dello *status* del medico la graduazione della colpa in lievissima, lieve e grave, e l'elaborazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Se già di per sé il sistema tradizionale della responsabilità extracontrattuale basata sulla colpa assicurava il ristoro dei danni soltanto se fosse stata data la prova – dal danneggiato, *ergo* dal paziente – dell'imperizia del medico e del nesso di causalità tra comportamento colposo del medico e il danno (prova diabolica in considerazione della soggezione del paziente), la graduazione della colpa comportava una sostanziale immunità dalla responsabilità civile dei medici per colpa semplice[18]. Ben consapevoli che la medicina è una scienza inesatta, i giuristi hanno iniziato a separare gli aspetti tecnici da quelli sociali della professione medica, elaborando una nozione di diligenza differenziata: da un lato la discrezionalità tecnica, ove il giudice non può pronunciarsi se non in caso di ignoranza e imperizia del medico che appaia lapalissiana e, dall'altro lato, una diligenza che faccia riferimento all'attenzione del sanitario nella cura del paziente.
Sotto questa prospettiva paternalistica, centrale per l'affermarsi del privilegio del medico rispetto ai malati è stato l'apporto della dottrina, a cominciare da quella francese, cui si deve l'elaborazione della distinzione fra obbligazioni di mezzi (o di diligenza) e obbligazioni di risultato[19], distinzione per nulla neutrale, dal momento che incide sulla regola di responsabilità, diversificandola in senso più rigido in presenza di un'obbligazione *di risultato* e in senso più flessibile in presenza di un'obbligazione *di mezzi*, quale è quella del medico. Non a caso tale elaborazione dottrinale nasceva proprio prendendo a modello il rapporto fra medico e paziente. In particolare, secondo questa dottrina destinata a trovare fortuna sino a quasi tutto il Novecento, mentre le obbligazioni "di risultato" si caratterizzano per la previsione come fine dovuto del conseguimento di un risultato in grado di determinare la piena soddisfazione del movente, economico o non, che ha sollecitato il creditore all'acquisizione del diritto di credito, le obbligazioni "di mezzi" non si spingono sino al punto di imporre al medico-debitore il conseguimento di un fine determinato, il quale, quindi, resta al di fuori dall'oggetto della prestazione, sicché la responsabilità per inadempimento (di obbligazione di mezzi) viene ridotta alla mera osservanza *diligente* del comportamento del debitore/medico. Effetto tecnico-giuridico di siffatta concettualizzazione è quello di ricondurre l'onere probatorio in capo al paziente, vale a dire il creditore-danneggiato, riproducendo lo stesso meccanismo probatorio previsto per la responsabilità extracontrattuale, meccanismo di per sé assai più gravoso per il paziente[20].

---

[16] Vedi Cass. 22.12.1925, in *Giurisprudenza italiana*, 1926, I, 1, c. 537 ss.
[17] M. ZANA, *op. cit.*, p. 161.
[18] A. GAMBARO, *op. cit.*, *passim.*
[19] Cfr. R. DEMOGUE, *Traité des Obbligations en General*, Rousseau, Paris 1925; ma in Italia già G. OSTI (*Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, ora in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano 1973, p. 423 ss.), su cui L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in Riv. dir. comm., 1954, I, pp. 185-209, 280-320, 366-396.
[20] L. MENGONI, *op. cit.*, *passim.*

Tale distinzione, oltretutto, trovava avallo anche nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, che giunse a riconoscere, nel caso di errore medico, una attenuazione della responsabilità colposa in tutti quei casi in cui ci si trovi ad affrontare «problemi scientifici di ardua soluzione»[21].
Questa regola giurisprudenziale, che consacrava il *privilegio* del medico-professionista, è stata poi consolidata dal legislatore nel codice civile del 1942, ed emerge nettamente già dal rapporto tra l'art. 1176 c.c., secondo comma, che sembrerebbe stabilire per l'obbligazione del professionista intellettuale un regime più rigoroso rispetto a quello comune (stabilendo che «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata»)[22], e l'art. 2236 c.c., che invece attribuisce per legge al debitore-professionista una vera a propria immunità[23]: quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, che è la regola nell'attività medica, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave. La limitazione vedeva la sua *ratio*, secondo quanto si legge nella relazione al codice civile, nella necessità di trovare un punto d'incontro fra due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie in caso d'insuccesso, e quella di tutelare il paziente nei confronti di decisioni non ben ponderate del medico.
Eppure l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 2236 c.c. avrà scarso successo: i giudici, invero, hanno confinato la norma a casi del tutto particolari, raramente riscontrabili nella pratica medico-legale, e quindi riconoscendo la responsabilità civile, nella maggior parte dei casi, anche per colpa lieve. L'iter evolutivo, che si è concluso con la sostanziale vanificazione dell'art. 2236 c.c. da parte della giurisprudenza, è iniziata negli anni '50 del Novecento, dapprima in dottrina e quindi in giurisprudenza con la sentenza n. 166 del 1973 della Corte costituzionale[24]. Ma ciò è stato possibile proprio perché, nel frattempo, il paradigma giuridico di disciplina del rapporto medico-paziente stava cambiando in senso maggiormente favorevole all'autodeterminazione terapeutica del paziente[25].

3. Verso un nuovo paradigma della relazione di cura: la costituzionalizzazione della persona

Solo a partire dagli anni Novanta del 1900, il sistema privilegiato di responsabilità del medico sarà messo profondamente in crisi ad opera della giurisprudenza, tanto penale che civile, a seguito dell'affermarsi di un diritto all'autodeterminazione personale del paziente all'interno del rapporto terapeutico. È innegabile che l'affermarsi del principio personalistico a seguito dell'emanazione della Carta costituzionale del 1947 abbia comportato una importante modificazione della relazione fra il medico e il paziente, modificazione del rapporto che ha portato al consolidarsi di un paradigma giuridico che tende a sottrarre il sapere medico all'esclusiva scienza e competenza

[21] Cass. SS. UU., 08.03.1937, in Resp. civ. e prev., 1937, p. 314 ss.
[22] Cfr. S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, p. 539 ss.
[23] Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (Art. 1173-1176)*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Zanichelli, 1988.
[24] Corte cost., n. 166/1973, reperibile on-line al link http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0166s-73.html.
[25] E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in Danno e resp., 1990, 12, p. 1171 ss.

degli addetti ai lavori, per riconoscere in capo al paziente una propria competenza e, correlativamente, l'autodeterminazione rispetto alle scelte terapeutiche[26].

Un passo rilevante nell'affermazione (o quantomeno nella declamazione) di un diritto all'autodeterminazione del paziente si è di certo fatto con la legge n. 180 del 1978 (c.d. legge Basaglia), recante disposizioni su "*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*", normativa che non solo ha determinato una nuova considerazione del malato di mente, ma anche affermato la regola cardine in materia di trattamenti sanitari obbligatori, in base alla quale questi devono essere disposti «*nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura*» (art. 1, comma 2). Tale disposizione, nella coeva legge n. 833 del 1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, è stata recepita ed ampliata nella portata, nel senso che persino il trattamento sanitario obbligatorio deve essere sempre accompagnato «*da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato*» e, in ogni caso, «*nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno*» (art. 33).

L'autodeterminazione, d'altra parte, ha costituito una sfida per il giurista, sfida resa tanto più complessa dalla necessità di superare la dicotomia oggetto/soggetto, dal momento che quando di mezzo ci siano decisioni riguardanti la propria salute, in modo esemplare nel consenso informato nel rapporto medico-paziente, oggetto e soggetto coincidono. Difatti è stato efficacemente sostenuto, a tale proposito, che «*il diritto che ho riguardo alla mia vita, alla mia identità, al governo possibile della mia sorte non si distingue dal diritto riguardo al mio corpo. Posso dire solo: «Io sono mio», ed è come se dicessi: «Solo Io sono Io»*»[27].

E proprio a partire dal rapporto medico-paziente, non a caso, il formante giurisprudenziale ha di recente dato tutela concreta – passando dalla mera declamazione alla sua attuazione – al diritto all'autodeterminazione personale, tanto che, prima del 2007, l'autodeterminazione circa il governo del sé, pur essendo riconosciuta a livello astratto e programmatico, si riteneva addirittura «*non concretamente tutelato dall'ordinamento*», sul discutibile presupposto che «*un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l'ordinamento positivamente per esso prevede la possibilità coattiva della pretesa*»[28]. Si giungeva così ad un punto di rottura, paradossale, in cui il giudice riconosceva un diritto soggettivo perfetto (accogliendo espressamente la giurisprudenza che così definisce l'autodeterminazione terapeutica), ma insuscettibile di tutela: nel mentre, cioè, si proclamava un diritto fondamentale del soggetto, indispensabile presidio della sua dignità e libertà, lo si sottraeva nei fatti alla disponibilità del singolo e la sua tutela viene delegata allo Stato[29].

---

[26] Cfr. P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009; M.R. MARELLA, *Introduzione*, in EAD., a cura di, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, 2012, p. 26.

[27] Così P. ZATTI, *Appunti di viaggio di un 'bio-giurista'*, in G. ALPA, V. ROPPO, *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, 2013, p. 44 ss.

[28] Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 16.12.2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G. C., in Guida al diritto, 1, 2007, pp. 32-36, cit. p.36.

[29] Vedi reclamo del PM contro l'ordinanza sul caso Welby c. Antea associazione Onlus e G. C., 19.12.2006, reperibile sul sito www.personaedanno.it, ove si legge che «sul piano della teoria generale non può esistere un diritto soggettivo perfetto (come quello riconosciuto in capo al ricorrente) insuscettibile di tutela, perché è proprio la possibilità di azionare la pretesa in un giudizio a qualificare la posizione di diritto soggettivo. In altri termini, un diritto soggettivo o esiste o non esiste; se esiste, non potrà non essere tutelato».

Sarà con l'ormai celebre caso di Eluana Englaro[30] che si assiste ad una rivoluzione copernicana in tema di rapporto medico-paziente e diritto all'autodeterminazione, corrispondente al passaggio – anche in ambito giuridico – dal paradigma 'ippocratico' a quello c.d. 'bioetico'[31]. D'altra parte, se è vero che l'uomo necessita di simboli e che «l'etica è una grande costruzione simbolica»[32], non si possono ignorare le inevitabili implicazioni giuridiche, in termini di autodeterminazione e dignità umana, connesse con l'aderire al paradigma ippocratico piuttosto che a quello c.d. 'bioetico'. Il primo paradigma è quello alla base della medicina tradizionale, o meglio dell'etica medica e del suo atteggiamento emotivo rispetto alla vita umana, poiché sul piano scientifico ed epistemologico più nessuno oggi patrocina l'ippocratismo, anzi in questa prospettiva «il paradigma ippocratico è sicuramente morto e sepolto da molto tempo»[33]. Quale paradigma squisitamente morale, pertanto, l'ippocratismo si caratterizza per il suo approccio sacrale al mistero della vita, da cui derivano l'indisponibilità e l'inviolabilità della stessa[34].

Questa visione comporta, da un lato, la demonizzazione della morte quale peggiore dei mali, dall'altro – come visto nel paragrafo precedente – il paternalismo che fa del medico un analogo del giuridico buon *pater familias*.

Nel nostro sistema giuridico tale paradigma non era mai stato messo seriamente in discussione sino al caso Englaro, che ha mostrato come questo consegnatoci dalla tradizione sia in realtà solo uno dei molteplici punti di vista, quello cattolico (ma prima ancora dell'*homo religiosus*), e come la realtà stessa appaia 'relativa' rispetto al paradigma che si adotta. Così, se il vecchio paradigma biomedico basava la sua *auctoritas* su Ippocrate, il nuovo paradigma in costruzione viene definito 'bioetico', poiché è la bioetica – branca del sapere intrinsecamente interdisciplinare – a sottrarre l'ambito biomedico all'esclusiva scienza e competenza degli addetti ai lavori, finendo per 'secolarizzare' la vita. Peculiarità del nuovo paradigma è che la moralità viene intesa come istituzione sociale e non naturale[35], cioè come composta da quella serie di norme e valori condivisi

---

[30] Cass. civ., Sez. I, 16.10.2007, n. 21748, in C. SALVI, *Principi costituzionali e Diritto Privato*, Margiacchi-Galeno, 2011, 110 ss.; anche in Foro It., 2008, 9, I, c. 2609 ss.

[31] Cfr. M. MORI, *Il caso Eluana Englaro*, Pendragon, 2008. Alla base dell'indagine di Maurizio Mori vi è la nozione di 'paradigma' elaborata da T. S. Kuhn ne "La struttura delle rivoluzioni scientifiche" (1962 e 1970), ossia lo schema di pensiero o il modo di organizzare il discorso che permea il nostro modo di vedere e di ragionare.

[32] M. MORI, *op. ult. cit*., p. 15. Sull'importanza di prendere sul serio il problema della pregnanza dei simboli nel diritto *cfr*. P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, in particolare pp. 29 ss.

[33] M. MORI, *op. ult. cit*., p. 78.

Ricordo qui l'*incipit* del *Giuramento* di Ippocrate: «Regolerò il tenore di vita per il bene dei malati secondo le mie forze e il mio giudizio, mi asterrò dal recar danno e offesa». Il bene del malato è rappresentato senza dubbio dalla vita e dalla salute, ma il giuramento lo amplia includendovi altri beni preziosi quali il diritto al segreto, il rispetto dei suoi congiunti e della sua casa: cfr. IPPOCRATE, *Opere*, Utet, 1996, p. 415.

[34] Sul punto cfr. anche D. CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in Riv. crit. dir. priv., n. 2009, 1, p. 7 ss., in particolare p. 11.

[35] *Amplius* cfr. C. FLAMIGNI, A. MASSARENTI, M. MORI, A. PETRONI, *Manifesto di Bioetica Laica*, in Rivista Politeia, n. 41-42, 1996. Qui gli Autori affermano che «[a]l contrario di coloro che divinizzano la natura, dichiarandola un qualcosa di sacro e di intoccabile, i laici sanno che il confine tra quel che è naturale e quel che non lo è dipende dai valori e dalle decisioni degli uomini. Nulla è più culturale dell'idea di natura. Nel momento in cui le tecnologie biomediche allargano l'orizzonte di quel che è fattualmente possibile, i criteri per determinare ciò che è lecito e ciò che non lo è non possono in alcun modo derivare da una pretesa distinzione tra ciò che sarebbe naturale e ciò che naturale non sarebbe. Essi possono soltanto derivare da

in una data società, volti a garantire la convivenza e un adeguato (*rectius*, dignitoso) livello di benessere ed autorealizzazione: *i.e.* la qualità della vita.
Tale approccio morale comporta, oltre allo sfaldamento della sacralità della vita e all'irrilevanza del finalismo, anche la distinzione tra vita biologica e vita biografica[36] e la perdita della *quasi* religiosità degli atti medici. Considerando i progressi scientifici e (bio)tecnologici degli ultimi 50 anni, difatti, ci si avvede di come il mistero della vita sia stato pian piano illuminato, e come lo stesso metodo scientifico presupponga il *principio di indifferenza della natura*, in base al quale lo studio della vita non appare connotato da giudizi di valore (quindi la vita non è 'buona in sé'), ma la stessa appare 'buona' o 'cattiva' a seconda dei contenuti biografici positivi che la rendono per ciascuno dignitosa o meno.
Il diritto, dal suo canto, non è estraneo a questa evoluzione etica della medicina, né alla speculazione bioetica tra laici e cattolici, volta a delimitare i confini dell'innovazione biotecnologica ed a imbrigliare la vita stessa. Di chi è, infatti, la *mia* vita[37]? Del medico, del parroco, del governante o dello stesso cittadino (*rectius* persona)? Le risposte giuridiche che si tendono a dare a questi quesiti possono essere sintetizzate partendo dalla creazione di alcune dicotomie: indisponibilità/disponibilità della vita, etica c.d. 'forte' con una sola verità/etica c.d. 'debole' senza una verità apodittica, sacralità/qualità della vita, natura/cultura, eteronomia/autonomia e dignità/libertà.
Tendenzialmente, cioè tenuto conto di diverse eccezioni e posizioni 'fuori dal coro'[38], chi proclama la sacralità del bene-vita ne riconosce la sua indisponibilità, in ragione di principi di morale ancorati alla verità di natura religiosa (o anche laica), e sostiene il ricorso alla dignità umana ed ai diritti umani da riconoscere alla persona dal concepimento all'esalazione dell'ultimo respiro, per una regolamentazione giuridica paternalistica[39], perlopiù di stampo penalistico. Viceversa, chi si pone nell'ottica della qualità della vita ne riconosce la disponibilità, in ragione della libertà individuale – che certo non è immorale né amorale, ma rispecchia un costume incentrato sulla tolleranza e il pluralismo –, e sostiene il ricorso all'autodeterminazione di

---

principi espliciti, razionalmente giustificati in base a come essi riescono a guidare l'azione umana a beneficio di tutti gli uomini».

[36] Per tutti cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, *passim*.

[37] Si veda il saggio di R. ESCOBAR, *Di chi è la mia vita?*, il Mulino, n. 1/2009, 20 ss.

[38] Si discosta dall'interpretazione della Chiesa di Roma, ad esempio, il cattolico Hans KÜNG (*Della dignità del morire: Una difesa della libera scelta*, Rizzoli, Milano, 1996), che arriva a sostenere che l'inizio e la fine della vita umana sono stati posti da Dio sotto la libertà e la responsabilità dell'uomo; peculiare anche la posizione del cattolico ortodosso texano ENGELHARDT (*Manuale di Bioetica*, il Saggiatore, 1999), che benché personalmente contrario ad aborto ed eutanasia, come teorico della *secular bioethics*, professa un ateismo procedurale nella sfera pubblica, basato sulla constatazione che non tutti credono in Dio, che gli stessi credenti concepiscono Dio in modo differente, che non esiste una metafisica universalmente accreditata; discorso che sul piano giuridico corrisponde ad un'accettazione di valori quale la libertà, il pluralismo e la tolleranza. D'altra parte sono riscontrabili anche posizioni laiche vicine al principio della sacralità della vita, come ad esempio la tesi di Ronald DWORKIN (*Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, 1994), uno dei principali rappresentanti statunitensi della teoria dei diritti, il quale propone un concetto di "sacralità secolarizzata" partendo dal presupposto che l'inviolabilità della vita sia un valore culturalmente affermatosi irrinunciabile: da qui una prospettiva moderata nell'affrontare questioni delicate che accompagnano le scelte di inizio e fine vita. *Amplius cfr*. G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Paravia Bruno Mondadori, 2005.

[39] In tal senso mi pare si muova A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in Europa dir. priv., 2009, 1, pp.1 ss.

ciascuna persona, pur connessa alla responsabilità individuale ed alla dignità, per una regolamentazione giuridica di stampo civilistico[40]. Tesi, quest'ultima, ampiamente confortata dal dato costituzionale. Dal connubio tra diritto alla salute (art. 32 Cost.), libertà personale (art. 13 Cost.) e pieno sviluppo della persona (art. 2), infatti, consegue il divieto di sottoporre alcuno a trattamenti sanitari se non per disposizione di legge e con il limite del rispetto per la persona umana.

Tale interpretazione appare invero «*conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive*»[41].

L'apice dell'evoluzione giurisprudenziale che ha investito la relazione fra medico e paziente sarà la nota sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale che ha oggi attribuito ruolo preminente al consenso informato, statuendo non solo che esso costituisce un diritto della persona, ma è la sintesi di due diritti fondamentali, vale a dire il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute, giacché, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, «*egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione*»[42].

Nel quadro della "costituzionalizzazione" della persona[43], allora, il consenso informato finisce per comportare un sostanziale cambiamento di paradigma giuridico, ridisegnando la relazione di diritto privato fra personale sanitario e persona assistita nel segno di una redistribuzione di potere di controllo sul sé e sulla propria salute in favore del paziente. In tal modo la relazione medico-paziente transita da una prospettiva paternalistica[44] - che vedeva il medico come il solo

---

[40] Per tutti cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012.

[41] Così limpidamente la Cassazione "Englaro" (Cass. civ., Sez. I, 16-10-2007, n. 21748, *cit.*).

[42] Corte cost., 438/2008, in Foro It., 2009, I, 1328. Reperibile anche on-line al link http://www.giurcost.org/decisioni/2008/0438s-08.html. Cfr. R. BALDUZZI e D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in Gius. cost., 2008, 6, p. 4953 ss.

[43] Su cui cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, *cit.*; G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, vol. I, a cura di RODOTÀ-TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, 2010, p. 361 ss.

[44] Sulle diverse strategie per giustificare i limiti paternalistici e sulla differenza tra "paternalismo" e "*legal moralism*" rimando, anche per maggiori riferimenti bibliografici, a R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in Riv. dir. civ., 2005, II, p. 771 ss. Qui l'Autore osserva come una strategia per legittimare il paternalismo «*si concreta nell'affermazione che esistono valori e diritti indisponibili; in questa prospettiva, non si contesta che un determinato atto di autonomia privata sia libero e consapevole, si contesta radicalmente la possibilità per l'autonomia privata di operare in certi ambiti. Quando si afferma la subordinazione del mercato ai valori della persona o alla dignità della persona spesso ci si colloca in questa seconda prospettiva*» p. 777.

competente a decidere l'*an* e il *quantum* dell'informazione - a una concezione tendenzialmente paritaria, di collaborazione, sintetizzata nell'espressione (in realtà ambigua) "alleanza terapeutica" tra medico e paziente.
L'evoluzione giurisprudenziale del consenso informato, peraltro, risente profondamente dell'ambiguità da sempre insita nella natura giuridica di tale consenso, che finirà per assumere, attraverso stratificazioni argomentative differenti, a seconda dei casi, diverse funzioni: vuoi considerato come condizione e fondamento di legittimità dell'atto medico, requisito essenziale della relazione medico-paziente; vuoi come criterio di trasferimento del rischio del trattamento terapeutico che, tramite il consenso, transita dal medico al paziente[45]; vuoi, nell'elaborazione più recente, come espressione ed esercizio di diritti fondamentali della persona quale la salute e l'autodeterminazione[46].

4. Riconoscimento dell'*habeas corpus* del paziente e il paradigma "bioetico" del consenso informato nella legge n. 219/2017.

È in questo mutato assetto di poteri fra medico e paziente che si inserisce la legge n. 219/2017, legge che mira a riconoscere la massima centralità all'*habeas corpus* della persona che si sottopone alle cure, richiamando sin dal primo comma dell'art. 1 la tutela costituzionale della persona negli aspetti della dignità, della vita, dell'autodeterminazione e della salute («*La presente legge, nel rispetto dei princìpi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona…*»). Sebbene non si giunga al riconoscimento di una morte medicalmente assistita o del suicidio assistito, e dunque di forme di eutanasia consensuale[47], la legge n. 219 appare conforme ad una regolamentazione volta a

[45] Cfr. C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Giuffré, 1998; A. PRINCIGALLI, *Decisione medica e rifiuto di cure*, in Riv. crit. dir. priv., n. 2008, 1, p. 85 ss.

[46] Cfr. G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento chirurgico*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1957, p. 959 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico; principi, problemi e linee di tendenza*, in Riv. crit. dir. priv., 1998, 1, p. 37 ss.

[47] Disporre della propria vita fino al riconoscimento di una morte medicalmente assistita o del suicidio assistito è, nel nostro Paese, un punto eticamente ancora assai dibattuto, come mostra l'attenzione mediatica sul processo a Marco Cappato a seguito delle note vicende che hanno coinvolto Dj Fabo. Il riconoscimento di un diritto di morire dignitosamente che porti a forme di eutanasia attiva consensuale passa oggi dalla messa in discussione dell'art. 580 c.p. (reato di Istigazione o aiuto al suicidio), difatti in tal senso la Corte di Appello di Milano ha rimesso alla Corte costituzionale questione di legittimità rispetto agli artt. 3, 13 primo comma e 117 primo comma Cost. – in relazione, quest'ultimo, agli artt. 2 e 8 della Convenzione EDU – e, dall'altro, gli artt. 3, 13, 25 secondo comma e 27 terzo comma Cost. Come noto la Corte costituzionale ha sospeso la sua decisione, annunciando che la esaminerà solo all'udienza del 24 settembre 2019, per dare modo al Parlamento di legiferare in materia e approvare una «appropriata disciplina» sul suicidio assistito: si veda Corte cost., ord n. 207/2018, in Questione Giustizia, reperibile on-line al link http://questionegiustizia.it/articolo/il-casocappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-incostituzionalita-differita_19-11- 2018.php; in dottrina cfr. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in blog Diritti Comparati, 23 novembre 2018; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in ConsultaOnline, III-2018, p. 573 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in Questione Giustizia, 19 novembre 2018. La legge n. 219/2017, come detto, non affranta direttamente la questione, così lasciando inalterato il fenomeno del "turismo dell'eutanasia" – già oggi molto frequente dall'Italia verso la Svizzera, per cui si

garantire l'autodeterminazione e la dignità del paziente, in conformità agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1 (*Dignità umana*), 2 (*Diritto alla vita*) e 3 (*Diritto all'integrità della persona*) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In primo luogo, il legislatore del 2017 ha finalmente fatto propria la convinzione che il consenso che caratterizza il rapporto fra personale sanitario e paziente è vettore della realizzazione di diritti fondamentali, onde per cui merita una disciplina specifica. Il rapporto tra curanti e curati ruota oggi per legge (e non solo per la deontologia medica e le buone prassi) attorno alla nozione di consenso informato. Il consenso del paziente viene ad essere incastonato in una rete di diritti più ampia: integrità della persona, tutela della salute e della dignità, rispetto dell'identità del paziente e della soggettività e della competenza del professionista sanitario. Nel testo normativo questa finalità è ben sancita dal secondo comma dell'art. 1, ove si promuove e si valorizza la relazione di cura e di fiducia fra paziente e medico «*che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico*». A norma dell'articolo in questione, poi, il consenso della persona è condizione essenziale per l'avvio e la prosecuzione della cura (Art. 1, comma 1 e comma 5 della legge 219): il consenso è considerato il perno dell'alleanza di cura, non in quanto atto a sé stante, mal rappresentato dai moduli prestampati che troppo spesso nella prassi si fanno firmare acriticamente, ma come vero e proprio rapporto empatico e costante fra curanti e curato.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 1 ogni persona capace di autodeterminarsi ha tanto il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso, quanto il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento[48]. Tale norma, nel secondo periodo, specifica poi chiaramente che tra i trattamenti sanitari sono comprese altresì le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali: ciò mira anche a risolvere definitivamente il dibattito (etico e biogiuridico, più che medico-scientifico), postosi con enfasi a seguito del caso Englaro, vale a dire se debbano o meno considerarsi pratiche sanitarie l'idratazione e la nutrizione c.d. artificiali. Esse, nel dettato della legge, sono pratiche terapeutiche «*in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*» (comma 5, art. 1).

Altro punto discusso in dottrina, che la legge chiarisce e circoscrive, è il ruolo (centrale) dell'informazione data dal curante al paziente, che sembra costituire un diritto a sé stante della

---

adoperano associazione quali EXIT Italia o "Luca Coscioni" –, vale a dire quella pratica per cui i cittadini più abbienti e informati si recano in un Paese che legalizza la morte medicalmente assistita o il suicidio assistito per mettere fine ai propri patemi.

[48] Cfr. M. RIZZUTI, *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, *cit.*, il quale evidenzia la doppia anima della legge n. 219/2017, dal momento che l'afflato universalistico e costituzionalmente orientato del comma 1 dell'art. 1 sembra ridimensionato dal comma 5 del medesimo articolo, che riserva l'esercizio diretto dei diritti fondamentali ai soli soggetti capaci d'agire. Di qui la centralità giocata dall'art. 3 della legge n. 219/2017, che permette l'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica ai rappresentanti legali della persona minore o incapace; nonché dagli artt. 4 e 5 che disciplinano, rispettivamente, le DAT e la pianificazione condivisa delle cure. L'aver superato la logica dei c.d. "atti personalissimi" nell'esercizio dell'autodeterminazione terapeutica da parte di minori e incapaci, in fondo, costituisce la novità di maggior rilievo della nuova disciplina. In argomento cfr. M. DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n.219*, in Rivista Diritti Comparati, 3, 2018.

persona: banalmente non vi può essere vero "consenso" senza informazione, e in ciò l'aggettivo "informato" che si fa seguire a consenso può apparire pleonastico. L'informazione, d'altra parte, non è quella data nei moduli prestampati; essa viene intesa come processo continuo di dialogo tra professionisti sanitari e pazienti; come auspicato dalla migliore dottrina, difatti, il consenso informato, quale relazione comunicativa, dialogica ed empatica, deve configurarsi come un consenso "biografico", che «*è quello nel quale si rispecchia e si fonda l'autodeterminazione, e che meglio esprime il suo essere processo*»[49]. Il legislatore, preoccupato di dare questa connotazione dialogica alla relazione fra curanti e malati, sembra essere poi consapevole che l'informazione da sola non è spesso sufficiente, poiché deve essere elaborata dalla persona che la riceve, e chi la fornisce deve accertarsi che il paziente l'abbia compresa: l'elaborazione e la trasmissione dell'informazione è importante tanto quanto l'informazione in sé, premessa imprescindibile dello stesso consenso (l'art. 1, comma terzo, specifica che «*[o]gni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi*»). Il punto è di centrale importanza e permette di uscire dalla potenziale ambiguità che in passato adombrava l'alleanza terapeutica, alleanza che lasciava in realtà al medico – titolare esclusivo della conoscenza scientifica e dunque dell'informazione – il potere di influenzare il paziente, rimanendo il vero detentore della scelta ultima[50]. La legge n. 219/2017, invece, cura molto l'aspetto dei modi di comunicazione dell'informazione, per ridisegnare la relazione di cura fra medico e paziente nel segno di una effettiva redistribuzione di potere di controllo sul sé e sulla propria salute in favore del secondo. Il modo di comunicare col paziente, difatti, può influenzare la scelta terapeutica: il tono di voce, lo sguardo, un semplice gesto possono dare all'informazione stessa una valenza di rassicurazione o meno. Per questo all'ottavo comma dell'art. 1 si riprende quanto già disciplinato dal Codice di Deontologia medica del 2014 (all'art. 20), con una formula assai elegante e densa di senso: «*Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*». Per questo, ancora, il legislatore si è preoccupato nei commi successivi di prevedere non solo che ogni struttura sanitaria pubblica o privata debba garantire «*con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei princìpi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale*» (comma 9), ma anche che la «*formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprend[a] la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative*» (comma 10). La comunicazione tra sanitari e paziente, dunque, diventa assolutamente essenziale per un'effettiva tutela dei malati, colmando un *deficit* delle relazioni di cura contemporanee. Parallelamente, poi, la legge tutela anche il diritto del paziente a non essere informato e/o a demandare ad altri l'onere

[49] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, *cit.*, p. 274. Ma significative già le riflessioni di L. GIANFORMAGGIO, *Confronto tra cittadini e medici*, in *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, 1995, ove la filosofa del diritto notava che essere informati è il minimo per il paziente, il quale vuole piuttosto poter porre domande, muovere obiezioni, chiedere delucidazioni a chi informa: di qui l'esigenza di spostare l'accento da un processo meramente informativo ad uno comunicativo.

[50] Ciò è sottolineato efficacemente da V. ZAMBRANO, *Il trattamento terapeutico e la falsa logica del consenso*, in Rass. dir. civ., 2000, 4, p. 760 ss.

di ricevere le informazioni mediche che lo riguardano. In questo senso, il secondo periodo del terzo comma dell'art. 1 riconosce che il paziente possa «*rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole*», manifestazioni di volontà che sono registrate nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

5. Valorizzazione del contesto di cura e non opponibilità dell'obiezione di coscienza

La relazione di cura ridisegnata dalla legge n. 219/2017, poi, non si limita più al rapporto esclusivamente duale fra medico e paziente, ma pare piuttosto configurarsi come un rapporto pienamente relazionale, coinvolgendo attivamente tutto il personale e l'organizzazione sanitario e, se (e solo se) il paziente lo ritiene opportuno, anche l'*entourage* dell'interessato e le diverse figure che a vario titolo possono rappresentarlo (siano esse appartenenti alla famiglia matrimoniale, a quella derivante dall'unione civile, a quella di fatto o alla solo cerchia amicale del paziente). Il secondo periodo del secondo comma dell'art. 1, difatti, specifica che «*contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria*. *In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo*». Un ruolo fondamentale, pertanto, svolge tutta la struttura sanitaria, pubblica o privata, che nel complesso è chiamata a rispettare la dignità e le altre situazioni giuridiche fondamentali delle persone che la animano[51]. La tutela della persona malata, difatti, richiede un intervento e un'assistenza delle istituzioni, tanto più in ambito sanitario, in grado di ricostruire quel legame sociale che è epifania del principio di solidarietà: esso diviene criterio ordinante delle relazioni tra i soggetti e attribuisce un ruolo essenziale all'azione istituzionale[52]. Il ruolo attivo dell'organizzazione sanitaria, d'altra parte, può a parere di chi scrive spiegare e giustificare la mancanza, nella legge appena approvata, di forme individuali di obiezione di coscienza: come ha ritenuto la giurisprudenza amministrativa rispetto al caso Englaro, invero, spetterebbe alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro i quali possano assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico (Consiglio di Stato, 2 settembre 2014, n. 4460), tuttavia, nel momento in cui il legislatore ha optato per una relazione di cura che scardina la stretta e spesso dolorosa relazione duale fra medico e paziente – intendendo invece promuovere un coinvolgimento relazionale dell'intera *équipe* sanitaria e, se il paziente lo desidera, del nucleo familiare –, allora resta ferma la necessità che l'organizzazione ospedaliera garantisca, sempre e comunque, la doverosità del *satisfacere officio*. Scelta di politica del diritto saggia, dunque, quella del legislatore, dal momento che l'obiezione di coscienza rimane prima di tutto un problema di organizzazione sanitaria nel suo complesso[53] e questa prospettiva è davvero imprescindibile per arginare la diffusione di un utilizzo biopolitico dell'obiezione stessa,

[51] Sul punto cfr. A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, Riv. dir. sic. soc., n. 1/2011, p. 21 ss.; EAD., *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?*, in Istituzioni del Federalismo, 2, 2017, p. 293 ss.

[52] Così S. RODOTÀ, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, p. 68 ss.

[53] Cfr. A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in Istituzioni del Federalismo, n. 1, p. 121 ss.

pratica che spesso è frutto di una scelta forzata del personale sanitario dovuta all'eccessivo carico di lavoro o, anche, a un vero e proprio *mobbing/bossing* interno agli ospedali[54].

6. Certezze per i medici, certezze per i pazienti.

Non va trascurata, infine, la necessità di dare al medico e al personale sanitario tutto le giuste certezze sui rischi e le responsabilità che li riguardano. La legge 219, rispetto a questo punto, chiarisce già all'art. 1, comma sesto, che il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo «*e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale*», specificando altresì che il paziente non può pretendere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, verso i quali il medico non ha obblighi professionali (si pensa qui alla c.d. medicina alternativa). Si è a tal proposito osservato che la norma comporta «*una «certificazione» del «diritto dei principi» che aveva riconosciuto l'equivalenza normativa di due situazioni distinte solo sul piano naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti sanitari salva vita da parte di un paziente autonomo e il caso di rinuncia di trattamenti sanitari* quoad vitam *da parte di un paziente che richieda la loro sospensione o la loro interruzione, operata tramite un'azione del medico (ad esempio la disattivazione di un sostegno artificiale)*»[55]. Questa previsione, d'altro canto, può essere letta sotto la prospettiva della tutela degli stessi pazienti, poiché in assenza di una disposizione normativa così netta, il timore del malato di poter essere definitivamente condizionato alla prosecuzione delle terapie «*provoca gravi distorsioni nella relazione di cura, accentuate nel contesto attuale dove sono diffusi atteggiamenti di medicina difensiva, che conducono il medico a non rispettare la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi giudiziari*»[56].

Un'altra questione delicata e particolarmente complessa affrontata è quella dell'urgenza medica, dove l'obiettivo principale è quello di frustrare quanto meno l'autodeterminazione personale, al contempo evitando ridicoli cortocircuiti volti ad aggirare le manifestazioni di volontà eventualmente espresse dal paziente da parte del personale sanitario. Si pensi al caso Welby: bastava aspettare la perdita di coscienza del malato per intervenire d'urgenza *pro vita*, con un intervento del medico ritenuto giuridicamente dovuto *ex* art. 54 c.p. (stato di necessità)[57]. Per queste ipotesi, allora, l'art. 1, comma settimo, statuisce che «*il medico e i componenti dell'*équipe *sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla*».

Sull'altro piatto della bilancia, l'art. 2 della legge, rubricato "*Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita*", intende invece riconoscere al paziente morente la certezza di una dignità della fase terminale della vita, garantendogli quelle cure necessarie ad alleviare la sofferenza, cure doverose anche in caso di

---

[54] Sul punto sia consentito il rinvio a M. DI MASI, *Obiezioni di vita, obiezioni di morte*, in L. CONTI, D. FIORETTO, A. PIOGGIA, C. RICCARDI, A. SANTAMBROGIO, *Bioetica. Un approccio interdisciplinare*, Morlacchi, 2017, p. 303 ss.

[55] S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (ddl recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, in Riv. it. med. leg., 2017, 3, p. 975 ss., cit. p. 977.

[56] *Ibidem.*

[57] Cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in Diritto Penale Contemporaneo, al link https://www.penalecontemporaneo.it/upload/DONINI_2017b.pdf.

rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico (comma primo). Assieme all'ultimo comma dell'art. 1 della legge 219, questa previsione sancisce il divieto per il personale sanitario dell'abbandono terapeutico. Questa disposizione appare opportuna, poiché si coordina con la legge 38/2010 intitolata "*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*". In questa prospettiva, allora, il legislatore abbraccia un approccio radicalmente differente rispetto a quello della medicina tradizionale, che tendeva a considerare la morte il peggiore dei mali, così comportando un epocale cambiamento di mentalità: nella filosofia palliativa fatta propria dalla legge, invero, la morte torna ad essere considerata come un processo naturale e non come un fallimento della scienza medica; ecco perché la legge accoglie l'etica dell'accompagnamento verso la morte, permettendo al morente di non trovarsi a compiere una scelta netta tra vivere tra atroci sofferenze o morire[58]. Ai sensi del secondo comma dell'art. 2, è vietato qualsiasi forma di accanimento terapeutico da parte del medico nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte: in detti casi, «*il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*». La dottrina ha accolto positivamente queste previsioni, ritenendo che esse permettano ai medici di rimodulare le cure in tutte le ipotesi in cui si manifesti una futilità o sproporzione dei trattamenti, ma anche nei casi in cui la rimodulazione sia dovuta al rifiuto del paziente a prescindere dalla proporzionalità[59].

Peculiare la disciplina del comma terzo dell'art. 2, ai sensi del quale in «*presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente*». Tale norma non consente l'eutanasia attiva consensuale o il suicidio assistito, per quanto pare porsi sulla stessa linea del modello di regolamentazione francese, e in particolare della recente Loi n. 2016-87, che apre alla sedazione terminale, autorizzando la sospensione del trattamento e la somministrazione di dosi terapeutiche in grado di alleviare il dolore, anche se queste rischiano di abbreviare la vita; legge che, in definitiva, afferma il principio del "*lasciar morire dignitosamente*" il paziente mediante il ricorso alle cure palliative.

7. *Homo dignus* e consenso informato: il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione dell'autodeterminazione terapeutica.

Per concludere torno sulla redistribuzione di poteri a seguito dei recenti interventi legislativi in materia di relazione di cura e responsabilità medica. A fronte di una giurisprudenza sempre più proiettata a tutela del paziente, che era arrivata a riconoscere natura contrattuale alle responsabilità medica attraverso la dottrina del c.d. "contatto sociale", lo scontro fra paradigmi di regolamentazione della relazione medico-paziente rimane oggi assai aspro. Ciò appare evidente se si osservano i continui tentativi compiuti o falliti dal legislatore per garantire al medico non solo antichi privilegi (penali, oltre che civili) per errori nell'esercizio della professione, ma anche uno posizione di *supremazia* decisionale sulla vita del malato: tra quelli compiuti si ricorda la c.d. legge "Balduzzi" (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in legge 8 novembre 2012, n. 189) e

[58] Cfr. F. D. BUSNELLI, *Le cure palliative*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla vita "buona" nel confine tra il vivere e il morire*, Pisa, 2011, pp. 187 ss.; E. I. PAMPALONE, voce *Cure palliative*, in Dig. Disc.Priv. – Sez. civile, Aggiornamento IX, 2014, p. 147 ss.; D. CARUSI, *Consenso a cure palliative e ruolo dell'amministratore di sostegno. Quanto c'è bisogno di una legge sul ''testamento biologico''?*, in Giur. it., 2013, p. 347 ss.

[59] P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura, op. cit*.

la recentemente legge n. 24/2017, c.d. "Gelli"; tra quelli falliti si pensi al caso delle dichiarazioni anticipate di trattamento come disciplinate dal ddl "Calabrò", tentativo che rischiava di privare il paziente dell'autodeterminazione nella fase finale della propria esistenza[60].
Quanto alla legge "Balduzzi" risultava evidente lo sfavore per il paziente, in termini di potere, il voler ricondurre – all'art. 3 – la responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria sotto l'egida dell'art. 2043 c.c. L'intervento del legislatore, allora, veniva considerato una *lex specialis* per i soli medici del servizio pubblico sanitario, con lo scopo dichiarato di ridurre i costi del contenzioso anche se a danno del diritto alla salute del paziente che risulta svantaggiato[61]. D'altro canto, la Cassazione non ha mancato di chiarire come il rinvio della legge "Balduzzi" all'art. 2043 c.c. volesse solo significare che il legislatore si è preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura, così ridimensionando l'interpretazione più letterale e favorevole ai medici[62].
Codesta interpretazione giurisprudenziale ha spinto il legislatore ad adottare un nuovo testo di legge di chiaro favore per il personale medico, quale risulta essere le legge 24/2017, approvata dal Parlamento il 28 febbraio 2017[63]. Tale legge, che nelle intenzioni declamate mira a ridimensionare gli esiti funesti della c.d. medicina difensiva, all'art. 6 prevede che il medico che per imperizia provochi un danno a un paziente non è penalmente perseguibile qualora abbia rispettato le linee guida o le buone pratiche assistenziali.
L'errore del medico causato dalla sua mancanza di abilità o di preparazione specifica, quindi, finisce per essere operativamente punito, penalmente, solo in caso di colpa grave. Non solo. La legge 24/2017, infatti, disciplina un doppio sistema di responsabilità: contrattuale per la struttura sanitaria, pubblica o privata, e (solo) aquiliana per il medico. Risulta avallata, quindi, la volontà del legislatore di riaffermare un paternalismo tipico della prima fase della giuridificazione del rapporto medico-paziente, col risultato che quest'ultimo è esposto al continuo rischio di vedersi limitare la tutela risarcitorie, a fronte di lesioni di diritti fondamentali quali salute ed autodeterminazione.
A riequilibrare i poteri in senso maggiormente favorevole per il paziente, invece, è stata la legge n. 219/2017, che plausibilmente favorirà il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione all'autodeterminazione nel consenso informato. È evidente, invero, che il consenso informato non soddisfi soltanto l'esigenza di conoscere il futuro operato del medico, ma anche quella di consentire l'esercizio del diritto all'autodeterminazione: spetta al paziente, sulla base delle sue aspettative e in relazione ai rischi e conseguenze prospettategli, alle proprie convinzioni religiose ed etiche, ed alle possibili sofferenze collegate alla sua decisione, decidere se sottoporsi o meno

[60] Sul quale si rinvia a M. DI MASI, *Il fine vita*, Ediesse, 2015, p. 168 ss.
[61] V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in Danno e Resp., 2013, 4, p. 367 ss.
[62] Cass. civ., sez. VI, 17.04.2014, n. 8940 in Resp. civ. e prev., 2014, 3, p. 803 ss.
[63] Cfr. E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in Resp. civ. prev., 2017, 1, p. 27 ss.; G. PONZANELLI, Medical malpractice: *la legge Bianco-Gelli. Una premessa*, in Danno e resp., 3, 2017, p. 268 ss.; A. DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia"guidata"*, in Giur. It., 2018, 4, p. 841 ss.

alle cure sanitarie. Che il diritto all'autodeterminazione, poi, sia diverso ed autonomo rispetto al diritto alla salute appare ormai ben chiaro in dottrina e nella più recente giurisprudenza civile[64].
D'altra parte la diversità ontologica tra i due diritti è appalesata dalla circostanza che, pur sussistendo il consenso consapevole, ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia tuttavia inadeguatamente eseguita; o, viceversa, che la lesione del diritto all'autodeterminazione non comporta necessariamente la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico sortisca un esito assolutamente positivo.
In questo secondo caso, in particolare, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione della salute[65] o se la lesione della salute non sia causalmente collegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato[66]. Ciò comporta che per la giurisprudenza la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente gode di vita autonoma, così da concretizzare la fattispecie dell'art. 2059 c.c. sul terreno dei danni-conseguenza[67]. Si pensi al caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui spettano, ipotesi per la quale la Cassazione (con sentenza n. 16543 del 28 luglio 2011[68]) ha già ribadito che, al di là dell'esito positivo o meno dell'intervento operatorio, il medico è sempre responsabile per omissione del consenso informato qualora non ricorrano casi di urgenza[69]. Già prima della legge n. 219/2017, dunque, si è riconosciuto che l'inadempimento da

---

[64] Cfr. E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato, cit.*; diffusamente cfr. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, 2013.
[65] Vedi Cass. civ., Sez. III, 30.01.2009, n. 2468, in Danno e resp., 4, 2009, 446 ss., secondo cui la somministrazione del test anti HIV presuppone, anche nei casi di necessità clinica, che il paziente debba essere informato del trattamento a cui lo si vuole sottoporre ed ha diritto di prestare o negare il proprio consenso - da cui si può prescindere solo in caso di obbiettiva ed indifferibile urgenza del trattamento sanitario ovvero per specifiche esigenze di interesse pubblico - in tutti i casi in cui sia in grado di decidere liberamente e consapevolmente, restando onere del personale sanitario adottare tutte le misure necessarie a garantire il rispetto del diritto del paziente alla riservatezza e ad evitare la diffusione a terzi dei dati relativi all'esito del test e alle condizioni di salute del paziente medesimo.
[66] V. Cass. civ., Sez. III, 04.01.2010, n. 13 in Giur. It., 1, 2011, 76. In dottrina cfr. A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in Obbl. e contr., 2011, 191; A. RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in Contr. e impr., 2010, 313; A. GORGONI, *La "stagione" del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in Resp. civ. prev., 1999, 488.
[67] Circa la natura non patrimoniale del danno risarcibile per lesione del consenso informato, vedi Corte Cass., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in Guida al dir., 2008, 47, 18, con nota di COMANDÈ.
[68] In Danno e Resp., 6, 2012, 621 con nota di MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*. Tale decisione è confermata da Cass. civ., sez. III, 31.01.2013, n. 2253, reperibile on-line su https://www.personaedanno.it/, con nota di S. ROSSI.
[69] Di recente il principio di diritto è stato ribadito da Cass. civ., Sez. III, 23.03.2018, n. 7248, in Foro It., 2018, 7-8, 1, 2401 ss. che peraltro sottolinea e ribadisce come il consenso informato debba basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo sufficiente la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone

parte del personale sanitario dell'obbligo di richiedere il consenso informato al paziente costituisce in linea di principio violazione del diritto inviolabile all'autodeterminazione. Peraltro, non è utile a contrastare tale conclusione il riferimento alla prevalenza del bene "vita" o del bene "salute" rispetto ad altri possibili interessi, giacché «*una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo nell'ambito del diritto quando soggetti diversi siano titolari di interessi configgenti e sia dunque necessario, in funzione del raggiungimento del fine perseguito, stabilire quale debba prevalere e quale debba rispettivamente recedere o comunque rimanere privo di tutela; un 'conflitto' regolabile* ab externo *è, invece, escluso in radice dalla titolarità di pur contrastanti interessi in capo allo stesso soggetto, al quale soltanto, se capace, compete la scelta di quale tutelare e quale sacrificare*»[70].

Ciò appare ancor più vero a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017 che, come detto, definisce il tempo della comunicazione fra medico e paziente come *tempo di cura* (comma 8, art. 1), così facendo del consenso informato una vera e propria *obbligazione principale* del personale sanitario.

In tale prospettiva, allora, il consenso informato, costituendo uno degli aspetti dell'inviolabile diritto alla libertà personale, è manifestazione anche del passaggio ad un nuovo modello antropologico di soggetto di diritto[71], dal momento che l'*homo juridicus* ha oggi acquisito l'identità di *homo dignus*, come impone peraltro un'interpretazione assiologia non solo dei diritti costituzionali, ma anche di quelli presenti nelle fonti europee, ed *in primis* dell'art. 3 della Carta di Nizza[72]. Così, aderendo alla proposta ricostruttiva di Stefano Rodotà, già la giurisprudenza e, oggi, il legislatore della legge n. 219 del 2017 rintracciano nella dignità umana quell'ineludibile denominatore comune che disegna sia un nuovo statuto della persona, sia un nuovo quadro di doveri costituzionali: l'*homo dignus* è prima di tutto un uomo che si autodetermina, che è messo cioè nelle concrete condizioni di definire liberamente il proprio progetto di vita[73].

In un sistema giuridico che si basa sul modello antropologico dell'*homo dignus*, quindi, nessuna volontà esterna può surrogarsi a quella dell'interessato, tanto più nella delicata relazione di cura fra medico e paziente.

(ma vedi già Cass. civ. Sez. III, 04-02-2016, n. 2177 in Ragiusan, 2016, 385-386, 141. Oltretutto la Cassazione aveva già rilevato che la prova di un consenso informato prestato in modo effettivo ed esplicito non possa essere fornita dal medico (su cui grava il relativo onere) per presunzioni: vedi Cass. 2 maggio 2004, n. 10297, in Danno e resp., 2005, 26, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*; e in Nuova giur. civ. comm., 2004, I, 791, con nota di PALMERINI, *La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento*).

[70] Così Cass. civ., sez. III, 09.02.2010, n. 2847, in Giur. It., 4, 2011, 816.

[71] Vale a dire il passaggio dall'*homo oeconomicus* all'*homo dignus*, dal soggetto di diritto ottocentesco alla persona, per usare le parole di Stefano RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007. Si veda anche: G. MARINI, *'Globalizzazione attraverso i diritti' e metamorfosi del diritto comparato*, in ALPA - ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 349 ss.

[72] Cfr. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, cit., passim*; ID., *Il diritto di avere diritti, cit., passim*.

[73] Cfr. ancora S. RODOTÀ, *Antropologia dell'«homo dignus»*, in Riv. crit. dir. priv., 2010, 4, p. 547 ss.

La legittimazione dell'attività medica alla luce dell'obbligo di forma scritta e di necessaria comprensibilità del consenso informato.

di ***Sara Scapin*** *(Avvocato del foro di Venezia)*

Il concetto di consenso informato è senza ombra di dubbio uno dei più dibattuti della storia giuridica italiana. Inizialmente concepito, alla stregua delle indicazioni della giurisprudenza americana che per prima lo formulò all'inizio del secolo scorso, quale autorizzazione conferita dal paziente ai sanitari per l'esecuzione di determinati trattamenti sanitari, in mancanza della quale avrebbero costituito reati, è successivamente giunto a ricomprendere al suo interno nuovi diritti quali quello all'autodeterminazione e all'integrità psico-fisica del paziente. La dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo dibattuto in merito alle modalità mediante le quali il consenso informato dovesse essere validamente prestato e, in particolar modo, se fosse o meno necessaria la forma scritta, ed una risposta affermativa sul punto è stata data dalla Legge n. 219/2017. A ben vedere, però, anche se la predetta norma ha sancito la necessità della forma scritta per la valida prestazione del consenso informato, molti nodi non sono stati sciolti. La novella legislativa, infatti, stabilisce anche che il paziente deve essere informato in maniera completa e comprensibile sui trattamenti che subirà. Ed è proprio questo il cuore del problema: in che modo tale atto, pur redatto in forma scritta, può considerarsi completo e, soprattutto, comprensibile per il paziente? Il più delle volte, infatti, per quest'ultimo risulta molto difficile comprendere il contenuto del consenso che sta sottoscrivendo, considerato l'alto tecnicismo con cui viene redatto dai medici. La questione risulta particolarmente attuale, tanto che recentemente un Ospedale veneto aveva ipotizzato di redigere il modulo del consenso informato addirittura in dialetto, al fine di renderlo maggiormente comprensibile per i propri pazienti, la maggior parte dei quali anziani. Scopo del presente contributo è proprio quello di cercare di dare una risposta a questa domanda, anche alla luce di quanto sancito da dottrina e giurisprudenza.

The concept of "informed consent" is one of the more debated of the Italian juridical history. Initially it was conceived, according to the indications of the American jurisprudence, that had formulated it in the beginning of last century, as ab authorization conferred by the patient to the doctor for the execution of determined sanitary treatments, in lack of which they would have constituted crimes. Then it has been extended enough to subsume the patient's rights to self-determination and to integrity of the person. For a long time case-law and legal writings have debated regarding the formalities through which the informed consent had to validly be lends and, in particular way, if it was needed a written form, and an affirmative answer on the point has been given by Act No 219/2017. However, even though this Act has established the necessity of the written form, many doubts have not been allayed. The mentioned Act, in fact, establishes also that the patient must be informed by the doctor in a complete and comprehensible form on the treatments that he will suffer. And this is the heart of the matter: in what way this document, even if drafted in writing, should be regarded as complete and, above all, comprehensible to the patient? Most of the time, in fact, the patient fails to understand the content of the informed

consent, because of its high technicality. This is a very topical subject, that that recently a Venetian Hospital has hypothesized to compile the form of the informed consent in dialect straight, with the purpose to make it comprehensible for its elderly patients. The aim of the present contribution is to try to give an answer to this question, also on the basis of what was claimed by case-law and legal writings.

Sommario: **1.** Le origini del consenso informato – **2.** I requisiti di validità del consenso informato - **3.** La recente legge sul consenso informato – **4.** Mancanza o invalidità del consenso informato, risarcimento del danno e onere della prova – **5.** Riflessioni conclusive.

1. Le origini del consenso informato

Il consenso informato rappresenta la *condicio sine qua non* affinché il medico possa intraprendere una determinata pratica assistenziale nei confronti del paziente: con il termine consenso informato, infatti, si intende la manifestazione di volontà con cui il malato esprime al proprio medico in ordine all'esecuzione di un determinato trattamento sanitario sulla sua persona.

A differenza di quanto comunemente si pensa, il consenso informato vanta delle origini antichissime: già in età greca e romana, infatti, vi è testimonianza della necessità per il medico di ricevere, prima dell'intervento, una sorta di "approvazione", anche verbale, da parte del proprio paziente[1]. In passato, però, non si provvide mai a codificare tutto ciò, in quanto si riteneva che il medico operasse sempre per la salute delle persone, anche in virtù di quanto affermato da Ippocrate, il quale, ne *Le Epidemie*, evidenziava come il medico dovesse *"tendere nelle malattie a due scopi, giovare e non essere di danno".*

Testimonianza anche nei secoli successivi della consapevolezza delle necessità di una preventiva manifestazione di volontà da parte del malato in ordine al successivo trattamento medico si rinviene in un racconto breve dello scrittore Edgar Allan Poe, intitolato *"La verità sul caso di Mr. Valdemar".* In tale opera, nel raccontare gli effetti dell'esperimento cui il protagonista, il mesmerista P., sottopose il signor Valdermar, un paziente in fin di vita afflitto da una tubercolosi polmonare, Poe descrive in questi termini un dialogo tra i due personaggi: *"lo pregai di dichiarare con la massima chiarezza possibile se egli, signor Valdemar, era assolutamente consenziente a che io eseguissi l'esperimento di mesmerizzarlo nelle condizioni in cui si trovava in quel momento", ottenendo il consenso del signor Valdemar ("Sì, desidero essere mesmerizzato")*[2].

---

[1] In particolar modo Platone, nel descrivere alcuni aspetti della professione medica della sua epoca, evidenziò proprio che *"a curare le malattie degli uomini liberi è il medico libero che segue il decorso della malattia, la inquadra fin dall'inizio secondo il giusto metodo, mette a parte della diagnosi il malato e i suoi parenti … egli non farà alcuna prescrizione prima di averlo in qualche modo convinto e cercherà di portare a termine la sua missione che è quella di risanarlo, ogni volta preparandolo e predisponendolo con un'opera di convincimento"* (Leggi, IV).

[2] Il riferimento al racconto di Poe è contenuto in G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo,* in *Forumcostituzionale.it*, che a sua volta riprende un lavoro di F. CEMBRANI, *Ancora in tema di "consenso informato" all'atto medico: da autorizzazione formale a cultura della condivisione*, in *Jus.unitn.it* e in *Rassegna giuridica della sanità*, 2004, vol. 245-246, 216 ss.

Il vero e proprio punto di rottura è rappresentato dal famoso Processo di Norimberga, nell'ambito del quale si innestò un sub-processo in cui furono giudicati i medici nazisti che, dal 1943 al 1945, avevano prestato la propria attività presso il campo di concentramento di Auschwitz-Birkenau. I giudici statunitensi, chiamati a decidere sulla sorte dei predetti sanitari, non solo condannarono per genocidio molti di questi ultimi, ma elaborarono anche il cosiddetto "Codice di Norimberga", un documento contenente una decina di principi che da quel momento in poi avrebbero dovuto ispirare gli esperimenti medici, e che ancora oggi viene considerato come il vero e proprio antesignano dell'odierno consenso informato[3].

La nozione di consenso informato, così come oggi la intendiamo, va quindi interpretata alla luce dell'esperienza giuridica statunitense, che sin dai primi decenni del Novecento[4] se ne era occupata nell'ambito di numerosi processi che avevano coinvolto vari medici. Fu proprio in tale contesto che per la prima volta venne coniata l'espressione *informed consent*, intesa inizialmente quale semplice autorizzazione che il paziente conferiva al medico prima che quest'ultimo procedesse all'esecuzione dei trattamenti sanitari necessari, in mancanza della quale l'operato del medico avrebbe costituito un vero e proprio reato penalmente perseguibile.

In Italia la nozione di consenso informato, inizialmente interpretato dalla giurisprudenza quale necessaria connotazione fiduciaria del rapporto tra medico e paziente, complice il diverso substrato sociale, culturale e religioso del nostro Paese, nel corso degli anni ha subito una interessante evoluzione in chiave maggiormente "personalistica"[5]. Ad oggi, infatti, con "consenso informato" si fa riferimento ad una inalienabile forma di rispetto per la libertà del paziente, alla luce del proprio diritto all'autodeterminazione e all'integrità psico-fisica: il malato, cioè, ha il pieno diritto di venire adeguatamente informato dai sanitari non solo in merito al trattamento sanitario che sta per subire da parte dei sanitari, ma anche ai rischi dello stesso e alle possibili ripercussioni che ne deriveranno. Non a caso, il consenso informato, inteso quale espressione

---

[3] Uno di questi principi stabilisce infatti che *"il consenso volontario del soggetto è assolutamente essenziale. Ciò significa che la persona in questione deve avere capacità legale di dare consenso, deve essere in grado di esercitare il libero arbitrio senza l'intervento di alcun elemento coercitivo, inganno, costrizione, falsità o altre forme di imposizione o violenza; deve avere sufficiente conoscenza e comprensione degli elementi della situazione in cui è coinvolto, tali da metterlo in posizione di prendere una decisione cosciente e illuminata. Quest'ultima condizione richiede che prima di accettare una decisione affermativa da parte del soggetto dell'esperimento lo si debba portare a conoscenza della natura, della durata e dello scopo dell'esperimento stesso; del metodo e dei mezzi con i quali sarà condotto; di tutte le complicazioni e rischi che si possono aspettare e degli effetti sulla salute o sulla persona che gli possono derivare dal sottoporsi all'intervento. Il dovere e la responsabilità di constatare la validità del consenso pesano su chiunque inizia, dirige o è implicato nell'esperimento".*

[44] In particolare, nella sentenza che concluse il caso Schoendorff (1914) viene affermato proprio che *"Ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto con il suo corpo; un chirurgo che esegue un'operazione senza il consenso del paziente commette una violenza personale, per la quale risponderà dei danni".* Parimenti, nel processo Salgo (1957) i magistrati evidenziarono come *"il medico ha il dovere di comunicare al paziente ogni fatto che sia necessario a formare la base di un consenso intelligente al trattamento proposto".*

[5] Come infatti rilevato da F. BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2001, 371, *"se il recepimento del principio dell'informed consent era una naturale evoluzione, rispondente peraltro al mutamento dell'ordinamento costituzionale italiano […] non è detto che devono essere recepiti pedissequamente anche tutti quei peculiari aspetti con i quali si è caratterizzato nei Paesi dove per primi è stato introdotto perché rispondenti a quella particolare tradizione culturale ma che non devono necessariamente connotarlo".*

della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico e della libertà di autodeterminazione terapeutica[6], si configura oggi quale vero e proprio diritto della persona, trovando fondamento nei principi negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione[7], oltre che in varie leggi nazionali concernenti specifiche attività mediche[8], negli artt. 33 e 35 del Codice deontologico dei Medici ed in numerose norme internazionali[9].

Del resto, se l'obiettivo della prestazione del consenso informato è quello di superare o quantomeno ridurre la normale asimmetria informativa che si viene a creare tra il medico ed il paziente, essendo infatti quest'ultimo digiuno delle nozioni tecniche della scienza medica necessarie a comprendere pienamente l'attività del sanitario, è imprescindibile che tra i predetti soggetti debba svolgersi un adeguato e comprensibile scambio informativo. Come recentemente specificato anche dalla Corte di Cassazione, infatti, "*informare il paziente non è un atto formale, né un rituale inutile: serve a mettere il paziente in condizione di scegliere a ragion veduta*"[10].

Molto spesso, però, come confermano anche i numerosi procedimenti che oberano i nostri Tribunali, spesso il consenso informato sottoscritto dal paziente non assolve propriamente tale compito, limitandosi piuttosto a rappresentare un mero adempimento burocratico[11]: il più delle volte, infatti, esso rappresenta un mero modulo che il paziente firma in maniera automatica prima di sottoporsi ad una operazione, senza comprenderne appieno il contenuto. Come osservato correttamente da molti, non dovrebbe tanto utilizzarsi il termine "consenso informato" quanto, piuttosto, quello di "informazione alla quale segue il consenso".

Appare pertanto necessario chiedersi quando, dal punto di vista giuridico e più specificamente probatorio, il consenso informato possa dirsi prestato in maniera valida: dottrina e giurisprudenza, nel corso degli anni, stante la mancanza sino allo scorso anno di una disciplina organica del consenso informato, hanno cercato di fornire ai medici e agli operatori del diritto una serie di indicazioni sul punto, specificando in particolar modo i requisiti in presenza dei quali il consenso deve ritenersi validamente prestato.

2. I requisiti di validità del consenso informato.

---

[6] Libertà che ha come unico limite quanto sancito dall'art. 5 c.c., in base al quale sono vietati gli atti di disposizione del proprio corpo quando comportino una diminuzione permanente della integrità fisica, nonché quelli contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume.

[7] Corte Cost., 15 dicembre 2008 (ud. 18 novembre 2008), in *Cortecostituzionale.it.*

[8] Tra di esse si ricordano in particolare l'art. 33 della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale); l'art. 6 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e l'art. 3 della Legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati).

[9] Più nello specifico, si fa riferimento all'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989; all'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 1997 e all'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

[10] Cass. Civ., Sez. III, 27 marzo 2018 n. 7516, in *Ilcaso.it.*

[11] È stato infatti correttamente evidenziato che *"la formalizzazione del consenso informato deve essere intesa non come l'espletamento sbrigativamente liberatorio di un onere burocratico in più, né come l'omaggio ad un mito retorico, ma quale prova trasferibile di un colloquio personale realmente avvenuto nei tempi e modi più adatti a promuovere un'autentica comunicazione, nel corso della quale il medico deve avere cercato sia di comprendere la personalità del paziente, le sue preferenze soggettive ed opzioni morali, sia suscitato una chiara comprensione delle alternative terapeutiche e dei rispettivi rischi e benefici"* (S. CANESTRARI, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Reati contro la persona*, UTET, 2006, 641).

Come anzidetto, nel corso in particolar modo dell'ultimo ventennio, la giurisprudenza ha elaborato una serie di caratteristiche che permettono di ritenere valido il consenso informato prestato dal paziente prima di sottoporsi ad un intervento di natura sanitaria, indicazioni riprese, come a breve si vedrà, anche dalla recente novella legislativa del 2017.
Il consenso deve, in primo luogo, essere scritto, non essendo infatti ritenuto valido il consenso prestato verbalmente[12]. Esso deve, inoltre, rispettare le basilari regole dettate dal nostro ordinamento per la validità dei contratti (artt. 1427 c.c. e ss.), e quindi essere immune da errore, violenza e dolo.
Il consenso deve essere, poi, personale, cioè provenire dal paziente: pertanto, quest'ultimo deve essere di maggiore di età e capace di intendere e di volere. In caso di soggetti minori[13] o incapaci[14], il consenso dovrà venire necessariamente prestato dal loro legale rappresentante.
Oltre che persona, il consenso deve risultare anche attuale[15], reale ed effettivo, non essendo infatti valido un consenso presunto[16].
Il consenso, infine, deve essere specifico ed esplicito[17], dovendo pertanto contenere adeguate e dettagliate informazioni in merito alla prestazione sanitaria cui il paziente sarà sottoposto, di modo che quest'ultimo possa avere piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative[18].
Rispetto agli altri requisiti sinora descritti, quest'ultimo è quello che, sul piano pratico, risulta più spinoso e foriero di problemi: quand'è, infatti, che un consenso informato può effettivamente ritenersi specifico?
La casistica sul punto è quantomai variegata: è ovviamente ritenuto inidoneo un consenso contenuto in una modulistica generica, in quanto riferibile a qualsiasi tipo di intervento o di

---

[12] Cass. Civ., Sez. III, 29 settembre 2015, n. 19212, in *Ri.Da.Re.*
[13] Con particolare riferimento al minore, anche l'art. 37, comma 3, del Codice di deontologia medica stabilisce la necessità per il sanitario di informare l'autorità giudiziaria "*in caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori…senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore".* Nonostante ciò, però, l'art. 38, comma 2, del predetto Codice evidenzia altresì che *"il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà".*
[14] Il tema della possibilità del legale rappresentante di operare con riferimento ai c.d. atti personalissimi è stato oggetto, per molti anni, di un ampio dibattito in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza. Il problema è stato infine risolto dalla Corte di Cassazione, che, in una propria pronuncia, ha infine accolto la richiesta del legale rappresentante di autorizzazione alla sospensione del trattamento sanitario dal quale dipendeva la vita dell'incapace, purchè in presenza delle seguenti condizioni: irreversibilità, medicalmente accertata, della condizione di stato vegetativo dell'incapace, tale da non lasciare supporre, allo stato delle conoscenze scientifiche di volta in volta attuali, la possibilità di un pur minimo recupero della coscienza e della percezione del mondo esterno da parte del rappresentato; ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza, implicante una ricostruzione del "vissuto" dell'incapace anteriore al coma sulla base dello stile e del carattere della sua vita, oltre che dei di lui precedenti desideri e delle sue dichiarazioni (così Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro italiano,* 2007, I, 3025 ss., con nota di G. CASABURI, *Interruzione dei trattamenti medici: nuovi interventi della giurisprudenza di legittimità e di merito).*
[15] Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.
[16] Cass. Civ., sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984, in *Ri.Da.Re,* in cui è stata infatti esclusa la validità di un consenso presunto.
[17] Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, in *D. Resp*., 2001, 1166 ss.
[18] Cass. civ., sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro It.,* 1995, I, c. 2913.

accertamento, o da cui non sia possibile desumere con certezza che il paziente medesimo abbia ottenuto in modo esaustivo le informazioni[19]. Parimenti, non è ritenuto adeguato il consenso informato contenuto in una serie di moduli, anche dettagliati quanto al contenuto, ma fatti sottoscrivere in assenza di spiegazioni rilasciate al paziente in ordine all'attività diagnostica o terapeutica alla quale sarà sottoposto[20].

Considerando infatti che sempre più spesso l'attività medica si svolge in *équipe*, è invece necessario che, in ipotesi di intervento chirurgico, il documento contenente il consenso informato riporti l'indicazione delle diverse fasi operatorie, delle eventuali metodiche alternative cui è possibile fare ricorso, della possibilità e probabilità dei risultati conseguibili in dipendenza dell'una o dell'altra scelta, oltre che della sua irreversibilità[21].

Dovranno, inoltre, essere indicati anche i possibili rischi prevedibili, anche se di bassa frequenza statistica, con la sola esclusione degli esiti anomali, nonché delle possibili complicanze, in quanto rientranti tra gli eventi possibili di rilevanza statistica[22].

Ancora, dovrà anche essere indicato lo stato di efficienza e il livello di dotazione della struttura sanitaria dove verrà eseguito l'intervento, di modo che il paziente possa decidere se sottoporsi comunque all'intervento o invece optare per una struttura maggiormente specializzata[23].

Infine, per la predisposizione di un valido consenso informato sarà necessario anche tenere in adeguata considerazione le caratteristiche del paziente stesso, in quanto il consenso dovrà risultare adeguato al livello culturale dello stesso paziente, mediante l'utilizzo di un linguaggio a lui comprensibile in ragione dello stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone[24].

Al contrario, è invece ritenuta irrilevante la qualità rivestita dal paziente[25]: la giurisprudenza ha, infatti, reputato non adeguatamente assolto l'obbligo di informazione da parte del medico nel caso in cui il paziente, per le proprie conoscenze personali e/o professionali, abbia sottoscritto un modulo prestampato relativo all'intervento[26], non potendosi infatti presumere il rilascio del consenso informato sulla base delle qualità personali del paziente, che possono invece incidere unicamente sulle modalità dell'informazione. Quest'ultima dovrà, infatti, sostanziarsi in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone.

Ne consegue pertanto *a contrariis* che il dissenso del paziente nella prestazione del consenso informato debba essere oggetto di manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata,

---

[19] Cass. Civ., Sez. III, 14 novembre 2017, n. 26827, in *Rivistaresponsabilitamedica.it*; nello stesso senso Cass. Civ., Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2177, in *Personaedanno.it.*

[20] Cass. Civ., Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Personaedanno.it.*

[21] Cass. Civ., Sez. III, 24 ottobre 2013, n. 24109, in *Ilsole24ore.com.*

[22] Cass. Civ., Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2177, cit.

[23] Cass. Civ., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Anaao.it.*

[24] Cass. Civ., Sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220, in *Biodiritto.org.*

[25] Cass. Civ., Sez. III, 27 marzo 2018 n. 7516, cit.

[26] Cass. Civ., Sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220, in *Ri.Da.Re.*, con nota di A. SCALERA, *La qualità del paziente non esime il medico dall'obbligo di informare.*

dovendo quindi esprimere un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile[27].

3. La recente legge sul consenso informato.

La disciplina del consenso informato è stata recentemente normativizzata dalla Legge n. 219 del 22 dicembre 2017 (nota anche come "Legge sul Biotestamento")[28], entrata in vigore il 31 gennaio 2018, con la quale, per la prima volta, il Legislatore ha cercato di regolare nella sua prima parte il consenso informato e nella seconda il cosiddetto testamento biologico ("Disposizioni anticipate di trattamento").

Dopo aver evidenziato la necessità che tra medico e paziente venga a crearsi una *"relazione di cura e di fiducia",* che si estende anche a tutta l'*équipe* sanitaria, e, se il paziente lo desidera, anche ai suoi familiari o alla parte dell'unione civile o al convivente o ad una persona di fiducia, la Legge si occupa nei suoi primi articoli della tematica del consenso informato, nei quali il Legislatore ha cercato di ricomporre, in maniera unitaria, tutti gli approdi sinora illustrati come elaborati da dottrina e giurisprudenza.

Più in particolare l'art. 1 della predetta Legge esordisce sancendo che *"nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge",* specificando altresì che sono considerati trattamenti sanitari *"la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici".*

Viene così per la prima volta normativizzato l'obbligo del medico di documentare il consenso informato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per le persone con disabilità, attraverso dispositivi che consentano loro di comunicare. Il consenso, quale che sia la forma tra quelle come ora descritte con cui venga prestato, deve essere poi inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Il medesimo articolo ha, inoltre, stabilito la possibilità per il paziente di rifiutare di ricevere in tutto o in parte le informazioni, nonché di indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se così vuole. Anche il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato devono essere sempre registrati dai sanitari nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Ogni paziente in possesso della capacità di agire ha inoltre il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso.

Non solo: il paziente ha anche il diritto di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato, anche quando tale revoca comporti l'interruzione del trattamento, che devono essere annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Nel caso in cui il paziente rinunci o rifiuti un trattamento sanitario necessario alla propria sopravvivenza, il Sanitario dovrà prospettare al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al

[27] Cass. civ., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Personaedanno.it*, ha infatti escluso che la volontà del paziente potesse essere desunta dal medico sulla base del mero sintagma "niente sangue" vergato su un cartellino.

[28] Pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 12 del 16 gennaio 2018 ed entrata in vigore dal 31 gennaio 2018.

paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. In ogni caso, nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria devono assicurare le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla.
Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, risulterà esente da qualsiasi responsabilità civile o penale.
Al terzo comma del predetto articolo viene poi sancito il diritto di ogni persona *"di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi".*
L'art. 3 della suddetta legge detta, inoltre, una serie di regole particolari per quanto riguarda i soggetti che necessitano di una maggiore protezione. Più in particolare, la legge stabilisce che anche la persona minore di età o incapace deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà. In questo caso, il consenso informato deve essere rilasciato, nel caso del paziente minore, da colui che su di esso esercita la responsabilità genitoriale o dal tutore, tenendo però conto della volontà del minore stesso, in relazione alla sua età al suo grado di maturità, mentre, nel caso dell'interdetto, dal tutore, sempre sentito l'interdetto medesimo, ove possibile.
L'inabilitato, invece, può esprimere personalmente il proprio consenso.
Nel caso poi in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato può essere espresso o rifiutato anche o solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, sempre in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.
È stato infine previsto che, nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione viene rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata, di colui che esercita la responsabilità genitoriale, del tutore, dell'amministratore di sostegno, del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

4. Mancanza o invalidità del consenso informato, risarcimento del danno e onere della prova.

Proprio alla luce dell'importanza che anche la nostra Carta Costituzionale assegna alla prestazione del consenso informato, la mancata, inesatta o incompleta informazione che il sanitario fornisce al paziente integra una condotta colposa del medico nel caso in cui impedisca l'autodeterminazione libera e consapevole del malato, il quale avrà diritto al risarcimento del

danno subito[29], e questo a prescindere dal fatto che l'esito del trattamento sanitario sia stato o meno positivo[30].

Tale danno consiste nel corrispettivo dovuto non tanto per l'avvenuta lesione del bene salute in quanto tale (che attiene più che altro alla conseguenza di una lesione fisica causata da un errore medico), quanto, piuttosto, per la lesione dei diritti primari alla salute e all'autodeterminazione della persona[31]. Una recentissima pronuncia[32] ha distinto tra quattro situazioni risarcitorie in caso di mancata od invalida prestazione del consenso informato:

i) omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe in ogni caso scelto di sottoporsi nelle medesime condizioni, hic et nunc: in tal caso, il risarcimento sarà limitato al solo danno alla salute subito dal paziente, nella sua duplice componente, morale e relazionale;

ii) omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento sarà esteso anche al danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente;

iii) omessa informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta non colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento sarà liquidato con riferimento alla violazione del diritto alla autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute - da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poichè, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito - andrà valutata in relazione alla situazione differenziale tra quella conseguente all'intervento e quella (comunque patologica) antecedente ad esso;

iv) omessa informazione in relazione ad un intervento che non ha cagionato danno alla salute del paziente (e che sia stato correttamente eseguito): in tal caso, la lesione del diritto all'autodeterminazione costituirà oggetto di danno risarcibile tutte le volte che, e solo se, il paziente abbia subito le inaspettate conseguenze dell'intervento senza la necessaria e consapevole predisposizione ad affrontarle e ad accettarle, trovandosi invece del tutto impreparato di fronte ad esse.

Per imputare al medico le conseguenze della omessa informazione sarà compito del paziente provare quali siano state le conseguenze pregiudizievoli della mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico[33], dimostrando, anche in via presuntiva, che non si sarebbe sottoposto al trattamento medico qualora fosse stato adeguatamente informato, non potendosi

---

[29] Per una più completa trattazione sul punto si rinvia a S. DROGHETTI, *La risarcibilità dei danni derivati da un trattamento medico necessario e correttamente eseguito, in difetto, però, di consenso del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 8 ss.

[30] Cass. Civ., sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984, cit..

[31] Così F. MARTINI, *Cassazione: il medico deve informare il paziente su ogni dettaglio,* in *Ri.Da.Re,* approfondimento 15 maggio 2018, p. 3.

[32] Cass. Civ., Sez. III, 23 marzo 2018, n. 7248, in *Ri.Da.Re.*

[33] Cass. Civ., Sez. III, sent. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Personaedanno.it.*

altrimenti affermare la sussistenza di un nesso di causalità tra la violazione (omessa informazione) ed il bene giuridico che si assume leso (salute)[34].
Quanto, invece, al danno da lesione all'autodeterminazione, il paziente dovrà provare il turbamento e la sofferenza derivatigli dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate. Generalmente tale prova viene fornita mediante una apposita consulenza tecnica medico-legale in cui vengono descritte la tipologia di intervento e le conseguenze dolorose derivate al paziente.

5. Riflessioni conclusive.

In conclusione, a parere di chi scrive, le novità introdotte con la recente novella legislativa devono essere certamente valutate in ottica positiva, in quanto sono stati finalmente recepiti i dettami frutto del lavoro di molti anni della più attenta dottrina e giurisprudenza: più in particolare, com'è stato correttamente osservato, il consenso assurge finalmente al ruolo di stato, e non solamente di mero atto[35].
Se, però, lo scopo dichiarato del consenso informato è quello di porre rimedio alla naturale asimmetria informativa tra medico e paziente, non può non stigmatizzarsi come la Legge n. 219/2017, nonostante l'apprezzabile lavoro svolto nel voler finalmente dare una organicità alla disciplina del consenso informato, non risulta, però, aver affrontato lo specifico problema del contenuto del modulo di consenso informato e soprattutto delle modalità concrete con cui deve essere reso, spetto che invece avrebbe certamente meritato un maggiore approfondimento, considerato che già tanti anni fa autorevole Dottrina sul punto ebbe modo di rilevare, le spiegazioni mediche *"vanno adeguate al livello di intelligenza e di istruzione del paziente"* [36].
Non è, infatti, sufficiente l'aver sancito la necessità della forma scritta, ma sarebbe invece stato necessario dedicare maggiore attenzione agli aspetti concreti con cui quali il medico deve fornire l'informazione al paziente, e quindi anche secondo quali modalità e quali tempistiche quest'ultima deve essere rilasciata. Una esposizione superficiale o, al contrario, eccessivamente tecnica del contenuto del trattamento cui il paziente sarà sottoposto non è soltanto controproducente per quest'ultimo, che in entrambi i casi non sarà in grado di comprendere a cosa sta andando incontro, ma distorce completamente anche il significato più profondo del consenso informato, che viene a trasformarsi in un mero mezzo per il medico per non subire ripercussioni giudiziarie in merito al suo operato.
Nel perdurante silenzio del Legislatore sul punto deve pertanto accogliersi in maniera positiva qualsiasi tentativo volto a rendere maggiormente comprensibile il contenuto della scienza medica al paziente, come l'esperimento pilota di una clinica privata della provincia di Venezia che recentemente ha tradotto in dialetto veneziano il contenuto del consenso informato (cosiddetto "*Consenso informà in venessian*")[37], di modo da renderlo maggiormente comprensibile ai suoi pazienti, soprattutto quelli anziani.

---

[34] C. App. Milano, Sez. II, 5 marzo 2015, n. 1035, in *Ri.Da.Re.*.
[35] ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, pagg. 3-4, in *Rivistaresponsabilitamedica.it.*
[36] CATTANEO G., in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, 962.
[37] *"El consenso informà" piace ai pazienti anziani*, in *Ilgazzettino.it*, articolo del 9 maggio 2014.

Parafrasando un celebre scrittore, per il paziente avere in mano il simbolo della propria libertà, simbolicamente rappresentato dal modulo del consenso informato, non può dare una gratificazione superiore a quella di possedere la libertà vera, e cioè il decidere se intraprendere o meno un determinato trattamento di cui ha pienamente compreso benefici e possibili rischi.

Le disposizioni anticipate di trattamento ed il gesto di assistenza infermieristica: quale valenza ordinistica e giuridica?

di ***Pio Lattarulo*** *(Infermiere Dirigente delle Professioni Sanitarie – Asl Taranto, Membro del Gruppo per la Stesura del nuovo Codice di Deontologia Infermieristica della F.N.O.P.I.)* e ***Luigi Pais dei Mori*** *(Infermiere Legale, Presidente dell'Ordine delle Professioni Infermieristiche di Belluno, Membro dell'elenco degli Esperti in Responsabilità Professionale Infermieristica della F.N.O.P.I)*

La legge 42/1999 "Disposizioni in materia di professioni sanitarie", al comma 2 - art. 1 recita: "Il campo proprio di attività e di responsabilità delle professioni sanitarie … è determinato … nonché degli specifici codici deontologici".
L'assegnare un ruolo specifico ad un documento poco conosciuto, quale il Codice Deontologico, è operazione perfetta per individuare quell'interessante quota di responsabilità derivata, anche positiva, sul buon esito dei propri atti. Si traccia, sostanzialmente, la figura di un professionista proattivo, pronto ad agire autonomamente, laddove le condizioni lo richiedano.
I codici di deontologia infermieristica susseguitisi nel tempo, dal 1960 al 2009, invitano nella lettura in prospettiva, ad inforcare un differente paio di lenti. Sin dalla prima versione, con un concetto che oggi suonerebbe arcaico: "Gli infermieri proteggono il malato…" viene espresso quel chiaro senso di advocacy, molto bene inteso nella letteratura e nei codici anglosassoni. La figura dell'infermiere come interprete ed "avvocato" dei bisogni della persona assistita, può essere determinante in questi contesti di cura.
La Bozza di Codice di Deontologia Infermieristica 2018, manifesta nella parte destinata al fine vita, una questione pregnante, quella del gesto assistenziale, in cui si racchiudono i sensi del percorso clinico assistenziale, anche nel momento dell'ora incerta, quella della fine. Nel raccogliere le volontà ultime, nel valutare scopi e limiti, attraverso il gesto, l'infermiere esprime le competenze non tecniche, essenziali per chi deve compiere il gran balzo che il Foscolo ci indica in una lettura in chiave di medical humanities.

The law 42/1999 "Dispositions regarding healthcare professions", art. 1, clause 2, declares: "the appropriate field of activity and responsibility of the healthcare professions… is established… and also from the specific ethical codes".
Giving a specific role to a little known document, like the Ethical Code, is the perfect way to identify that interesting percentage of responsibility derived, also positive, on the good outcome of your own actions. It's substantially drawn a figure of a proactive professional, ready to act independently, in case the conditions require that.
The ethical nursing codes that followed one another, from 1960 to 2009, encourage, with an outlook reading, to put on a different pair of lens. Since the first edition, with a concept that today would sound archaic: "Nurses protect the sick person.." it's expressed that clear sense of

advocacy, well known in the English literature and codes. The figure of the nurse as the messenger or the "lawyer" of the patient needs, can be crucial in these care context.
The draft of ethical nursing code 2018 shows, in the part dedicated to the end of life, a weighty issue, the one about the care activity, which contains the meanings of the clinical-care pathway, even in the uncertain time, the ending one. Collecting the last wishes, considering purposes and limits, through the care activity, the nurse reveals the not technical skills, essentials for who has to do that big jump that Foscolo shows us with an interpretation of medical humanities.

Sommario: 1. Premessa. 2. Evoluzione di una professione e del suo statuto disciplinare. 3. Gli aspetti giuridico-normativi e la deontologia infermieristica: dal passato al futuro. 4. Uno sguardo, un gesto, un tocco di mano.

1. Premessa.

Nel presente articolo, s'identifica l'evoluzione della professione infermieristica quanto al suo statuto giuridico, disciplinare e deontologico. Si fa cenno all'evoluzione della deontologia infermieristica nel fine vita tramite la concreta espressione del gesto assistenziale.

2. Evoluzione di una professione e del suo statuto disciplinare.

L'assistenza ai malati ed ai morenti, in quanto caritatevole atteggiamento dello "stare vicino" (ad-sistere, stare accanto), affonda le radici nei secoli e si permea di religiosità popolare essendo profondamente legata ai valori del Cristianesimo. Difatti, è la Chiesa, l'unica depositaria del dominio spirituale della carità, e con essa anche dell'ospitalità che dall'alto Medio Evo fino alle prime riforme del 1300 e del 1800, mantiene il primato dell'assistenza. I suoi principi di amore sono i fondamenti morali che spingono a curare i malati, insieme ad un altro assunto basilare, quello della carità, che ha dato impulso alla creazione dei primi ospedali, grazie ai fondi e alle donazioni dei possidenti, nonché all'operosa dedizione dei religiosi. Questi ultimi, sono coadiuvati da persone pie, i conversi e le converse; le mansioni più umili sono però svolte da servitori di infimo livello: i famuli e le famule. I "serventi", figure assistenziali nate nel 1600 (epoca di pesti manzoniane) rappresentano il primo tentativo di professionalizzazione dell'assistenza; in un quadro di bisogni assistenziali che si definisce ormai ben oltre le necessità spirituali.
L'Ospedale Maggiore di Milano nel 1687 istituisce l'obbligo "ai serventi che siano iscritti alle scuole di anatomia e non possano ottenere promozioni se non l'abbiano frequentata con assiduità e profitto[1]", ed inoltre che non sia nominato servente chi non sappia leggere e scrivere.
In tempi successivi, l'illuminismo e le idee rivoluzionarie sull'affermazione dei diritti dell'uomo, producono nuove spinte umanizzatrici e moralizzatrici. L'ospedale assume sempre più l'aspetto di luogo deputato alla cura della salute, invece di mantenere la connotazione di ambiente di ricovero indifferenziato che l'ha contraddistinto per tanti anni. Relativamente al "personale di assistenza", il Baldini, medico napoletano vissuto a cavallo tra il 1700 ed il 1800 scrive: "è dovere

[1] S. Spinelli, *La Cà Granda* 1456 – 1956, Cordani, 1956, p.232.

che gli infermieri siano istruiti di principi medici affinché possano conoscere le malattie. L'arte di assistere gli ammalati non puossi apprendere d'una maniera empirica, avregnacchè i fatti son più delle volte difettosi[2]". L'infermieristica europea si evolverà nel 1800 sotto la spinta riformatrice di Florence Nightingale e delle sue allieve che fondarono in tutto il mondo una serie di scuole ispirate al suo pensiero, antesignano dell'infermieristica moderna. Non a caso, nel 1860, la prima Scuola di infermieristica eretta per volontà della Signora della Lampada, riservata a sole donne, prevede l'insegnamento di anatomia, fisiologia ed igiene, ed il conseguimento di una preparazione tecnica durante il tirocinio clinico. Nel nostro Paese, dopo l'Unità d'Italia, emerge il "supremo principio" che lo "Stato deve vigilare e tutelare la pubblica salute" come viene affermato nel Codice per la pubblica igiene[3] e che "l'igiene pubblica deve essere "comandata" e non semplicemente raccomandata. Successivamente, la riforma introdotta da Crispi porta ad una progressiva gerarchizzazione delle funzioni, rimarcando con forza la necessità di professionalizzare il percorso di assistenza infermieristica. L'impulso più forte verso la professionalizzazione sanitaria avviene però dopo il secondo dopoguerra, sia per la voglia di rinascita morale, politica e culturale, sia per l'avvento di nuove tecnologie e possibilità terapeutiche nate dallo sviluppo della scienza medica. In molti Paesi del Mondo, la cultura infermieristica è ormai radicata come scienza e nascono le prime Facoltà di Scienze Infermieristiche e la connessa professione assume ruoli e responsabilità autonome e di moderna concezione.

La svolta consistente si ha nel 1971, con l'emanazione della L.124, che supera il RD n.1703 del 29.7.1933 sull'Istituzione delle prime Scuole per Infermieri. Con la L.124 si apre la possibilità di accesso agli uomini alla Scuola per Infermieri e si pone fine all'internato delle Scuole Convitto. Cade pertanto un baluardo importante, il velo di religiosità (missione) e di attitudine (non scienza!) all'assistenza infermieristica, tipicamente di natura femminile e storicamente radicata nell'ars infermieristica. L'accordo europeo di Strasburgo del 25.10.1967, sull'istruzione e formazione delle Infermiere, viene ratificato in Italia con la L. 15.11.1973, n.795 in cui vengono stabilite le funzioni dell'Infermiera ed il suo standard formativo. Ad ogni buon conto, la rivoluzione copernicana, si avrà nel 1990, con la L. 341, per il tramite della quale l'Infermieristica fa il suo ingresso nelle Università. Di lì a due anni, vengono avviati i Corsi per Diploma Universitario in Scienze Infermieristiche, sino a giungere, in attuazione della L. 509/99 ad ottenere il percorso completo: Laurea triennale ed abilitazione all'esercizio della professione, biennio Magistrale e Dottorato di Ricerca, con i collaterali Master di primo e secondo livello. Dal cammino brevemente tratteggiato, necessario per comprendere, ne rinviene che l'infermieristica, nella sua connotazione moderna necessita di una lettura con lente bi-focale: disciplina da un lato comprovata dall' imprescindibile e responsabile approccio scientifico, dall'altro canto versata sulle scienze umane. Nel suo significato più profondo, testimonia il senso più antico, quello del prendersi cura inteso in senso clinico, non tipicamente sinonimo di medico, ma ispirato al klinikos, a colui che siede accanto al letto della persona assistita. Identifica quegli che prestano assistenza alla persona che può essere in condizioni di criticità o che non ha più particolari necessità di assistenza medica ma che continua ad avere bisogno, nel suo percorso assistenziale, di aiuto nell'individuazione, soddisfacimento dei bisogni, in linea con il quadro normativo di

[2]F. Baldini, *L'infermiere istruito* – Napoli, 1790, p. 19-20.

[3] Codice per la pubblica igiene, Articolo 1, dal Giornale della R. Società Italiana d'Igiene, 1886.

riferimento. Tutto ciò è da collocarsi in un percorso metodologico che abbracci più aree di competenza, sia tecniche che relazionali, se è vero che l'assistenza nasce nella notte dei tempi, nel senso che "non c'è atto, azione, intenzione, gesto (dalla storia e sino alla storia dell'uomo) che non sia atto assistenziale; ogni semplice intenzione, pensiero, azione compiuta o ricevuta, manifesta uno *stare vicino* e non solo nella visione riduttiva del *do ut des*"[4] è pur chiaro che la visione disciplinare, al tempo, muove nella direzione di assumere una ferma e chiara identità professionale.
Che significato ha l'assistenza infermieristica per l'*homo viator*, per le persone del nostro tempo? "L'infermieristica è una disciplina che combina in maniera unica arte e scienza, che si applica nel contesto delle relazioni interpersonali allo scopo di favorire il benessere, prevenire la malattia e ripristinare lo "stato di salute nei singoli individui, nelle famiglie e nelle comunità".[5]
E' particolarmente interessante questa definizione se si pensa alla combinazione unica tra arte e scienza. L'approccio Evidence Based Practice, ci conduce per mano verso un'articolata riflessione circa l'occorrenza di fornire risposta in termini di qualità e di raggiungimento degli esiti focali sulle pratiche sensibili al nursing. Ciò è particolarmente significativo in un contesto difficile, come nel caso delle storie di limine vitae.
La scienza, al di là del pensiero dominante ha dei limiti, che portano medici, infermieri ed altri professionisti della salute ad un confronto/scontro, spesso dilaniante, con la propria visione antropologica, anche dell'altro, e l'interiorità. Tra i rischi più presenti, segnatamente nelle terapie intensive, quello di non riconoscere il limite, cercando di dare un senso ad azioni che in realtà ne sono prive, compiute più "per essere sicuri che sia stato fatto tutto "o per non lasciare nulla d'intentato. In realtà, i limiti sono reali e lo sono tanto di senso, quanto di efficacia. L'autoconsapevolezza nell'accompagnamento, guida il professionista nel prendere per mano una persona che sta per compiere, per dirla con Foscolo, il gran balzo verso l'eternità. Per raggiungere l'autoconsapevolezza è però necessario aver fatto i conti con sé stessi, con la finitudine della condizione umana. Gestire il contatto ravvicinato con la morte, sentire il suo flatus voci praticamente ogni giorno, mentre si combatte una guerra il cui esito talvolta sorprende ed illude, fa gioire o tradisce, è opera complessa.

3. Gli aspetti giuridico-normativi e la deontologia infermieristica: dal passato al futuro.
Come precedentemente argomentato, l'assistenza infermieristica ha manifestato fin dagli albori la necessità di connotare professionalmente e, più tardi, scientificamente, quella che inizialmente era una propensione, un'attitudine, all'ad-sistere malati e morenti. Nel nostro Paese, questa spinta professionalizzante si connota con il R.D. n.1265 del 27.7.1934 atto giuridico con cui l'esercizio professionale viene regolamentato e posto sotto vigilanza. In quest'ottica si pone anche il R.D. 2.5.1940, che fornisce una prima declinazione delle mansioni infermieristiche. Nel 1974, con il DPR 225, si ha una modificazione al primo mansionario e vengono previste nuove attività. Il percorso di professionalizzazione, negli anni successive, subisce un progresso inarrestabile, e con l'ingresso della disciplina in Università si avvia la modifica della normativa. Un contributo fondamentale all'emancipazione professionale viene dal D.M. 739/94, ovvero il Profilo Professionale dell'Infermiere che, in primo luogo, chiarisce la responsabilità dell'assistenza

[4]E. Manzoni, *Le radici e le foglie*, Ambrosiana, 2016, p.9.
[5]J. M. Wilkinson, *Processo infermieristico e pensiero critico*, Ambrosiana, 2009 (2^ed), p.1.

infermieristica generale. Nonostante questa nuova definizione della professione, in cui l'Infermiere è totalmente responsabile di ogni sua azione, non vi può essere piena applicazione dei principi legislativi, in quanto permane una profonda contraddizione con le limitazioni imposte dal precitato mansionario, ormai poco attinente ad una definizione di Professione, propriamente detta.

La promulgazione della L. 26 febbraio 1999, n. 42 "Disposizioni in materia di professioni sanitarie", segna l'inizio di una nuova era per gli infermieri italiani. Viene dunque sia abolita ex lege l'ausiliarietà professionale dell'infermiere che delimitato il campo proprio di attività e di responsabilità della professione infermieristica, come determinato dai contenuti del decreto istitutivo del profilo professionale, degli ordinamenti didattici dei rispettivi corsi di diploma universitario (poi laurea) e di formazione post – base, nonché dal Codice Deontologico che la professione stessa genera. Sostanzialmente, s'incornicia l'attività in un triangolo contrassegnato da due norme eteronome ed una autonoma (con valenza differente). La professione ormai è matura, quanto meno in riferimento alla normativa, ed ha piena facoltà di esercitare in totale autonomia e responsabilità, con la consapevolezza di poter esprimere la propria competenza professionale. A completamento di questo quadro, particolarmente per quanto attiene la deontologia, oggetto di questo lavoro, la L.251/00 che ripropone l'espletamento delle attività nel rispetto degli specifici codici deontologici, la L. 43/2006, istitutiva degli Ordini delle Professioni Sanitarie e la legge 3/2018 che completa il percorso con dodici anni di ritardo, rispetto a quanto previsto.

A questa evoluzione segue evidentemente, anche una differente valutazione giurisprudenziale, come si può evincere dalle numerose sentenze pronunziate in tal senso segnatamente dagli Ermellini.

La deontologia infermieristica ha seguito l'evoluzione della professione. Il termine deontologia è coniato da Jeremy Bentham, e compare per la prima volta in un suo saggio, pubblicato postumo, nel 1834, dal titolo "Deontology or the Science of Morality". Il filosofo utilitarista connota il termine con la precisa definizione del dovere.

Interessante, prima di analizzare brevemente l'evoluzione della deontologia infermieristica, annotare quanto afferma in proposito Daniele Rodriguez, Medico Legale ed esperto di Bioetica: "Soprattutto nel codice deontologico degli infermieri il termine "deontologia" non corrisponde al significato di discorso del dovere. Detto Codice non affronta mai né il sostantivo "dovere" né la voce verbale "deve". Le regole consone alla corretta condotta professionale nelle varie circostanze sono, in parte degli articoli, indicate in modo descrittivo, ricorrendo cioè al verbo pertinente coniugato all'indicativo presente; in altri passi è fatto ricorso al sostantivo "impegno" (art. 6, 8, 9 e 32) o a termini analoghi, riconducibili ai verbi attivarsi (negli artt. 1, 16, 18, 19 e 34) ed adoperarsi (art. 23, 30, 31 e 34). In base all'impostazione di questo codice deontologico, dunque, il professionista sanitario aderisce ai precetti del codice deontologico non per imposizione, ma per scelta, in quanto guidato dal suo senso di responsabilità."[6]

Il primo Codice di deontologia infermieristica in Italia viene diffuso nel 1960, trascorsi dodici anni dalla nascita della Federazione Nazionale dei Collegi Ipasvi (Infermieri Professionali, Assistenti Sanitari, Vigilatrici d'Infanzia). Il documento è scritto con l'intento di superare la

[6]D. Rodriguez, *Le fonti deontologiche delle professioni sanitarie* in S. Rodotà – M. Tallacchini, *Ambito e fonti del biodiritto*– Trattato di Biodiritto vol.1 – Giuffrè, 2010, p.825.

descritta ancillarità ed avviare il percorso di professionalizzazione allora ricompreso in una piccola enclave culturale, ma già sostanzialmente radicato. L'ispirazione del documento, com'è chiarito nella parte introduttiva, è dedicata "ai principi del diritto e della morale naturale". Il codice consta di soli 11 articoli, con alcune segnature interessanti che possono ancora fare al caso nostro. L'art. 3 del Codice recita: "(Le infermiere) proteggono il malato, difendendone i diritti in quanto uomo libero e intelligente che la malattia pone in stato di minorazione, e continuano ad assisterlo con uguale impegno e amore anche se esso sia inguaribile". Compare ciò che Winslow afferma essere la seconda visione etica dell'assistenza infermieristica[7], ovvero l'infermiere come difensore dei diritti nei confronti di qualsiasi violazione (concetto di advocacy).
Nel 1977, viene approvata la seconda versione del Codice Deontologico. Il contesto storico è difficile, e l'organizzazione sanitaria, che di lì a poco verrà profondamente modificata con la Legge 833/78, è anch'essa al centro di roventi scontri. La contestazione principale verte sul non certo equo sistema delle Casse Mutua. Nel frattempo si sono susseguite numerose mutazioni sociali, se pensiamo alle leggi sull'interruzione di gravidanza (194/78) e sulla chiusura delle strutture manicomiali (180/78). Rispetto la versione precedente "migliora l'articolazione del testo e, soprattutto, l'immagine dell'infermiere è resa più congruente con quella richiesta da un professionista della salute".[8] Consta di dodici articoli e contiene anch'esso qualche messaggio oggi paradossale, tipo "l'infermiere aiuta ad amare la vita" oppure (gli infermieri professionali) "dedicano la loro opera a sopportare la sofferenza e ad affrontare l'idea della morte".
Un nuovo mondo sarà raffigurato da due documenti: il Patto Infermiere – Cittadino del 1996 ed il Codice Deontologico del 1999 che caratterizzano in maniera indelebile la stagione della responsabilità. Intanto, la terza versione del Codice individua, in linea con la normativa, la figura dell'Infermiere come Responsabile dell'assistenza infermieristica. Con l'avvento della L. 42/99 come detto, il Codice diventa riferimento anche giuridico per l'esercizio della professione. Il Codice 1999 è di tutt'altro tenore, anche nel linguaggio: introduce a pieno la visione relazionale dell'assistenza con enunciazioni riguardanti l'ascolto ed il dialogo, il trattamento del dolore, l'opinione del minore, la non partecipazione a trattamenti finalizzati alla morte, il sostegno ai familiari anche nella fase del lutto. Il concetto più interessante, e che segna un profondo cambio di passo, è il viraggio nel connotare il destinatario delle cure: da oggetto a soggetto, da paziente a persona assistita, portatore di diritti.
La quarta versione, quella attualmente in vigore, del 2009 consta di 51 articoli Gli articoli dal 34 al 39, trattano della lotta al dolore e del sollievo della sofferenza, nonché introducono, in tempi non sospetti, il principio del rispetto delle volontà dell'assistito. Si afferma il diniego da parte della professione infermieristica alla partecipazione a trattamenti finalizzati a provocare la morte.
Dal mese di marzo 2016 è incardinato, in seno alla Federazione Nazionale degli Ordini delle Professioni Infermieristiche, un gruppo di lavoro che si occupa della stesura del nuovo Codice di Deontologia Infermieristica (verosimilmente 2019).
La prima bozza, presentata al Consiglio Nazionale nel febbraio 2017, per quanto concerne la parte dedicata al fine vita, presenta i seguenti articoli:

---

[7] A. Bonanno, *Da un'etica di carità a un'etica del prendersi cura. L'evoluzione del pensiero etico infermieristico italiano,* Nursing Oggi, 2003 (2) p. 26-31.
[8] C. Calamandrei – L. D'Addio, *Commentario al nuovo codice deontologico dell'Infermiere, McGraw-Hill*, 1999, p. 49.

Capo IV- Il fine vita
26. L'infermiere presta assistenza fino al termine della vita della persona assistita. Riconosce l'importanza del gesto assistenziale, della palliazione, del conforto ambientale, fisico, psicologico, relazionale e spirituale.
27. L'infermiere tutela la volontà della persona assistita di porre dei limiti agli interventi che ritiene non siano proporzionati alla sua condizione clinica o coerenti con la concezione di qualità della vita espressa dalla persona stessa.
28. L'infermiere sostiene i familiari e le persone di riferimento della persona assistita, nell'evoluzione finale della malattia, nel momento della perdita e nella fase di elaborazione del lutto.
Vi sono anche altri articoli nei quali si reiterano i concetti già espressi nel codice 2009, circa l'ascolto e il dialogo, ed il ricorso alla clausola di coscienza nel caso di conflitto insanabile tra valori, il rispetto dell'opinione del minore e delle manifestazioni di volontà precedentemente anticipate, la volontà della persona di non essere informata sul proprio stato di salute, tutti aspetti poi previsti dalla L. 219/2017. Si resta in attesa di conoscere la versione finale del nuovo Codice di Deontologia Infermieristica.

4. Uno sguardo, un gesto, un tocco di mano.

La legge 219/2017, costituisce il primo momento in cui viene chiarito giuridicamente il consenso informato e norma tutta una serie di situazioni altalenanti tra aule di tribunale e pagine di giornale. Dall'articolato dalla legge, rinviene un punto problematico: il rapporto tra la persona assistita (denominato ancora paziente) ed il medico è l'unico punto nodale. In realtà, particolarmente nella fase finale della vita è l'infermiere la persona più vicina e che deve far esplodere in quel contesto le sue competenze relazionali, le non technical skills.
Il percorso che conduce dalla riflessione etica alla sua concretizzazione diretta, può essere inteso come il gesto, parte del nostro cammino di vita e probabilmente la modalità più diretta per leggere introspettivamente il senso più profondo del vivere stesso.
Il gesto assistenziale, per esemplificare, può coincidere con l'apposizione dell'ago di più profondo calibro, azione che potrebbe essere identificata come univocamente tecnica. La persona assistita, invece, nel profondo pozzo del terrore di *non essere più*, ha bisogno di essere rassicurata, dell'infusione di speranza, dei migliori sensi dell'etica dell'accompagnamento. Questo vuol dire essere capaci di edificare un ponte tra la riflessione teorica e la prassi procedurale ed assistenziale. La prassi infermieristica non è mai stata una semplice fare, ma un vero e proprio sapere ma come direbbe un'antica classificazione Aristotelica, un sapere praticamente pratico. Per questa ragione, l'incontro tra l'infermiere e la persona assistita è un "luogo di senso", per chi lo effettua e per chi lo riceve. Il momento più triste, la notizia più difficile da comunicare, la manovra tecnica più complessa devono essere accompagnate dall'etica del gesto assistenziale, la capacità di provare sim – patia, patire con, che non vuol dire essere in confidenza, ma essere vicini.
Le giornate che scorrono interminabili negli ospedali, nelle stanze degli hospice, in un tempo cristallizzato, se raffigurate in una graphic novel potrebbero essere color grigio. La capacità di gestire la prossemica, di toccare in maniera adeguata, di saper volgere il proprio sguardo non con curiosità, ma con rispetto e prossimità, possono accendere il colore della speranza, anche dove vive la disperazione.

Tutto quanto sin qui detto giustifica lo statuto epistemologico, disciplinare e valoriale di una professione che meritava una notazione più significativa nella Legge sulle DAT particolarmente per quanto riguarda la considerazione sul tempo di cura.

Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita.

di ***Alessandra Pisu*** *(Ricercatrice Università degli Studi di Cagliari)*

La condizione giuridica del minore nella relazione di cura e nell'adozione delle scelte terapeutiche che lo riguardano – quale persona legalmente incapace di agire, ma progressivamente capace di discernimento – esprime tutta la complessità di uno status che, da tempo, è oggetto di profondi ripensamenti. Le questioni concernenti la salute, la fine della vita e gli interessi esistenziali del minore d'età danno luogo a processi decisionali che coinvolgono una pluralità di soggetti e mirano a valorizzare le capacità di comprensione e di scelta del titolare dei diritti. Sullo sfondo della disciplina legislativa e degli interventi giurisprudenziali tendenti a risolvere i conflitti che possono insorgere tra i soggetti chiamati ad esprimersi, con e per il minore, aleggia la clausola del "best interest of the child" di cui occorre valutare la portata e la funzione alla luce dei parametri che ne consentono la concretizzazione nel rispetto della salute, della vita e della dignità della persona.

The legal status of a minor – as a person who is legally incapacited to act but is also progressively able to understand – about treatments and therapeutic choices for himself/herself, shows all the complexity of a status which is the object of a profound rethinking since a long time. The issues about health, end of life, and the minor's existential interests gives rise to decision-making proceedings which involve a plurality of parties and aim to optimize the ability to understand and the ability to choose of the rights owner. On the background of the legislative subject and the jurisprudential actions, aimed to resolve the disputes that may arise among the parties called to express themselves with and for the minor, there is the clause of the 'best interest of the child' about which it is necessary to consider its significance and function in the light of the parameters for its realization with respect for the person's health, life and dignity.

Sommario: **1.** La condizione giuridica del minore nel sistema civilistico italiano: destrutturazione di una categoria ad elevata complessità. - **2.** Il minore capace di discernimento e la valorizzazione della sua volontà nelle scelte terapeutiche e nell'acquisizione del consenso informato. - **3.** Minori d'età, relazione di cura e fine vita: decisioni "con" e "per" il minore e possibili conflitti tra i soggetti coinvolti nel processo decisionale. - **3.1.** Segue. Fine vita in età pediatrica: rilevanza del *best interest of the child*. - **4.** Minori d'età e strumenti di programmazione delle decisioni sanitarie: le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure. - **5.** Atti di ultima volontà e interessi esistenziali del minore: per una rilettura di alcune norme ancora esclusivamente focalizzate sull'incapacità legale di agire.

1. La condizione giuridica del minore nel sistema civilistico italiano: destrutturazione di una categoria ad elevata complessità.

Dalla concezione consegnata al codice del 1942[1] ad oggi, lo *status* del minore ha subito una profonda evoluzione. Essa è andata di pari passo con la crescente complessità delle esigenze e dei problemi che coinvolgono soggetti di età diverse, tutti accomunati in un'unica categoria di persone tradizionalmente considerate legalmente incapaci di agire.

Com'è noto, il percorso di trasformazione sociale, culturale e giuridica che ha investito la condizione del minore e l'impostazione dei rapporti nei quali risulta coinvolto, *in primis* quelli familiari, lo vedeva inizialmente soggetto alla potestà (prima del padre e poi) genitoriale[2], nonché beneficiario di specifici obblighi di protezione posti a carico degli adulti. Solo con le ultime riforme normative, e specialmente quella di un quinquennio fa[3], può dirsi definitivamente compiuto il lento e graduale passaggio ad una moderna concezione del minore quale persona titolare di diritti autonomi. Nei suoi confronti, i genitori hanno i tradizionali compiti di accudimento, cura, educazione e vigilanza. Ma, tale ufficio confluisce in una più complessa situazione di responsabilità che deve essere «esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio»[4].

Il cammino che ha condotto alla configurazione attuale del rapporto genitori-figli e del minore come soggetto di diritti, che gli assicurano una posizione centrale in quella relazione, è lungo e tortuoso, cosicché non si può nemmeno succintamente ripercorrerlo nello spazio di queste pagine. Possiamo, tuttavia, rievocare simbolicamente la distanza tra la sua origine e l'attuale approdo evidenziando il distacco, concettuale e di impostazione, tra due norme che - rispecchiando il contesto storico e culturale delle fonti di provenienza - esprimono visioni contrapposte circa la posizione e il ruolo del minore nei rapporti giuridici che lo concernono.

Da una parte, l'art. 2, comma 1, c.c. fissa in modo indistinto nel compimento del diciottesimo anno di età l'acquisto della capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa e certifica, come regola generale, lo scarto tra l'attitudine alla titolarità di diritti[5] e

---

[1] Codice impregnato di una logica dominicale e patrimoniale che si rifletteva, e ancora in parte si riflette, perfino nell'ambito della disciplina del libro I.

[2] V. C. COSSU, *Potestà dei genitori*, voce in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Utet, 1996.

[3] La riforma realizzata tra il 2012 e il 2013 (l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013) ha suggellato una tappa fondamentale nell'evoluzione della disciplina del diritto di famiglia e, in particolare, del rapporto tra genitori e figli che ha visto definitivamente accolta, protetta e sviluppata la visione del minore quale soggetto di diritti inserito in una relazione familiare dominata dalla responsabilità degli adulti. Sulle riforme legislative e gli interventi giurisprudenziali che, nel tempo, hanno investito questo delicatissimo settore dei rapporti umani e sulle ragioni per le quali la materia è in continua evoluzione, si leggano le interessanti considerazioni di A. LUMINOSO, *Diritto di famiglia: incertezze, storture e lacune*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, Napoli, 2018, I, 739 ss.

[4] Così recita l'art. 316, comma 1, c.c., nella formulazione adottata nel 2013. Sul percorso evolutivo che ha investito nel tempo lo "stato di figlio" si leggano le stimolanti osservazioni di A. GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2, 1 giugno 2018, 385 ss.

[5] Riconosciuta a tutti fin dalla nascita sotto forma di capacità giuridica (art. 1 c.c. e art. 22 Cost.). In tema, P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, voce in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Utet, 1988.

l'idoneità del minore a gestire i propri interessi[6], relegando le sue volontà nella categoria degli atti negoziali invalidi[7].

Dall'altra, l'art. 24, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nel riconoscere il minore d'età quale titolare di diritti di protezione, ma anche della libertà di esprimere la propria opinione sulle questioni che lo riguardano, sancisce il principio secondo il quale convincimenti e pensieri dei più giovani devono essere presi in considerazione – in funzione dell'età e del grado di maturità raggiunto – nelle decisioni destinate a ripercuotersi sulla loro esistenza[8].

La prima norma, che ha operato una scelta *tranchant*, si giustifica in ragione di un'esigenza di certezza e di semplificazione, nonché di protezione del minore, avvertita specialmente per l'attività giuridica patrimoniale. Nel tempo, si è rivelata per certi aspetti inadeguata non solo nell'ambito per il quale è stata concepita[9], ma anche, e soprattutto, con riguardo all'esercizio delle prerogative derivanti dai diritti della persona.

La seconda – che si inserisce in un imponente apparato normativo di derivazione costituzionale ed extrastatuale diretto a sancire e proteggere i diritti inviolabili e le libertà riconosciute ad ogni persona, anche minore d'età[10] e ulteriormente, in modo specifico, ai bambini e fanciulli[11] – trova

---

[6] V. P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, voce in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Utet, 1988 e *amplius* M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, Cicu-Messineo, 2019, *passim*.

[7] L'art. 1425 c.c. associa all'incapacità legale di agire del minore il rimedio dell'annullabilità del contratto, ma il legislatore, consapevole dei limiti di una definizione standardizzata basata sul raggiungimento di una soglia d'età uguale per tutti, si affretta a precisare, per ragioni di tutela dell'affidamento dell'altro contraente, che «il contratto non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età» (art. 1426 c.c.) dimostrando dunque, in concreto, di avere la capacità di atteggiarsi al pari di un adulto.

[8] Analogamente dispone l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (New York 1989) che sancisce il diritto di ascolto in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che possa interessare il minore. Diritto trasfuso negli artt. 336, comma 2, e 336-*bis* c.c. che regolano l'ascolto del «minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove dotato di capacità di discernimento» nei procedimenti che lo riguardano quali, ad esempio, quelli di decadenza dalla responsabilità genitoriale, di separazione e divorzio. Per approfondimenti, si rinvia alla rassegna a cura di E. ITALIA, *La partecipazione del minore nel processo civile*, in *Corr. giur.*, 2018, 7, 988 ss. V. anche F. DANOVI, *L'ascolto del minore nel processo civile*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2014, 1592 ss.

[9] Quanto alla materia negoziale-patrimoniale, laddove si è potuto, si è ovviato alla rigidità del binomio incapacità legale di agire/annullabilità degli atti compiuti dal minore, mediante la singolare "inversione di ruoli" consentita dall'art. 1389 c.c., ossia considerando gli atti compiuti dal minore, capace naturale di agire, conclusi in rappresentanza di un soggetto legalmente capace (nella *fictio iuris*, di norma, su procura tacita del genitore). Per un'interessante comparazione dei modi utilizzati nei vari ordinamenti per adattare le regole giuridiche tradizionali ad una realtà quotidiana nella quale i minori hanno oramai continuo accesso al mercato: G. ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, 5, 517 ss.

[10] Le fonti positive dei diritti della persona e delle libertà fondamentali sono molteplici. Oltre al riferimento ai principi fondamentali e alle norme contenute nella parte prima della nostra Costituzione, è d'obbligo il richiamo alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo del 1950 e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza 2000) menzionata nel testo.

[11] V. la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, firmata a Strasburgo nel 1996 e ratificata dall'Italia nel 2003 e la già citata Convenzione dei diritti del fanciullo, firmata a New York nel 1989 e ratificata dall'Italia nel 1991. Anche la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata a New York il 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con legge 3 marzo 2009 n. 18, contiene diverse disposizioni espressamente dedicate ai minori con disabilità tra le quali è opportuno al momento ricordare quella contenuta al comma 3 dell'art. 7 che dispone: «Gli Stati parti garantiscono ai Minori con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri minori, il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni su tutte le questioni che li riguardano e le loro opinioni sono debitamente prese in

riscontro in numerose e più recenti disposizioni di leggi ordinarie che hanno novellato la disciplina codicistica del diritto di famiglia e non solo[12]. Si tratta di regole che, sovente, presuppongono e impongono una verifica individualizzata della maturità e, dunque, della concreta capacità di discernimento[13] del minore per assegnare alle sue volontà un peso specifico nei processi decisionali che riguardano suoi interessi di carattere fondamentalmente esistenziale.
L'attuale quadro normativo interno e sovranazionale disegna dunque per il minore uno *status* di estrema complessità che ben rispecchia la problematicità e la delicatezza delle questioni che possono toccare il soggetto nell'età neonatale, dell'infanzia, dell'adolescenza, in definitiva, nelle varie e diverse fasi della crescita e della formazione della sua personalità.
Ed è proprio nel campo dei diritti personalissimi che continuamente emergono nuove esigenze di protezione. Esse mettono in crisi l'unitarietà della categoria della minore età e l'associazione biunivoca con una rigida nozione di incapacità di agire, qual è quella legale, che ad essa tradizionalmente si accompagna.
Quando si discorre di atti di autonomia dei minorenni relativi ad interessi di natura personale ed esistenziale, come quelli riferibili all'esercizio del diritto alla salute, occorre, allora, tenere in debita considerazione la complessità di situazioni che, dal punto di vista soggettivo, mal si prestano ad essere inquadrate, in via generale, con la mera individuazione di una soglia d'età. Si tratta di una complessità che la migliore dottrina ha da tempo ben evidenziato anticipando, con approfondite riflessioni, le più recenti e graduali aperture del diritto positivo che tende a valorizzare le volontà degli infradiciottenni[14]. L'ordinamento, per un verso, si rivela sempre più

---

considerazione, tenendo conto della loro età e grado di maturità, assicurando che sia fornita adeguata assistenza in relazione alla disabilità e all'età, allo scopo di realizzare tale diritto». La Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell'uomo e la biomedicina, similmente, all'art. 6, comma 2, prevede: «Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità».

[12] Si vedano, tra le altre, le disposizioni dettate dall'art. 315-*bis* c.c. che, al comma 2, stabilisce il diritto del figlio minore (che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento) di essere ascoltato (nda: *in primis* dai genitori) in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano; dall'art. 316, comma 3, c.c. sull'ascolto del minore da parte del giudice chiamato ad esprimersi in caso di contrasto tra i genitori su questioni di particolare importanza nell'ambito dell'esercizio della responsabilità genitoriale; dagli artt. 336, comma 2, e 336-*bis* c.c. sull'ascolto del minore nei procedimenti di decadenza dalla responsabilità genitoriale e in quelli volti ad indirizzarne e/o limitarne l'esercizio (cfr. art. 330 ss. c.c.). In materia di affidamento familiare e adozione, le disposizioni della legge, 4 maggio 1983, n. 184, di cui agli artt. 4, comma 1, 10, comma 5, 22, comma 6, 25, comma 1. Ma v. altresì *infra* il tenore dell'art. 3 l. n. 219/2017 sul consenso informato a trattamenti sanitari da eseguire su soggetto minorenne. In dottrina, P. VIRDAGAMO, *L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano*, in *Riv. dir. fam. pers.*, 4, 2014, 1656 ss.

[13] Il che apre il problema di definire la capacità di discernimento e, soprattutto, di individuare i parametri che consentano di accertarne la sussistenza in concreto, attesa l'influenzabilità e la malleabilità che fisiologicamente connotano una personalità in via di formazione. Sul punto, v. F. PAPINI, *Minori d'età o minori diritti?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2017, spec. par. 4. Per un'emblematica storia romanzata, con protagonista un quasi maggiorenne, I. MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, *The Children Act*, Einaudi, 2014.

[14] Senza pretesa di esaustività, si vedano gli studi di: P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Esi, 2018 (I ed. 1975); ID., *«Minorità» e tutela della persona umana*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, II, 762 ss.; ID., *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Riv.*

incline a dare rilievo alla concreta capacità del soggetto minorenne di assumere autonomamente decisioni responsabili e, per l'altro, è ormai ben definito nell'assegnare agli adulti, ai quali i minori sono affidati, un ruolo di indirizzo e di responsabilità che con quella capacità naturale si deve confrontare.

2. Il minore capace di discernimento e la valorizzazione della sua volontà nelle scelte terapeutiche e nell'acquisizione del consenso informato.

Per norma e giurisprudenza costituzionale, ogni trattamento sanitario, a prescindere dall'età del destinatario, richiede il consenso informato dell'interessato all'intervento medico[15].

In caso di paziente minorenne, si è sempre ritenuto che il consenso debba essere espresso o rifiutato dai rappresentanti legali[16]. Lo conferma, da ultimo, la previsione dell'art. 3, comma 2, della legge n. 219/2017, che ha introdotto nel nostro ordinamento "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*"[17].

---

dir. fam., 1999, 260; P. STANZIONE - G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2006; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Esi, 1972; L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabbris - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, 2011, 417 ss.; M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, 2007; M. DOGLIOTTI, *Diritto alla vita, tutela della salute e limiti alla potestà dei genitori*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 1; ID., *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato dir. civ. comm.*, dir. A. Cicu e F. Messineo, 2007, 297 ss.

[15] V. art. 32, comma 2, art. 13 e art. 2 Cost., nonché le decisioni della Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438 (la quale, a proposito di una legge della Regione Piemonte che prevedeva un consenso scritto all'uso di farmaci psicotropi da parte di bambini e adolescenti minori, ha sancito il diritto ad esprimere un consenso informato sul quale convergono «due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha diritto ad essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico»); Corte Cost., 30 luglio 2009, n. 253; Corte Cost., 14 dicembre 2016, n. 262. In conformità a tali precetti - stabiliti anche a livello internazionale dalla Convenzione di Oviedo (v. art. 5) – si è ora espressa una legge ordinaria dello Stato, la n. 219 del 22 dicembre 2017. Entrata in vigore il 31 gennaio 2018, ha finalmente dato un assetto legislativo ad una materia fino a quel momento disciplinata quasi esclusivamente a livello giurisprudenziale (cfr. G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, 11, par. 3).

[16] Dunque da chi esercita la responsabilità genitoriale, ovvero, dal tutore. Oltre alla dottrina già citata, v. S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Giappichelli, 2017, spec. 225 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura*, Giappichelli, 2018, 110 ss. Altro problema, strettamente collegato, è quello del consenso al trattamento dei dati sanitari del minore. Su tale questione si rinvia a F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati sanitari del minore*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, f. 1, 1 febbraio 2018, 27 ss. I medici, nel loro codice deontologico, hanno accomunato le due questioni stabilendo che, per il minore, «il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale» (art. 33, comma 1, cod. deont. 2014).

[17] La norma sembra definitivamente riconoscere la natura di atto di autonomia negoziale del consenso informato, così da escludere che – per la sua valida manifestazione – sia sufficiente la capacità naturale di intendere e di volere. La previsione positiva serra dunque il dibattito, che ha impegnato in passato la dottrina, sulla natura del consenso informato, ma lascia aperto il problema giuridico, mai sopito, della dialettica tra titolarità ed esercizio dei diritti assoluti della persona, rispetto ai quali si avverte che non può esservi una "vera titolarità" senza una concreta e reale possibilità di esercizio. Per un primo commento sulla disciplina dettata dall'art. 3 l. n. 219/2017, si vedano: G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 46 ss.; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, Cedam, 2018, 110 ss.; L. BOZZI, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 9, 1351 ss., spec. par. 5.; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali,*

Tuttavia, se – come insegna la Corte Costituzionale[18] – il consenso informato costituisce presupposto di liceità dell'intervento medico e, nel contempo, è espressione del diritto alla salute del minore, configurandosi quale diritto della persona, non si può semplicisticamente concludere che la relativa dichiarazione di volontà sia un atto dei genitori (o del tutore).
Fermo restando che nel compimento di "*tutti gli atti civili*", e dunque anche in quelli richiesti in ambito sanitario, i genitori "sostituiscono" i figli esercitando il potere di rappresentanza che è loro conferito dalla legge[19], occorre sottolineare che tale potere deriva i suoi più specifici connotati dall'essere inquadrato in un'articolata situazione soggettiva di responsabilità.
Inoltre, quando diviene strumento di espressione del consenso informato a trattamenti sanitari, esami diagnostici ed interventi medici sulla persona del minore, subisce esclusioni e limitazioni per effetto di alcune norme speciali[20]. Altre ne conformano il contenuto.
Si è orientato in questa direzione il legislatore del 2017 disponendo che il consenso informato al trattamento sanitario del minore sia espresso o rifiutato «tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità»[21]. Sul rilievo dei valori richiamati nella "clausola di scopo" tornerò in seguito.
Basti per ora evidenziare come la rappresentanza genitoriale in ambito sanitario assuma, nella sua estensione e nei modi di esercizio, un carattere di elasticità commisurato al grado di maturità del minore e alla sua capacità di valutazione autonoma[22], restando in ogni caso teleologicamente

---

esigenze di tutela della persona, incertezze applicative, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2018, spec. 22 ss.; L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e diposizioni anticipate di trattamento: un'analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 190 ss. Per un ragionato approfondimento degli aspetti problematici e critici della nuova legge, nella parte dedicata agli incapaci, si leggano le articolate e stimolanti riflessioni di M. PICCINNI, *Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la l. n. 219/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2018, 1118 ss.; ID., *Prendere sul serio il problema della "capacità" dopo la l. n. 219/2017*, in *Resp. medica*, 3, 2018, 1 ss.; ID., *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 144 ss.

[18] Corte Cost., 18 novembre 2008, n. 438, che non esita a configurare il consenso informato quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Carta fondamentale.

[19] V. l'art. 320 c.c. e l'art. 3, comma 2, l. n. 219/2017, che può considerarsi una specificazione della norma codicistica.

[20] La legge n. 194 del 1978, ad esempio, all'art. 12 dispone che, nei primi novanta giorni e in presenza di seri motivi, la mancanza di assenso dei genitori sulla richiesta di interruzione volontaria della gravidanza effettuata dalla minore possa essere superata con un provvedimento giudiziale. Sulla portata dell'autorizzazione del giudice tutelare, che non concorre nella decisione, di cui è responsabile unicamente la donna, ma funge da garanzia della consapevolezza della minore circa la portata dei beni coinvolti nella scelta di interrompere la gravidanza e il rispetto delle procedure previste dalla legge, v. Corte Cost., 19 luglio 2012, n. 196, in *Fam. dir.*, 2012, 11, 977, con nota di Scalera e in *Foro it.*, 2012, 10, 1, 2553, con nota di De Marzo; nonché Corte Cost., 15 marzo 1996, n. 76. La legge n. 219 che nel 2005 ha introdotto la "*Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati*", all'art. 3, prevede che la donazione di sangue, di emocomponenti e cellule staminali emopoietiche possa essere effettuata da persone di almeno 18 anni di età. Per le persone di età inferiore «il consenso è espresso dagli esercenti la responsabilità genitoriale, o dal tutore o dal giudice tutelare». Ma fanno eccezione le disposizioni che consentono alla partoriente minore d'età, previo suo assenso informato, la donazione di cellule staminali emopoietiche, della placenta e del sangue da cordone ombelicale (commi 2 e 3).

[21] Art. 3, comma 2, seconda parte, l. n. 219/2017.

[22] V. P. ZATTI - V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, 2018, 157, laddove si ricorda la decisione della Corte Cost., 6 ottobre 1988, n. 957, che già un ventennio fa affermava: «il potere discrezionale dei

modellata sul "migliore interesse" del figlio, formula che peraltro non compare nel più recente dettato normativo[23].

Ulteriori conferme dell'impostazione che si va illustrando si rinvengono in altre previsioni della legge n. 219/2017 e, più precisamente, nel 1° comma dell'art. 3 che sancisce il diritto della persona minore d'età «alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1», ossia del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, ed individua il minore come destinatario delle «informazioni sulle scelte relative alla propria salute» che gli devono essere fornite «in modo consono alle sue capacità», affinché sia messo «nelle condizioni di esprimere la sua volontà»[24].

Val la pena osservare che su entrambi i piani – quello della valorizzazione delle capacità di comprensione e decisione e quello dell'informativa – il medico è il principale interlocutore del minore. Nell'un caso, perché rientra nelle sue competenze vagliare le capacità di discernimento del minore, nell'altro, strettamente connesso, in quanto è colui che eroga l'informazione e ne adatta contenuti e modalità di comunicazione al singolo paziente, sempre facendo uso delle sue conoscenze professionali.

Naturalmente valgono anche per il minore tutte le disposizioni di carattere generale che la legge n. 219/2017 detta sul consenso informato e la relazione di cura, che non possano considerarsi integralmente assorbite o derogate da previsioni più specifiche.

A questo proposito, è importante ricordare che l'articolo 1, comma 3, attribuisce ad "*ogni persona*" «il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai

---

genitori sui figli va progressivamente riducendosi in rapporto al progressivo accrescersi dell'autonomia e del peso della volontà del minore». V. anche T. BONAMINI, *Rappresentanza legale del minore e rapporti giuridici non aventi contenuto patrimoniale*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 11. Assai significativa la giurisprudenza che si è espressa in ordine ad interventi chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali del minore laddove specifica che vige il principio della rappresentanza dei genitori, salva l'imprescindibile esigenza di audizione personale del minore, ed afferma che la richiesta di autorizzazione è un atto complesso espressione di due volontà concorrenti: quella del genitore e quella del minore con riguardo al quale devono essere considerati l'età, il grado di maturità e l'esigenza di tutela della sua personalità (v. Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Nuova giur. civ.*, 2012, 3, 1, 253, con nota di Schuster e in *Fam. dir.*, 2012, 5, 499, con nota di Ruo).

[23] Che i genitori debbano prendere ogni decisione nell'interesse del figlio minore, come interpreti privilegiati di ciò che è meglio per lui e con lo scopo di apportare benefici reali e diretti alla sua salute è un'ovvietà che quasi non è nemmeno il caso di ricordare (cfr. L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 427). Per un riscontro normativo, v. l'art. 316, comma 3, c.c. il quale stabilisce che, in caso di conflitto tra i genitori su questioni di particolare importanza, il giudice (se il conflitto permane dopo l'indicazione giudiziale dei provvedimenti ritenuti più idonei) «attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio». Eppure, v'è chi osserva, al legislatore del 2017 «è mancato il coraggio di utilizzare la clausola generale dell'"interesse del minore", che sarebbe stata la naturale prosecuzione del comma 1 dell'art. 3, in aderenza alle più recenti riforme codicistiche», così M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi*, cit., 145.

[24] La piena attuazione della norma richiede, certamente, il coinvolgimento di figure professionali specializzate e un'adeguata organizzazione delle strutture sanitarie e dell'*équipe* medica che prende in carico il paziente minorenne. Si tratta di condizioni non sempre riscontrabili nella realtà clinica e difficili da ottenere laddove assenti finché il legislatore, come anche in questo caso ha fatto (v. art. 7), continuerà ad inserire nelle leggi speciali clausole di invarianza finanziaria che defraudano, nei fatti, la portata innovativa delle norme. È questo, purtroppo, un pesante limite che compromette l'operatività e il buon funzionamento degli istituti regolati dalla l. n. 219/2017.

rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle *possibili alternative* e alle *conseguenze dell'eventuale rifiuto* del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o *della rinuncia* ai medesimi». A qualunque paziente riconosce, inoltre, la facoltà di rifiutare, in tutto o in parte, le informazioni.

Parimenti, ha una valenza generale la norma di cui al comma 7 del medesimo articolo laddove dispone che, nelle situazioni di emergenza o di urgenza, il medico deve assicurare le cure necessarie, «nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla».

Con una singolare scelta lessicale, il legislatore, al comma 5 dell'art. 1, attribuisce poi ad «*ogni persona capace di agire*» il "diritto di rifiutare", in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia e "di revocare" in qualsiasi momento il consenso precedentemente prestato, senza specificare se la capacità alla quale bisogna avere riguardo sia quella legale, ovvero, quella naturale di agire, che potrebbe riscontrarsi anche in un minorenne. La lettera della legge esprime, probabilmente, una decisione ponderata che nasce dall'esigenza di garantire soluzioni differenziate a seconda della tipologia di incapacità di agire del paziente che viene in considerazione. L'interpretazione della norma non può che effettuarsi dunque in coerenza con quanto si ricava dall'art. 3. Deve ritenersi, pertanto, che il legislatore abbia implicitamente inteso escludere il minore dal novero dei soggetti autonomamente legittimati ad esprimere il rifiuto o la revoca del consenso, ferma restando la limitata rilevanza della sua volontà anche per scelte di questo tipo (cfr. art. 3, comma 2). Conclusioni diverse devono essere assunte per altri soggetti sottoposti a misure che danno luogo a forme di incapacità relativa di agire. Si pensi, ad esempio, alla persona inabilitata o al soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno che possono mantenere la piena capacità al consenso e al rifiuto di cure.

Al minore – come a qualunque persona – si riferiscono, inoltre, i fondamentali principi di proporzionalità e di beneficialità delle cure[25], che trovano espressione nell'art. 2 della l. n. 219/2017, unitamente al diritto alle cure palliative, al divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e al diritto alla sedazione palliativa profonda continua nella fase finale della vita[26].

La nuova legge sul consenso informato codifica, dunque, quanto da tempo si andava affermando in dottrina e in giurisprudenza, ossia che il minore – poiché detiene una soggettività giuridica, che si esprime con la titolarità di diritti della persona protetti da norme del massimo rango – può, limitatamente alla capacità di discernimento che possiede, manifestare una volontà rilevante in ordine a questioni riguardanti la propria esistenza e lo sviluppo della sua personalità.

Se e quando questa volontà possa assurgere a "diritto di veto" all'esecuzione di trattamenti sanitari sul suo corpo, in ossequio all'imperativo del "*noli me tangere*", è da valutare poi con estrema prudenza e ponderazione.

---

[25] Cfr. l'art. 6, comma 1, della Convenzione di Oviedo stabilisce che nessun intervento può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, «se non per un diretto beneficio della stessa». In dottrina, ZATTI, *Consistenza e fragilità dello* ius quo utimur *in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 20 ss.; C. TRIPODINA, *Malati terminali (diritti dei)*, voce in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2014, 397 ss., spec. par. 11; A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, voce in *Dig. disc. pubb., Agg.*, Torino, 2012, 344 ss.

[26] Su tali profili v. par. 3.1.

Con tutti i limiti insiti nelle generalizzazioni, non si può difatti trascurare che non solo nella prima fase dell'adolescenza, ma anche in prossimità della maggiore età, si ha una visione ancora acerba e miope del trascorrere del tempo e delle prospettive che la vita dischiude nel suo divenire. Invero, la crescita e il moltiplicarsi delle esperienze sono fattori che incidono profondamente sulle valutazioni e le scelte che si è chiamati a compiere nel corso della propria esistenza. Queste osservazioni inducono a privilegiare un sistema di elaborazione e assunzione delle decisioni sanitarie riguardanti i minorenni, anche i più maturi, fondato sulla condivisione del percorso deliberativo con gli adulti addetti alla loro educazione, vigilanza e cura[27], soprattutto ove siano in gioco beni fondamentali come la vita.

3. Minori d'età, relazione di cura e fine vita: decisioni "con" e "per" il minore e possibili conflitti tra i soggetti coinvolti nel processo decisionale.

Alla luce di quanto detto, nell'individuare il trattamento giuridico che l'ordinamento italiano riserva alle fattispecie di fine vita[28] e, più in generale, al profilo della formazione della volontà e della legittimazione ad esprimere il consenso e/o rifiuto informato a terapie e trattamenti sanitari su persone minori d'età, occorre procedere per approssimazioni ed effettuare almeno un distinguo di fondo tra pazienti del tutto privi di capacità naturale e i cd. "grandi minori", ossia gli adolescenti vicini alla maggiore età. Ai fini del discorso che si va sviluppando, quest'ultima classe di soggetti può essere allargata così da includere adolescenti di età variabile, generalmente dai 12 anni in su, fisiologicamente dotati di una certa capacità di discernimento che dev'essere accertata e misurata, di volta in volta, in relazione alla portata delle scelte da compiere e dei valori in gioco. È solo a quest'ultima categoria di minori, difatti, che può tendenzialmente riferirsi il precetto secondo il quale le volontà del titolare dei diritti devono essere ascoltate e tenute in considerazione nelle scelte terapeutiche e di cura, nonché in quelle relative ad interessi esistenziali, destinati ad avere effetti *post mortem*, che li riguardano[29].

---

[27] Tra questi soggetti, oltre ai genitori, si annoverano i medici e il personale sanitario che entra in relazione con il minore. Non a caso il Codice di deontologia medica assegna a costoro un compito di assistenza che consiste nel contribuire a proteggere i minori, in particolare, quando si ritenga che l'ambiente, familiare o extra-familiare nel quale vivono non sia sufficientemente sollecito alla cura della loro salute e nell'adoperarsi, in qualsiasi circostanza, perché il minore possa fruire di quanto necessario a un armonico sviluppo psico-fisico della sua persona (cfr. art. 29).

[28] Di qui in poi mi riferirò a decisioni che incidono seriamente sulla salute e sulla vita del minore per le quali la manifestazione del consenso informato al personale sanitario, di norma, deve essere effettuata da entrambi i genitori, se esercitano in comune la responsabilità. Per le varie distinzioni che si è soliti effettuare sulla necessità della manifestazione del consenso da parte di uno o di entrambi i genitori, a seconda dell'importanza della decisione da assumere, v. LENTI L., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 434 ss. Per una panoramica comparativistica sul consenso informato, con specifico riguardo al fine vita, v. C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, reperibile su https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/convegni_seminari.do, dove l'autore compie illuminanti riferimenti a drammatici casi nei quali il rapporto genitori-figli (pur maggiorenni) è stato duramente messo alla prova, dando luogo a decisioni di non punibilità della condotta dei primi. Così è stato per *Daniel James*, ventitreenne inglese aiutato dai genitori a recarsi in Svizzera per procedere al suicidio assistito e *Vincent Humbert*, francese, il quale, dopo aver pubblicamente chiesto di essere aiutato a porre fine alla sua esistenza, fu aiutato a morire dalla madre, che gli somministrò una dose massiccia di barbiturici facendolo cadere in coma, e dal medico, responsabile del reparto di rianimazione nel quale il paziente fu ricoverato, che gli praticò un'iniezione letale di cloruro di potassio.

[29] Su quest'ultimo aspetto tornerò in seguito nel par. 5.

Quando, invece, all'incapacità legale di agire corrisponda anche quella naturale del minore, in quanto neonato, infante, ovvero di altra superiore età, ma in una condizione di incapacità naturale che gli deriva dal suo stato di salute, non si fa ovviamente questione di volontà: il paziente non sarebbe in grado né di elaborarne, né di manifestarne una. Nondimeno, anche in questi casi, i genitori non scelgono da soli "per il figlio" in quanto devono orientare le proprie decisioni sulla base delle informazioni e degli indirizzi forniti dai medici, ai quali la legge assegna un compito fondamentale nella relazione di cura, in ragione delle conoscenze scientifiche che competono ai professionisti.

Il risvolto del ruolo assunto nell'esecuzione della prestazione sanitaria è la responsabilità medica che, com'è noto, si articola su vari piani.

Il minore, dunque, è protetto da due diverse responsabilità che sovrastano l'operato e le scelte di genitori e medici. Sulle condotte di entrambi, qualora si verifichi una deviazione dall'interesse del minore, può intervenire l'autorità giudiziaria, nelle forme e nei modi regolati dal codice civile e, da ultimo, dalla legge n. 219/2017.

I genitori devono tutelare la salute e la vita del figlio. Contribuiscono, come educatori, alla formazione dei convincimenti del minore ed esprimono ai terzi una volontà che ha una formazione soggettivamente composita, anche in ragione della capacità di discernimento dell'interessato. Il consenso e il dissenso informato ai trattamenti sanitari sui minori d'età, pertanto, è frutto di un procedimento di tipo collaborativo che deve svolgersi all'interno del nucleo familiare (una delle formazioni sociali nelle quali il minore esprime la sua personalità) e al suo esterno nel rapporto con i medici e il personale sanitario.

La pluralità dei soggetti chiamati ad esprimersi nella relazione di cura – ossia, il paziente medesimo, se dotato della capacità di autodeterminarsi, i titolari della responsabilità genitoriale e/o figure vicarie ove presenti, il personale medico – determina la possibilità di conflitti. Occorre dunque indagare le misure che l'ordinamento predispone per la soluzione degli stessi.

L'art. 3, comma 5, della legge n. 219/2017, con una disposizione comune a tutte le categorie di soggetti incapaci alle quali la norma si riferisce[30], prevede un'unica e specifica ipotesi di conflitto: quello che può scatenarsi tra il rappresentante legale e il medico, qualora il primo rifiuti le cure che il secondo propone reputandole appropriate e necessarie. La norma affida la soluzione del contrasto al giudice tutelare, che provvede con decreto motivato (art. 43, comma 1, disp. att. c.c.)[31]. La legittimazione attiva al ricorso spetta al rappresentante legale della persona interessata, al medico, alla struttura sanitaria e agli altri soggetti di cui agli artt. 406 ss. c.c., ossia quelli che possono presentare il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno: lo stesso minore (sembrerebbe *ex* art. 406, comma 1, c.c.), i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente

[30] Sono poco comprensibili, alla luce del contenuto della norma, le ragioni che hanno indotto il legislatore a distinguere, nella rubrica dell'art. 3 "Minori e incapaci", i minori, appunto, dagli altri incapaci. Nella sostanza, difatti, la disciplina detta un regime differenziato non tanto tra minori, da una parte, e altri incapaci, dall'altra, quanto tra le varie figure di incapaci maggiorenni, seppur in un quadro generale dominato dall'imperativo della valorizzazione della volontà del paziente incapace.

[31] Nella stessa direzione già si muoveva il codice di deontologia del 2014 che prescrive al medico di ricorrere alla competente autorità giudiziaria «in caso di opposizione dei legali rappresentanti alla necessaria cura dei minori e degli incapaci» (art. 29, ult. comma) e di informarla «in caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile» (art. 33).

impegnati nella cura e assistenza della persona (art. 406, comma 3, c.c.), ma anche – per effetto del richiamo all'art. 417 c.c. – determinati familiari e il Pubblico Ministero[32].
Questa disciplina "speciale" si sovrappone, in parte, alla disciplina generale della responsabilità genitoriale. Difatti, qualora il rifiuto alle cure proposte dal medico provenga dai genitori e risulti "ingiustificato", integrando una condotta pregiudizievole al figlio, ma non talmente grave da dare luogo ad una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale, potrebbe operare l'art. 333 c.c. che assegna al giudice (questa volta, di norma, il Tribunale dei minorenni[33]) il potere di adottare i provvedimenti più convenienti[34].
Con riferimento alle decisioni sanitarie relative a persone minorenni, l'antinomia che si viene a determinare sulla competenza giudiziale vede prevalere, secondo il criterio di specialità, la norma dettata dalla legge n. 219/2017.
L'impianto della norma di recente introduzione risente, evidentemente, di esperienze giudiziarie ben note: si pensi ai genitori che, per motivi religiosi, rifiutano la trasfusione di sangue di cui il figlio ha bisogno, oppure, ai casi di minori affetti da patologie tumorali per i quali i genitori negano il consenso alla terapia medica appropriata, o alla sua prosecuzione, per sostituirla con un metodo alternativo privo di alcun riscontro scientifico, come è avvenuto in passato con il cd. metodo Di Bella[35].

---

[32] La norma, quindi, allarga la legittimazione e la partecipazione del Pubblico Ministero a procedimenti finalizzati alla tutela di soggetti deboli e incapaci, minori inclusi, individuando un'ulteriore ipotesi di azione esercitabile direttamente dal medesimo. In tal senso, anche G. MARSEGLIA, *Pubblico ministero e persona: i procedimenti in materia di status, famiglia e minori*, in *Questione giustizia*, 1, 2018, 34 ss. (spec. 36).
[33] In questi procedimenti, la competenza, *ex* art. 38 disp. att. c.c., è del Tribunale dei Minorenni, salvo che non sia in corso un giudizio di separazione o divorzio, ovvero un giudizio pendente su ricorso di uno dei genitori in disaccordo con l'altro su questioni di particolare importanza (ai sensi dell'art. 316, comma 2, c.c.), ipotesi nelle quali spetta invece al giudice ordinario.
[34] Tale potere, che consente al giudice di limitare e condizionare l'esercizio della responsabilità, sostituendosi ove occorra alla volontà genitoriale, è stato utilizzato in passato per superare la contrarietà dei genitori, motivata da convinzioni religiose, ad interventi sanitari necessari per la salute del figlio.
[35] Per quest'ultima ipotesi, v. il caso esaminato dai Giudici bresciani (Trib. Min. Brescia, 30 dicembre 1998, App. Min. Brescia, 13 febbraio 1999 e Trib. Min. Brescia, 22 maggio 1999) illustrato da G. GRIFASI, *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*, in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, 218 ss. La vicenda riguardava una bambina di 10 anni, affetta da una grave malattia (leucemia linfoblastica acuta tipo pre-B), che dapprima venne sottoposta, con il consenso dei genitori, alle prime fasi del protocollo terapeutico in uso nei presidi pediatrici italiani, ottenendo buoni risultati, per poi interrompere la terapia al fine di intraprendere, presso uno studio privato, il c.d. metodo Di Bella. A seguito della decisione dei genitori, che motivarono la loro scelta in considerazione della «gravità degli effetti collaterali della chemioterapia», su segnalazione dell'ospedale che aveva in cura la minore, il P.M. ricorse al Tribunale per i minorenni *ex* art. 336 c.c. Il Tribunale inizialmente prescrisse ai genitori di far riprendere immediatamente alla figlia la chemioterapia interrotta, incaricando il servizio sociale territorialmente competente di verificare l'effettiva ottemperanza delle prescrizioni date. Tuttavia, di fronte al persistente rifiuto dei genitori e della minore dispose una consulenza medico legale psicologica sulla paziente per stabilire la possibilità e, eventualmente, le modalità di una pratica coattiva della terapia medica ufficiale. Espletata la consulenza, i giudici di Brescia disposero l'archiviazione del ricorso, valutando che un'azione coattiva volta a far riprendere la terapia interrotta, oltre a non essere praticabile, avrebbe prodotto, viste le condizioni fisiche e psichiche della bambina, degli effetti negativi sul decorso della patologia. La decisione fu assunta anche in considerazione della distinzione, richiamata nel provvedimento, tra trattamenti terapeutici d'urgenza (ad esempio, una trasfusione) e trattamenti di durata, come la chemioterapia. Il Tribunale, reputando che questi ultimi richiedano una piena condivisione dell'interessato e della famiglia, presupposti assenti nel caso esaminato, concluse che un'azione coatta avrebbe avuto effetti deleteri per la bambina la

Quanto alle terapie negate per convincimenti religiosi dei genitori[36], dobbiamo per il vero constatare che si tratta di casi in via di superamento, come risulta dalla carenza di decisioni giurisprudenziali recenti su tali questioni che può considerarsi indicativa della prevalenza che, di fatto, si dà al diritto alla vita e alla salute dei figli[37].
La più recente giurisprudenza ribadisce che il genitore non può mai imporre la sua religione e la partecipazione alle assemblee di culto al figlio[38], *a fortiori* gli è certamente precluso assumere decisioni importanti per la salute e la vita del minore sulla scorta di proprie motivazioni religiose.
Il problema del rifiuto delle terapie proposte dai medici che hanno in cura il minore in favore dell'accesso a cure alternative – talvolta sperimentali, talvolta addirittura del tutto infondate secondo la scienza medica e, pertanto, assolutamente sconsigliate – resta, invece, di maggiore attualità.
A quest'ultimo proposito, vale la pena ricordare che il legislatore del 2017, nel bilanciare diritti e obblighi che caratterizzano la relazione medico-paziente, ha ritenuto opportuno specificare che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»[39]. Il medico non ha alcun obbligo professionale a fronte di tali richieste che, in caso di minorenni, potrebbero illegittimamente provenire dai rappresentanti.
La medesima norma, unitamente alle disposizioni di carattere generale contenute agli artt. 1 e 2 della legge e a quelle specifiche su minori e incapaci di cui all'art. 3, contribuisce a definire il quadro delle regole che devono ritenersi operanti anche nell'ipotesi inversa a quella prospettata dal legislatore, ossia nell'eventualità che siano i genitori a reputare necessario e appropriato l'inizio o la prosecuzione di un trattamento o cura che i medici ritengono di non dover adottare o proseguire, questione che si fa particolarmente delicata quando si tratta di un trattamento di sostegno vitale su minore.

---

quale, date le sue condizioni, avrebbe vissuto drammaticamente l'imposizione, con probabili ripercussioni negative anche sul decorso della malattia. In questo caso, dunque, l'interesse della minore valutato in concreto e consistente, a detta dei giudici, "nel rispetto dell'equilibrio familiare venutosi a creare" è stato considerato prevalente sul migliore interesse del minore valutato in astratto, rappresentato dal diritto ad essere curato secondo il trattamento sanitario ufficiale. In tema v. anche M. GRONDONA, *Potestà dei genitori ed intervento del giudice; medicina ufficiale e medicina alternativa: un difficile (ma non impossibile) equilibrio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 222 ss.; B. LENA, *I trattamenti sanitari sui minori: potestà dei genitori e intervento del giudice*, in *Fam. dir.*, 1999, 470 ss.

[36] L'esperienza mostra che i convincimenti, religiosi e non, dei genitori, il più delle volte, diventano propri anche dei figli minori rendendoli scarsamente collaborativi con i medici in caso di conflitto con la famiglia.

[37] La dottrina (v. LENTI L., *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, cit., 442) attribuisce in parte il merito di tale risultato alle indicazioni contenute nel documento intitolato "*Emotrasfusioni e consenso informato*" redatto dall'*Associazione europea dei Testimoni di Geova per la tutela della libertà religiosa* e pubblicato in *Dir. fam.*, 1996, 376 ss., sottolineando che, «in ogni caso, quando si tratta di un minore non ancora capace di discernimento, non vi è dubbio che prevalga il suo diritto alla salute». Anche qualora il paziente sia dotato di una certa capacità di comprensione e scelta, la giurisprudenza è fortemente interventista e non sembra attribuire alcun peso all'opinione del minore, sia in ragione «delle caratteristiche tecniche delle trasfusioni, caratterizzate da semplicità e rapidità di esecuzione, invasività e dolorosità minime, ragionevole certezza del risultato positivo», sia in considerazione «dell'elevato rischio che deriverebbe dal non effettuarle».

[38] V. Cass., sez. I, 24 maggio 2018, n. 12954.

[39] Così il secondo periodo del comma 6, art. 1, l. n. 219/2017.

Il discorso si complica ulteriormente se si considera che la gamma dei possibili conflitti è variegata, potendosi registrare, oltre ai predetti, un contrasto tra i genitori stessi[40], ovvero, tra genitori e figli capaci naturali di agire. Entrambi saranno risolti secondo la già richiamata disciplina generale del codice civile[41].

Certo è che, laddove si abbia riguardo a un minore dotato di una sufficiente capacità di discernimento in ordine alle cure e ai trattamenti da intraprendere, la volontà del paziente assume un ruolo fondamentale nell'esercizio del diritto personale alla salute e ad essa potrebbe doversi dare valore preminente, qualora sia in contrasto con quella dei rappresentanti legali, tutte le volte in cui la scelta del minore faccia seguito ad una ponderata valutazione e corrisponda al suo miglior interesse.

In ogni caso, non bisogna trascurare che non solo il grande minore, ma anche il neo maggiorenne sono persone "in via di formazione" che necessitano sempre di una guida e di un controllo dal quale gli adulti non si possono e non si devono esimere, al di là dei rigidi criteri legali che equiparano il primo ad un incapace e riconoscono al secondo la piena capacità di disporre dei propri diritti.

Ebbene, se le decisioni "con" il minore capace presentano note di complessità legate al coordinamento delle differenti posizioni di cui i soggetti coinvolti nelle scelte terapeutiche possono risultare portatori, anche in modo conflittuale, ancora più delicata si rivela la situazione quando la decisione riguardi minorenni che non hanno mai maturato alcuna capacità e specialmente qualora la stessa abbia ad oggetto il mantenimento o l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale.

In questi casi, la scelta non può che essere improntata a criteri di natura obiettiva che consentano di individuare la decisione rispondente al miglior interesse del paziente tenuto conto delle peculiarità della situazione concreta.

3.1. Segue. Fine vita in età pediatrica: rilevanza del *best interest of the child*.

Le cronache internazionali più recenti hanno reso note le tristi storie di bambini colpiti da gravissime patologie e in condizioni considerate dalla scienza medica irreversibili e ad esito infausto che hanno determinato una drammatica fine della loro esistenza. Sulle sorti dei piccoli pazienti – tenuti in vita mediante sistemi di ventilazione, alimentazione e idratazione artificiali – si sono accesi esasperati conflitti tra i genitori e i medici che li avevano in cura, conflitti che sono sfociati oltre la sede giudiziaria, colpendo le coscienze di tutti.

---

[40] Nella giurisprudenza di merito più recente, v. Trib. Roma, sez. I, 16 febbraio 2017 (ord.), in *Fam. e dir.*, 2017, 12, 1105 con nota di De Pamphilis, il quale ha risolto il contrasto insorto tra genitori – in ordine alla tipologia di cure (medicina tradizionale o omeopatia) cui affidare la figlia e alla scelta se vaccinare o meno la stessa – individuando nelle cure tradizionali e nella sottoposizione alle vaccinazioni l'interesse della minore e affidando al genitore più diligente (con l'onere di informare l'altro) il compito di provvedere a tutti gli adempimenti, inclusa la prestazione del consenso informato.

[41] V. art. 316, comma 2, e 337-*ter*, comma 3, c.c. per quanto attiene ai conflitti tra genitori su questioni di particolare importanza nell'esercizio della responsabilità genitoriale, anche in caso di separazione e divorzio. E, più in generale, le norme che disciplinano il rapporto tra genitori e figli, nonché le forme di controllo dell'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'autorità giudiziaria.

Il destino di *Charlie Gard*[42], *Alfie Evans*[43], *Isaiah Haastrup*[44] e *Inés Afiri*[45] è stato affidato alla decisione di corti e giudici i quali, investiti per le rispettive competenze, prima in ambito nazionale (Regno Unito e Francia) e poi in sede europea (Corte EDU[46]), hanno concordemente riconosciuto

[42] *Charlie Gard* soffriva di una rara forma di malattia mitocondriale causata dalla mutazione di un gene che provoca il disfunzionamento di diverse parti del corpo (inabilità a muovere occhi, braccia, gambe, sordità). Presentava attacchi epilettici persistenti e encefalopatia. Necessitava, fin dalla nascita, della ventilazione e dell'alimentazione-idratazione artificiali. Era ricoverato al *Great Ormond Street Hospital* di Londra dove i medici avevano inizialmente informato i genitori della possibilità di sottoporre il figlio a una terapia sperimentale per la quale non vi era, peraltro, alcuna evidenza scientifica che ne dimostrasse i benefici su pazienti affetti da quel tipo di malformazione. Prima di iniziare la terapia sperimentale, a seguito del peggioramento delle condizioni del bambino, i medici valutarono che la stessa non potesse recare alcun beneficio, reputando che ne avrebbe unicamente prolungato le sofferenze e chiesero all'Alta Corte di Londra di autorizzare la sospensione della respirazione artificiale. I genitori domandavano, invece, di poterlo trasferire negli Stati Uniti per sottoporlo alla terapia sperimentale. I giudici inglesi, consultati diversi esperti, inclusi quelli della clinica americana che si era dichiarata disponibile a sottoporre il bambino alla terapia sperimentale, conclusero per la legittimità della decisione dei medici che lo avevano in cura. La Corte di Strasburgo ha poi riconosciuto che la mancata somministrazione del trattamento medico non validato sul minore non integra una violazione dell'art. 2 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo che tutela il diritto alla vita.

[43] *Alfie Evans* nacque a Liverpool il 9 maggio 2016 da due genitori giovanissimi. Nel luglio 2016 si manifestarono i primi segnali della malattia: comparse uno "strabismo divergente", il sorriso diventò meno frequente e il bambino evidenziò una mancanza di interazione generale e un inadeguato controllo del capo rispetto alla sua età. All'età di sei mesi non c'era più alcun dubbio che Alfie mostrasse segni evidenti di un ritardo significativo dello sviluppo. Successivamente, il bambino venne colpito da polmonite bilaterale, sconfitta la quale, entrò in coma. Da quel momento in poi la sua salute cerebrale iniziò a peggiorare fino ad arrivare alla diagnosi di una neuropatologia degenerativa sconosciuta considerata dai medici ad esito infausto. Il quadro clinico era ulteriormente aggravato da frequenti episodi di convulsioni rispetto alle quali si ignorava quanta sofferenza generassero al piccolo paziente. Considerata l'irreversibilità delle condizioni di salute, i medici chiesero di interrompere i trattamenti di sostegno vitale (ventilazione, idratazione e alimentazione artificiali) incontrando l'opposizione dei genitori. Le Corti inglesi hanno confermato la legittimità della scelta dei primi (UK: High Court, 20 febbraio 2018, EWHC 308 (Fam) - *Alder Hey Children's NHS Foundation Trust v. Evans*; Supreme Court, 20 aprile 2018). La Corte EDU (con decisione del 23 aprile 2018) ha dichiarato, infine, l'inammissibilità del ricorso presentato dai genitori.

[44] *Isaiah Haastrup* al momento della nascita aveva sofferto una grave ipossia. Le sue funzioni cerebrali erano state gravemente compromesse dalla prolungata assenza di battito cardiaco. Dopo la rianimazione, era stato ricoverato nel reparto di terapia intensiva e sottoposto a trattamenti di sostegno vitale. Anche per lui i medici conclusero che il prolungamento dei trattamenti intensivi che lo tenevano in vita da 11 mesi non rispondesse al suo "miglior interesse", cosicché – trovandosi in contrasto con i genitori – si rivolsero all'Alta Corte di Londra che confermò la legittimità della posizione assunta dall'ospedale (v. UK: High Court, 29 gennaio 2018, EWHC 127 (Fam) - *King's College Hospital NHS Foundation Trust v Haastrup*).

[45] *Inés Afiri* era affetta da una grave malattia neuromuscolare autoimmune. Nel giugno del 2017, all'età di 14 anni, subì un arresto cardiocircolatorio con gravissimi danni cerebrali, entrando poi in coma e, a seguire, in stato vegetativo permanente. Trascorso un mese, i medici dell'ospedale di *Nancy* avviarono la procedura per il distacco della ventilazione artificiale, secondo quanto stabilito dalla legge francese *Clayes-Leonetti* n. 2016-87 *du* 2 *février* 2016 "*Créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*". Dopo una battaglia giudiziaria durata circa 6 mesi, *Inés Afiri* è morta il 21 giugno 2018 a seguito del distacco del respiratore avvenuto qualche giorno prima. Sul suo caso si erano pronunziati, con decisioni unanimi, il Tribunale amministrativo di *Nancy* (7 dicembre 2017), il Consiglio di Stato francese (5 gennaio 2018) e, infine, la Corte di Strasburgo, la quale ha definitivamente stabilito che la richiesta dei genitori di interrompere la procedura collegiale ospedaliera di fine vita, prevista dall'art. L. 1110-5-1 *du code de la santé publique*, non poteva essere accolta.

[46] V. CEDU, sez. I, 28 giugno 2017, n. 39793, Gard. c. Regno Unito, *in Nuova giur. civ.*, 2017, 10, 1351, con nota di E. FALLETTI, *Il best interest of the child tra fine vita e sperimentazione medica*; O. POLIPO,

che le richieste dei genitori volte alla prosecuzione dei trattamenti in atto (mantenimento della ventilazione forzata) contro il parere dei medici dei diversi ospedali presso i quali i bambini erano ricoverati (nonché di quelli via via incaricati come consulenti tecnici nei processi), non fossero legittime, né da assecondare, in quanto non rispondenti al "migliore interesse" dei piccoli pazienti. Esauriti i percorsi giudiziari interni ed europei, caratterizzati da decisioni costanti confermate in tutti i gradi processuali, si è proceduto al distacco dei sostegni vitali ed è così sopraggiunta la loro morte.

Vicende che presentano marcate similitudini, un rigoroso argomentare dei provvedimenti giudiziali che si snoda tra specifici elementi fattuali e molteplici dati normativi, pareri medici che hanno riconosciuto, nelle particolari vicende richiamate, la "futilità" dei trattamenti sanitari in atto e l'inutile protrazione di una situazione di sofferenza per pazienti privi di alcuna possibilità di recupero secondo la scienza medica, inducono ad interrogarsi su quale trattamento giuridico possa essere riservato in Italia a fattispecie analoghe.

Significativamente i consulenti nominati dal Tribunale francese nel caso di *Inés Afiri* hanno concluso affermando che «*la seule justification à maintenir Inès en survie artificielle était le refus des parents d'arrêter les traitements*». Ma può la sola opposizione dei genitori giustificare il mantenimento di trattamenti sanitari di sostegno vitale in un quadro clinico nel quale il parere unanime di medici e specialisti va di contrario avviso?

Il pensiero corre alla più nota vicenda italiana di fine vita nella quale, peraltro, le posizioni in conflitto erano invertite. Fu allora il padre di Eluana Englaro ad affrontare una lunga battaglia giudiziaria per superare le resistenze della struttura sanitaria ed ottenere il distacco del sondino nasogastrico che alimentava la figlia in stato vegetativo permanente da diversi anni. In quel caso si trattava, inoltre, di una paziente "divenuta incapace", il cui vissuto ha profondamente inciso nella decisione assunta dalla Cassazione[47].

Quelle dapprima menzionate, per contro, sono fattispecie nelle quali – in ragione della tenerissima età o delle condizioni di salute – non è possibile decidere "con il paziente" nel senso in cui questa locuzione fu utilizzata dalla nostra Suprema Corte nel 2007. Per la persona che non è mai divenuta capace, difatti, non c'è modo di ancorare la scelta al duplice limite che la Cassazione individuò per il vicario: farsi interprete della volontà dell'incapace, della sua identità, del suo modo di intendere la dignità, la vita, la salute, la malattia e, financo, la morte, "ricostruendone la presunta volontà"; operando, in ogni caso, nel suo "esclusivo interesse"[48].

Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della Corte Edu in materia di end-of-life decisions, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2018, 125 ss.; S. CACACE, *Salute e autodeterminazione: da Charlie Gard a dj Fabo, passando per i no-vax. scienza, diritto, diritti e libertà*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2018, n. 1, 55 ss.; CEDU, sez. V, 25 gennaio 2018, n. 1828, *Afiri c. France*.

[47] V. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 6, con nota di A. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*. Per le tappe processuali più significative del caso Englaro v. anche: Corte Cost., 8 ottobre 2008, n. 334, in *Giur. it.*, 7, 2009, 1630, con nota di C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul caso Englaro e la "cattiva battaglia" giudici legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*; Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 74; TAR Lombardia, 6 aprile 2016, n. 650, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 9, 1194 con nota di C. FAVILLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel caso Englaro*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 3, 981 ss. e in *Foro it.*, 2016, 12, III, 660 ss.

[48] Corre l'obbligo di ricordare che allora la Cassazione aggiunse che in assenza dell'uno (condizione di stato vegetativo irreversibile) o dell'altro (istanza espressiva della volontà del paziente) presupposto, «il

Resta qui soltanto il secondo pilastro: l'esclusivo interesse del paziente, ossia una delle declinazioni del cd. *best interest of the child* [49] o *supérieur intérêt* sulla base del quale i casi stranieri ricordati hanno trovato esito nella decisione di interrompere la ventilazione forzata che assicurava il sostegno vitale dei pazienti.

V'è da dire che la legge francese, come quella italiana, stabilisce espressamente che i trattamenti terapeutici e le cure «*ne doivent pas être mis en oeuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable.*». Ma aggiunge: «*Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire*»[50].

Nella più recente vicenda d'oltralpe sopra ricordata, il Consiglio di Stato francese ha affermato che «*dans le cas d'un patient mineur, il incombe en outre au médecin de rechercher l'accord des parents ou du représentant légal de celui-ci, d'agir dans le souci de la plus grande bienfaisance à l'égard de l'enfant et de faire de son intérêt supérieur une considération primordiale*»[51].

Indubbiamente, anche in Italia, i genitori sono i primi interlocutori a dover essere coinvolti dai medici nelle decisioni da assumere in situazioni tanto delicate. Nel contempo, è altrettanto certo

---

giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

[49] La *best interests of the child doctrine* nacque nel diritto statunitense all'inizio del XIX secolo per superare la rigidità che caratterizzava i *parental rights* e con lo scopo di consentire l'introduzione di soluzioni differenziate, secondo le peculiarità del caso concreto, negli ambiti dell'adozione di minorenni e dell'affidamento dei figli minorenni tra coniugi divorziati. Nei paesi dell'Europa continentale, invece, il miglior interesse del minore rappresentò, inizialmente, il criterio ispiratore di un sistema di diritti volto ad assicurare ai minori le migliori condizioni di vita possibili. Si trattava, dunque, di un concetto utilizzato come categoria generale e astratta posta a fondamento del diritto minorile, che non aveva alcuna particolare ripercussione sui singoli casi da decidere. Nel panorama internazionale, la clausola del *best interest of child*, intesa nella sua funzione originaria di viatico per introdurre deroghe alla disciplina applicabile in ragione delle specificità del caso concreto, riacquistò nuova linfa nel momento in cui si avvertì l'esigenza di prevedere eccezioni all'applicazione delle regole generali che pure erano state concepite avendo come finalità il migliore interesse del minore e che tuttavia, alla prova dei fatti, si erano rivelate inadeguate (v. LENTI L., *"Best interests of the child" o "Best interests of children"*?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, II, 2010, 157 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 89 ss.). Nel diritto civile italiano, il concetto trovò le sue prime applicazioni a metà del secolo scorso per poi essere codificato nell'art. 155 c.c., il quale – prima della riforma del 2006 – stabiliva che qualunque provvedimento giudiziario riguardante i figli dovesse essere preso «con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale» degli stessi. Anche nel nostro Paese, è stato evocato prevalentemente quale criterio idoneo a giustificare le decisioni in materia di affidamento di figli in caso di separazione ed è divenuto il fondamento della disciplina delle adozioni prima di assumere le sembianze di un'icona linguistica dal contenuto facilmente manipolabile, una sorta di clausola di stile, in ogni caso invocata con riguardo all'interesse della categoria generale dei minori (per questa definizione, v. ZATTI P., *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *NGCC*, 2004, suppl., *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, 1 s.).

[50] V. art. *L. 1110-5-1 code de la santé publique*, introdotto dall'art. 2 della legge 2 febbraio 2016 n. 87 "*Créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*". La medesima norma specifica ulteriormente che nutrizione ed idratazione artificiali sono dei trattamenti che, nei casi ivi descritti, possono essere non intrapresi o sospesi, dovendosi comunque salvaguardare la dignità del paziente ed erogare le cure palliative.

[51] *Conseil d'État*, 5 gennaio 2018 (*ordonnance*).

che i rappresentanti legali non possono far prevalere scelte e preferenze individuali quando le stesse non rispondono all'interesse dei figli[52].
Ma qual è l'interesse del minore in questi casi? E quale significato può assumere la clausola del "migliore" o "superiore" "interesse del minore" nell'ambito ora considerato?
Fin dagli anni '80 del secolo scorso, il concetto del "*best interest of the child*" ha conosciuto un'evoluzione e una specificazione ragguardevole nella giurisprudenza inglese e europea che si è pronunciata in materia di salute e, specialmente, in ordine a questioni di fine vita[53]. Le Corti britanniche, una volta entrate nell'ottica del bilanciamento del valore della sacralità della vita "*case by case*", hanno individuato una serie di criteri utili ad orientare le decisioni sanitarie riguardanti i minori e a governare la discrezionalità dei soggetti preposti ad assumerle[54]. I criteri utilizzati dalle corti inglesi – che vengono bilanciati tra loro in relazione alle peculiarità dei singoli casi – consistono nella "*futility/utility of the treatment*" e nella "*quality of life*". In base ad essi si valutano, da un punto di vista medico, i benefici che si possono trarre dal trattamento sanitario e il livello di qualità della vita successiva al trattamento unitamente al "*significant harm*", ovvero il grado presumibile di sofferenza che il paziente patirebbe subendo il trattamento, tenuto conto del criterio di proporzionalità e ragionevolezza che deve improntare gli interventi sanitari, soprattutto quelli particolarmente invasivi[55]. L'opinione dei genitori è considerata non vincolante, ma deve essere presa in considerazione dal giudice in caso di conflitto con i medici[56].
The best interest of child si presenta, dunque, come una clausola generale, un principio importante volto a garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei minori, tanto utile quanto pericoloso se del concetto, alquanto inafferrabile, si fa un uso retorico e/o ambiguo[57].
Esso prescrive una direzione d'azione[58], ma se si vuole scongiurare il rischio di un uso distorto e tirannico del concetto – pericolo che, attesa la loro indeterminatezza, inevitabilmente si accompagna alle clausole generali – il criterio necessita di parametri specifici capaci di indirizzare in modo oggettivo le decisioni che in nome di quell'interesse vengono assunte.

---

[52] È opinione diffusa che, mentre nella fase fisiologica della vita di relazione la valutazione dell'interesse dei figli compete ai genitori, quando si entra in una fase patologica, di conflitto o coordinamento tra interessi differenti che possono far distintamente capo al minore e ai genitori, sia il giudice a stabilire quale sia l'interesse del minore nella particolare situazione ambientale in cui la vicenda esistenziale si colloca e tenendo conto delle sue peculiarità. Cfr. P. STANZIONE - B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Giappichelli, 2011, 64 s.
[53] Ne ripercorre le tappe O. POLIPO, *op. cit.*, 126 ss.
[54] Nel diritto inglese, assodato che non sempre i rappresentanti legali degli incapaci sono idonei ad assumere le decisioni che rispondono al migliore interesse del minore, in materia sanitaria, è riconosciuto a soggetti terzi il potere di individuare la scelta da attuare. In caso di conflitto tra i genitori e medici curanti sono gli organi giurisdizionali a prendere la decisione finale dopo aver nominato un tutore (*a guardian*) che rappresenti gli interessi del minore da terzo imparziale. V. le disposizioni del *Children Act* del 1989, sez. 14 a) e le linee guida emesse dal *General Medical Council* nel 1998, confermate dalle *Family Procedure Rules* del 2010.
[55] Sempre O. POLIPO, *op. cit*., 131 s.
[56] Anche la disciplina francese prevede che «*Lorsque la décision de limitation ou d'arrêt de traitement concerne un mineur ou un majeur protégé, le médecin recueille en outre l'avis des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur, selon les cas, hormis les situations où l'urgence rend impossible cette consultation*» (*article* R. 4127-37-2 par. III *Code de la santé publique*).
[57] V. le interessanti riflessioni di LENTI L., *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 86 ss.
[58] Così LENTI L., *Note critiche*, cit., 105.

Quale possa essere il miglior interesse del bambino che si trova in condizione terminale senza alcuna possibilità di miglioramento non è un quesito facile da affrontare. Certo è che la soluzione deve essere calibrata in considerazione della particolare ed individuale situazione alla quale ci si rivolge.

La clausola del *best interest of the child*, nelle fonti e nella giurisprudenza anche sovranazionali, svolge diverse funzioni[59]. Ma, negli ambiti decisionali qui considerati, il ricorso alla categoria sembra assolvere ad una funzione descrittiva e, assieme, interpretativa del complesso di precetti posti a salvaguardia della persona malata che, nella tenera età, trova un'ulteriore motivo di vulnerabilità. L'interesse del minore diventa allora una formula riassuntiva capace di evocare ed intendere i valori in nome dei quali gli adulti che si prendono cura del minore devono operare le proprie scelte orientandole verso una soluzione ragionevole e giusta. Il concetto deve essere ancorato al dato positivo – contribuendo alla sua interpretazione – e, nel contempo, alle peculiarità dei singoli casi concreti. Oltre ad una funzione ermeneutica, il riferimento al superiore interesse del minore sembra assumere difatti un'efficacia specificativa e/o rafforzativa del diritto fondamentale alla salute del minore, concorrendo a definirne in concreto il contenuto.

La legge n. 219/2017 non menziona espressamente l'interesse del minore come criterio di orientamento delle decisioni che riguardano gli incapaci legali. Tuttavia, il dettato normativo è denso di richiami a principi e valori che, unitamente al portato delle relative elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, possono contribuire a definire il contenuto del migliore interesse del minore in ambito sanitario. Valgano i riferimenti alle norme Costituzionali e della Carta dei diritti fondamentali UE contenuti all'art. 1, comma 1, così come l'indicazione dello scopo di «tutela della salute psicofisica e della vita del minore, nel pieno rispetto della sua dignità» sancito nel comma 2 dell'art. 3.

Certo si tratta di indicazioni non risolutive. Vien da chiedersi, ad esempio, cosa accada quando la tutela della salute e della vita del minore entrino in conflitto (anche in ragione del modo di intendere i due concetti) e se il legislatore abbia voluto riferirsi alla dignità come parametro al quale affidare il bilanciamento[60]. Ancora, ci si può domandare se l'ordine nel quale la norma richiama i beni da tutelare – prima la salute e poi la vita, peraltro uniti da una congiunzione che esprime la tendenziale indissolubilità degli interessi protetti – sia significativo di una visione che ripudia un'affermazione assiologica di tipo assoluto di tutela della vita. Se implichi, dunque, che tale valore non debba prevalere sempre e comunque, ma possa soccombere nei casi in cui la vita che i trattamenti sanitari possono mantenere, ostacolando o impedendo il naturale processo di morte, si concretizzi nella sopravvivenza meramente biologica di un soggetto privo di qualunque capacità cognitiva e relazionale, relegato in una condizione di sofferenza estrema e malattia irreversibile[61].

---

[59] Recentemente ricostruite da un'autorevole dottrina in pagine dense di elementi conoscitivi e spunti di riflessione, ai quali - in questo contesto - non è possibile dare compiutamente seguito: V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 405 ss.

[60] Sul principio di dignità e la sua rilevanza ermeneutica nelle questioni di inizio e fine vita, V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, 2018.

[61] V. anche M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi*, cit., 145, la quale si domanda se «il richiamo al concetto elastico della dignità» possa «arginare le scelte che tutelino la vita ad ogni costo, anche quando calpestino l'integrità della persona».

Circa le difficili scelte che si collocano nella fase terminale della vita, importanti indicazioni provengono poi dall'art. 2 della legge n. 219/2017 che sancisce il "divieto di ostinazione irragionevole nelle cure". Il dettato normativo esplicita il divieto imponendo al medico un obbligo di astensione «da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o[62] sproporzionati».

Ancora, nei casi di prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, impone al medico l'obbligo di adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente, eventualmente ricorrendo alla sedazione palliativa profonda con il consenso dell'interessato o, evidentemente, di chi ne fa le veci. Il legislatore italiano, dunque, ha dettato importanti precetti da rispettare alla fine dell'esistenza umana, regole e principi che valgono financo quando l'operato dei medici si rivolga a giovani vite[63].

Insomma, possono darsi dei casi eccezionali nei quali, anche con riguardo al paziente minorenne, non si tratta di "*choisir de faire mourir*", ma di "*laisser la mort venir*" accettando la finitezza della condizione umana e i limiti che la scienza medica non è in grado di superare[64]. La difficoltà risiede nel saper individuare queste ipotesi rifuggendo la tentazione di governare sempre e comunque la sopravvivenza con le tecnologie disponibili a discapito di altri valori ed interessi della persona quali quelli protetti dalle disposizioni dell'art. 2. È bene difatti ricordare che alla base dei trattamenti sanitari esiste un principio di proporzionalità e di beneficialità degli interventi medici che devono recare un'utilità al paziente e giammai divenire strumento di un insensato prolungamento di sofferenza dei più fragili[65]. E proprio questo il terreno sul quale i pazienti pediatrici, ed incapaci in genere, rischiano di subire le peggiori conseguenze di drastiche prese di posizione degli adulti, specialmente se motivate da ragioni ideologiche e/o affettive che possono non coincidere con l'interesse del minore che si vorrebbe e dovrebbe tutelare[66].

---

[62] Si badi alla disgiuntiva.

[63] V. in proposito il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica "Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte", del 26 gennaio 2016, che al par. 5 si occupa della sedazione del minore d'età.

[64] Non si tratterebbe di eutanasia su minore, nemmeno ventilata nel nostro paese dai progetti di legge in attesa di esame, ma di far applicazione dei principi di proporzionalità nelle cure e del divieto di accanimento terapeutico. Sulla diversa scelta compiuta nell'ordinamento belga, v. F. CEMBRANI - M. CASTELLANI - G. CIRAOLO, *Sulla legge belga che ha esteso anche ai minori (che si trovano in particolari condizioni) di diritto di morire*, in *BioLaw Journal*, *Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014, 227 ss. Anche in Olanda la legge prevede per i minori di età, dai 12 anni, la possibilità di richiedere, «con il coinvolgimento e rispettivamente un parere obbligatorio e vincolante dei genitori o di chi esercita la potestà genitoriale e sempre in presenza di un livello di sofferenza considerato insopportabile e senza speranza di miglioramento, un intervento di eutanasia. In presenza di prognosi infausta e dolore insopportabile e non eliminabile, anche i neonati possono essere soggetti, oltre che all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale, all'eutanasia, pratica sottoposta al controllo di un Comitato di esperti insediato nel 2007» così C. CASONATO, *op. cit.*, 19. Per un'autorevole e chiara distinzione concettuale tra eutanasia e astensione/interruzione di trattamenti sanitari di sostegno vitale: D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 153 ss.

[65] Lo stesso codice di deontologia dei medici stabilisce che «il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti, da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita» (art. 14).

[66] Naturalmente sono solo quelli descritti nel testo i parametri che contribuiscono ad individuare il miglior interesse del minore e che devono orientare le decisioni di fine vita. Le stesse, stante la previsione Costituzionale di cui all'art. 32, comma 1, giammai dovrebbero essere condizionate da ragioni di ordine economico. Esprime, invece, la preoccupazione che la valutazione del costo delle cure incida nei processi decisionali, A. GORASSINI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento nella dimensione*

4. Minori d'età e strumenti di programmazione delle decisioni sanitarie: le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure.

La legge n. 219/2017 si inserisce in un percorso evolutivo dello *status* di minore oramai pacificamente considerato soggetto del quale occorre valorizzare e riconoscere la capacità di discernimento connessa alla naturale e fisiologica progressione della sua identità e personalità.

Dunque, benché il legislatore sia rimasto ancorato alle tradizionali categorie dell'incapacità legale e della capacità naturale di agire[67], è alla luce di questa rinnovata concezione della minore d'età che devono essere esaminate ed interpretate le disposizioni che regolano gli atti di esercizio del diritto fondamentale alla salute nelle sue sfaccettature del consenso informato e dell'autodeterminazione terapeutica.

Gli artt. 4 e 5 della legge disciplinano alcuni strumenti di programmazione delle decisioni sanitarie che consentono, appunto, l'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica in particolari situazioni che hanno in comune la previsione di una futura perdita di coscienza e di capacità (anche naturale) di agire del soggetto. Si tratta delle disposizioni anticipate di trattamento (Dat) e della pianificazione condivisa delle cure (Pcc).

Dal tenore letterale delle norme, sembrerebbe che entrambi gli atti siano preclusi ai minori. Ciononostante, la questione non può essere liquidata con una perentoria affermazione di irrilevanza delle volontà del minore ipoteticamente trasfuse in atti di tal fatta, dovendosi procedere a qualche più approfondita valutazione.

Le Dat, che consentono di esprimere le proprie volontà in materia sanitaria, in previsione di una futura incapacità di autodeterminarsi, sono un atto unilaterale[68] di autonomia, con effetti vincolanti per il medico, espressamente riservato dalla legge alle persone maggiorenni e capaci di intendere e volere (art. 4, comma 1). Ne deriva, per taluno, che il minorenne che dovesse redigere le Dat «compirà un atto privo di effetti»[69]. L'affermazione non è condivisibile per le ragioni che mi accingo ad illustrare.

Un'analoga preclusione per il minore d'età sembrerebbe derivare dalle previsioni sulla pianificazione condivisa delle cure tra paziente e medico che l'art. 5 individua come uno

---

della cd. vulnerabilità esistenziale (contributo al momento inedito, consultato grazie alla cortesia dell'autore che ne ha anticipato i contenuti nella relazione "*La nuova legge italiana sul testamento biologico e il ruolo del minore*", tenuta a Roma, il 20 settembre 2018, nell'ambito del convegno "*The best interest of the child*").

[67] La dottrina specialistica considera alquanto deludente l'utilizzo di categorie giuridiche – come quelle della maggiore età, accompagnata dalla capacità di intendere e volere – considerate ormai inadeguate. La scelta del legislatore, difatti, trascura decenni di analisi della dottrina e di quella giurisprudenza che si è mostrata sensibile a valorizzare la capacità di discernimento, intesa come maturità di giudizio raggiunta dalla persona, a prescindere dalla maggiore età, e come dato da valutare nella concreta ipotesi da considerare. V. S. ROSSI, *Lungo il percorso di costituzionalizzazione della persona. Riflessioni sull'opera di Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal*, *Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, 163; M. PICCINNI, *Prendere sul serio il problema della "capacità" dopo la l. n. 219/2017*, cit., 3 ss.

[68] Salvo il profilo della nomina del fiduciario che richiede l'accettazione di quest'ultimo.

[69] Così, G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. dir.*, 8-9, 803 ss., nota 21, il quale, peraltro, in conclusione del suo scritto rileva come una delle incertezze della disciplina delle Dat sia proprio connessa alla legittimazione dell'incapace, in particolare il cd. "grande minore".

strumento attraverso il quale – in particolari situazioni[70] – è auspicabile che si realizzarsi quell'alleanza terapeutica che il disegno legislativo induce a ricercare tra i protagonisti della relazione di cura.
Il requisito della maggiore età del paziente quale presupposto per la partecipazione, in prima persona e senza la mediazione di "rappresentanti", alla pianificazione delle cure sembrerebbe trovare sostegno in argomenti di carattere letterale e, debolmente, sul piano teleologico.
Sotto il primo profilo, benché la norma nulla specifici in ordine al requisito minimo di capacità del paziente, il rinvio all'art. 4 operato dall'ultimo comma dell'art. 5, con disposizione di chiusura, corrobora di primo acchito un'interpretazione delle due norme che equipari, quanto al requisito di capacità legale di agire in capo al disponente, Dat e Pcc.
La conclusione sembra inoltre coerente con la parziale sovrapposizione di funzioni che i due strumenti sono chiamati ad assolvere: la Pcc, come le Dat, serve a precorrere valutazioni, decisioni e scelte del paziente per l'eventualità che sopravvenga l'incapacità di esprimere il consenso, seppur in un contesto di malattia già in atto. Potrebbe apparire consequenziale, dunque, che della proiezione del consenso informato, che si realizza con le disposizioni anticipate, condivida i presupposti soggettivi.
Per altro verso, salvo che non si voglia precludere *tout court* al minore l'accesso alla Pcc, la considerazione funzionale della pianificazione delle cure e il suo atteggiarsi come una manifestazione programmatica delle volontà del paziente fa riemergere due questioni che, sul piano concettuale, riguardano il consenso informato, ossia a chi spetti la "rappresentanza del minore" nella Pcc e, soprattutto, in che termini si debba congegnare la partecipazione del minore all'atto, quanto all'erogazione dell'informativa (cfr. comma 2, art. 5), all'ascolto e alla rilevanza delle opinioni dell'interessato.
Alla luce di quanto finora esposto, l'esclusione del minore dal novero dei soggetti che possono accedere alla Pcc sembra un esito da scongiurare in considerazione del fatto che la pianificazione condivisa costituisce uno strumento consono ed appropriato per coinvolgere il paziente minorenne nelle scelte terapeutiche che lo riguardano. La conclusione mi pare incontestabile con riguardo ai pazienti vicini alla maggiore età, ma anche con riferimento ai minori che, per il grado di maturità raggiunta, sono capaci di effettuare serie e ponderate valutazioni in relazione alla malattia di cui sono affetti e alle scelte che la stessa impone circa le cure. Il tutto, ovviamente, sempre nel quadro dei percorsi terapeutici individuati e prospettati dal medico.
Si consideri ancora un dato. La legge concepisce la pianificazione come strumento utile per i casi in cui il paziente sia affetto da "una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta", fatti della vita che, a tacer d'altro, implicano per il minore d'età un'esperienza esistenziale che, sovente, ne determina una precoce crescita psichica rispetto ai coetanei.
L'interpretazione da privilegiare dell'art. 5 sembra allora quella che riconosca al minore il diritto di chiedere la Pcc e di partecipare in modo attivo all'assunzione delle decisioni consegnate all'atto, in funzione delle sue concrete capacità di discernimento.
Si potrebbe in tal modo coniugare il rispetto del diritto all'ascolto e alla valorizzazione delle volontà del paziente legalmente incapace, di cui la legge si occupa, con il ruolo di guida e supporto

[70] Il comma 1 dell'art. 5 riferisce la Pcc «all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta».

dei rappresentanti legali e del medico. Ottenendo l'ulteriore vantaggio di disporre di un sistema almeno teoricamente idoneo a prevenire i conflitti nell'assunzione delle decisioni terapeutiche e/o agevolarne la soluzione.

Quanto alle Dat, la decisione del legislatore di estromettere il minore dal novero dei soggetti che possono validamente compiere l'atto è testuale e, pertanto, inequivoca[71]. Non necessariamente condivisibile, ma comprensibile almeno con riferimento all'obiettivo di semplificazione che caratterizza le procedure di acquisizione e deposito delle disposizioni anticipate. È certo che, di fatto, i sistemi di raccolta delle Dat contemplati nella normativa precluderanno ai minori il deposito di disposizioni anticipate di trattamento. Le stesse sono e saranno considerate irricevibili nei sistemi già in funzione – ossia i "registri" comunali, attivi in diversi territori fin da prima dell'entrata in vigore della legge – ma anche in quelli in via di predisposizione, ossia il registro nazionale e le banche dati sanitarie regionali idonee a gestire il fascicolo sanitario elettronico e la cartella clinica implementati con le disposizioni anticipate.

Ciò non esclude che un minore possa redigere una scrittura privata nella quale esprima le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari. Forzando il ragionamento, si potrebbe perfino ipotizzare che un minorenne si rivolga ad un notaio, eventualmente accompagnato dai genitori, e che il pubblico ufficiale, accertata la sua capacita naturale di agire, rediga le Dat del minorenne sotto forma di atto pubblico[72].

Comunque, stando alla forma della scrittura privata, una volta esclusa per le disposizioni del minore l'efficacia vincolante che l'art. 4, comma 5, assegna alle Dat provenienti da un soggetto maggiorenne e capace di intendere e di volere, si possono fare almeno due ordini di considerazioni circa l'efficacia dell'atto redatto dal minore.

La prima riguarda il rimedio predisposto dalla disciplina generale per gli atti dell'incapace, ossia l'annullabilità. La seconda attiene al valore che l'atto potrebbe comunque assumere qualora l'autore minorenne, capace di discernimento al momento della redazione, dovesse poi ritrovarsi in una situazione di incapacità nella quale si ponga il problema di tenere conto delle volontà precedentemente espresse.

Sotto il primo profilo, la circostanza che il rimedio operante sia l'annullabilità dell'atto, implica che l'atto è efficace fino al suo annullamento. Non solo, se ci si interroga su chi sia legittimato all'azione di invalidità, ci si avvede che l'art. 322 c.c. dispone che gli atti compiuti dal minore

---

[71] Nello stesso senso sono orientate le legislazioni della maggior parte degli altri paesi europei (Francia, Germania, Regno Unito, Spagna), con l'eccezione della Danimarca e dei Paesi Bassi che affidano la selezione dei soggetti legittimati a redigere le Dat al presupposto della capacità di intendere e di volere. Per un quadro sintetico, v. il Dossier n. 490, maggio 2017, del Servizio Studi del Senato, XVIII Legislatura, "*La disciplina del consenso ai trattamenti sanitari e delle dichiarazioni anticipate di volontà in alcuni Paesi (Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti)"*. Anche la legge argentina n. 26.742 che, nel 2012, ha modificato la legge n. 26.529 "*Que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud*", ha stabilito il requisito della maggiore età per «*disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud*» (art. 6), pur riconoscendo che «*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud*» (art. 1, lett. e).

[72] Il divieto di ricevere atti invalidi stabilito dalla legge notarile viene difatti interpretato come riferito soltanto agli atti affetti da nullità assoluta e insanabile; il notaio, nell'ipotesi prospettata nel testo, potrebbe andare incontro al più a sanzioni minori di carattere disciplinare.

possono essere annullati su istanza dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale, ma anche che l'art. 320, comma 3, c.c. stabilisce che l'istanza di annullamento dei genitori deve essere previamente autorizzata dal giudice tutelare allo scopo di verificare, nel caso concreto, le ragioni di necessità o utilità evidente del figlio per l'annullamento dell'atto[73].
Sotto il secondo profilo, ritengo che alle Dat del minore possa riconoscersi almeno una residuale efficacia di atto d'autonomia idoneo ad esprimere i desideri e gli orientamenti dell'autore. Le dichiarazioni del minore così manifestate andrebbero per lo meno tenute in considerazione, secondo quanto disposto dalla Convenzione di Oviedo e in linea con l'indirizzo interpretativo della Suprema Corte di Cassazione che, nella decisione sul caso Englaro, ha chiaramente attribuito un importante valore concorrente alla volontà dell'incapace ricostruita *ex post* sulla base di dichiarazioni rese in diversi precedenti momenti della vita, inclusi quelli in cui Eluana era ancora minorenne.
Quanto argomentato porta a concludere che le Dat del minore d'età sono atti che hanno, e tendenzialmente conservano, una, seppur ridotta, efficacia e che possono assumere un peso specifico nelle decisioni sanitarie che dovessero interessare l'autore capace di discernimento successivamente divenuto incapace di esprimersi a causa di una patologia o di un improvviso trauma sopravvenuto.

5. Atti di ultima volontà e interessi esistenziali del minore: per una rilettura di alcune norme ancora esclusivamente focalizzate sull'incapacità legale di agire.

Gli atti finora esaminati sono destinati a regolare interessi personali del minore in vita.
Quando si discorre della fine dell'esistenza è necessario tuttavia considerare altresì alcuni atti *mortis causa*, che ugualmente riguardano prerogative tipiche della persona, per valutare come il nostro ordinamento si approcci al soggetto minorenne che voglia regolare autonomamente i propri interessi.
Mi riferisco, in particolare, ad alcune scelte destinate a operare *post mortem* che abitualmente appartengono al contenuto del cd. testamento biologico, nella parte in cui si configura quale atto di ultima volontà. Si pensi alla donazione di organi e tessuti, alla destinazione del proprio corpo per finalità didattiche e di ricerca scientifica, alle opzioni individuali sul rito (civile o religioso) del funerale, sulla cremazione o inumazione del cadavere, sulla sepoltura.

[73] Cfr. E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'"interesse del minore")*, in *Dir. fam. pers.*, 3, 2014, 1150, laddove sottolinea che «l'annullabilità del contratto per la minore età di una delle parti si giustifica in funzione dell'esclusivo interesse del minore che è qualcosa di diverso e di più ampio di una semplice misura protettiva» e aggiunge che «al di là delle formule tradizionali, la minore età non si traduce in un divieto per il minore di compiere atti di autonomia privata, risolvendosi, piuttosto, nell'efficacia non definitiva dell'atto che può essere rimossa se non risponde agli interessi del minore» (p. 1153).

A quelle appena indicate, soprattutto per i più giovani che fanno largo uso di social network, si aggiungono poi le decisioni relative alla cd. identità digitale[74] nella misura in cui sia possibile esercitare un controllo sulla stessa per il tempo in cui si sarà cessato di vivere[75].
Taluni dei profili richiamati sono regolati da discipline speciali che espressamente escludono la capacità del minore al compimento dei relativi atti. In altri casi, occorre applicare la disciplina generale riferibile agli atti personali unilaterali *mortis causa*, la quale ugualmente, sulla base delle tradizionali categorie della capacità e incapacità di agire, condurrebbe a ribadire, in via astratta, l'inidoneità del minore d'età al compimento di negozi validi.
Per quanto riguarda, ad esempio, la dichiarazione di volontà in ordine al prelievo e il trapianto di organi e tessuti dopo la morte[76], la legge n. 91 del 1999, all'art. 4, predispone un meccanismo di "silenzio-assenso informato" secondo il quale «i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione». Com'è noto, il meccanismo – ispirato all'esigenza di conciliare il rispetto della volontà della persona con la concezione del cadavere quale *res* utilizzabile per scopi terapeutici di interesse collettivo – è rimasto lettera morta e, in ogni caso, è escluso che si applichi ai minori d'età[77].
Nonostante la terminologia utilizzata dal legislatore, è pacifico che l'atto con il quale si dispone nel senso indicato dalla norma non sia qualificabile come donazione. Si tratta piuttosto di un atto di liberalità *mortis causa*[78] e, più precisamente, «di un negozio unilaterale, a causa di morte, revocabile, a contenuto non patrimoniale, con il quale il soggetto dispone (o non esprime una volontà contraria) per il tempo in cui avrà cessato di vivere in ordine alla possibilità che organi e/o tessuti vengano prelevati dal suo corpo a scopo di trapianto terapeutico a favore di soggetti indeterminati e indeterminabili»[79]. Comunque lo si qualifichi, davanti all'esplicita esclusione legislativa, la conclusione dell'invalidità dell'atto compiuto dal minore d'età sembra inevitabile.
La legge, difatti, è chiara nell'affermare che «la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione è manifestata dai genitori esercenti la potestà». Essa tradisce, anche nella terminologia, un'impostazione antiquata che mette al centro il potere genitoriale invece che i *desiderata*

[74] Con ciò intendendosi quell'insieme di dati che quotidianamente forniamo utilizzando gli strumenti informatici. Dati che vengono conservati e collegati prevalentemente per generare bisogni di consumo e che creano per ciascuno un'identità digitale «che in parte combacia con quella reale e in parte la deforma» cfr. G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, 723 ss.
[75] Per approfondimenti sulle disposizioni di ultima volontà concernenti il patrimonio digitale, si rinvia a V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 2, 319 ss. e *amplius* ID., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Esi, 2018, spec. 282 ss.
[76] Fu la legge n. 578 del 1993 ad introdurre la definizione giuridica di morte tutt'ora in uso, che identifica la morte con la «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo», e a regolarne i metodi di accertamento.
[77] Il comma 3 della norma dispone, difatti, che la manifestazione di volontà sia preclusa ai minori e che la dichiarazione di assenso possa provenire dai genitori, solo di comune accordo In caso di mancato accordo tra i genitori non è possibile procedere alla manifestazione di disponibilità alla donazione. Nello stesso senso, Trib. Mantova, 25 agosto 2016.
[78] Cfr. D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 493 ss., 517.
[79] Così, M. C. Venuti, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam.*, 2, 2001, 827 ss., spec. par. 3.3.

dell'interessato. Tale lettura potrebbe, di fatto, essere superata in considerazione della funzione del ruolo genitoriale e degli interessi protetti, in nome dei quali un'eventuale volontà di assenso manifestata in vita dal figlio minorenne dovrebbe assumere un peso decisivo nella decisione dei genitori.

Per quanto attiene alle altre decisioni sopra indicate, quella sul rito del funerale e sull'eventuale cremazione del cadavere e dispersione delle ceneri, è evidente che si tratta di scelte molto delicate e personali che risentono delle inclinazioni e dei convincimenti morali e religiosi di ciascuno[80]. Può certamente affermarsi che sono decisioni con le quali la persona manifesta talune libertà costituzionalmente garantite rispetto alle quali l'attività sostitutiva genitoriale viene praticamente meno quando ad esercitare le libertà siano minori capaci di discernimento. Dato che a questa categoria di minorenni è pacificamente riconosciuta una piena autonomia nel manifestare la propria libertà religiosa[81], così come quella politica, non si vede perché le scelte in esame debbano essere precluse all'incapace legale assoggettando al regime dell'invalidità gli atti regolativi di interessi esistenziali destinati a produrre effetto dopo la morte dell'autore.

In una visione sistematica, è quanto meno singolare che il soggetto minorenne, che a partire da una certa età è ritenuto capace di esercitare liberamente alcuni diritti personalissimi, come il diritto all'uso della propria immagine e la libertà di espressione in tutte le sue forme, soprattutto nei contesti digitali, sia considerato giuridicamente incapace di compiere un gesto come la cd. donazione degli organi o le altre scelte di natura personale di cui si discorre. La discrasia è evidente e la soluzione di considerare invalido l'atto di ultima volontà compiuto dal minore a prescindere da una valutazione del singolo caso concreto e dell'interesse regolato non appaga.

La migliore dottrina ha suggerito da tempo di distinguere gli atti di ultima volontà regolativi di una situazione esistenziale, dagli atti a contenuto patrimoniale, propendendo per il riconoscimento della capacità di agire del minore con riguardo ai primi, così da considerarli validi quante volte sussista la relativa capacità di discernimento dell'autore[82]. Da ultimo, un'autorevole studioso ha rilevato che ipotizzare che l'atto di ultima volontà del minore diverso dal testamento sia sempre invalido «significa ipostatizzare una regola incapace di superare il controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza» e ha ribadito che «considerata la personalità umana come valore fondamentale, non è ragionevole isolare il profilo della titolarità delle situazioni esistenziali da quello della loro attuazione, specie quando si discorra dell'attuazione *post mortem*»[83]. Tale

[80] I principi regolatori della cremazione e dispersione delle ceneri sono fissati dalla legge 30 marzo 2001, n. 130 che affida le modalità di sistemazione delle spoglie mortali alla scelta espressa dal defunto o dai suoi familiari consentendo, peraltro, che una volontà implicita possa desumersi dalla iscrizione ad associazioni riconosciute che abbiano tra i propri fini statutari la cremazione del cadavere dei propri associati. Per i minori la volontà è manifestata dai rappresentanti legali (v. art. 3).

[81] La dottrina individua un importante fondamento normativo della piena autonomia del minore "capace di libere e consapevoli opzioni", in tema di scelta della fede religiosa, nella legge 18 giugno 1986, n. 281, laddove, all'art. 1, è sancito il diritto del minore di scegliere, al momento dell'iscrizione alla scuola secondaria superiore, se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica.

[82] P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., spec. 300 ss., laddove si legge «anche ammettendo la sopravvivenza della dicotomia capacità giuridica-capacità di agire per le situazioni patrimoniali, la medesima conclusione non s'impone per quelle esistenziali, dove i ritmi di crescita della persona umana ed i criteri di valutazione sono necessariamente diversi. Sì che impedire al minore di compiere l'attività che è manifestazione dei fondamentali attributi della persona significa non solamente negargli la capacità giuridica quanto privarlo della stessa soggettività».

[83] Così V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, cit., 183.

dottrina si spinge perfino a sostenere un'interpretazione abrogante, sia delle norme in materia di dispersione delle ceneri, sia di quelle in materia di trapianto di organi nella parte in cui sembrano espressamente escludere la validità dell'atto di ultima volontà compiuto dal minore.
Sarebbe certamente auspicabile che al minore d'età, dotato di una comprovata capacità di giudizio, si assegni un autonomo ruolo decisionale con riguardo alle scelte di carattere personale, quandanche le stesse entrino in contrasto con la posizione genitoriale[84].
Assecondando la proposta ricostruttiva, la possibilità di realizzare importanti aspetti dell'identità personale del minore, in una con la tutela della salute e della vita di altre persone[85], verrebbe ad ampliarsi in modo del tutto compatibile con la più moderna concezione che valorizza la capacità di discernimento dei soggetti infra-diciottenni[86] e nel rispetto dei valori solidaristici che la Carta Costituzionale pone a fondamento del sistema.

[84] Cfr. P. STANZIONE - B. TROISI, *op. cit.*, 65 s., laddove si osserva che la difficile coesistenza, se non addirittura il latente conflitto, tra l'esigenza dell'ordinamento di riconoscere e garantire l'autodeterminazione del minore, da una parte, e le prerogative della responsabilità dei genitori, dall'altra, trova composizione – secondo una parte della dottrina – in considerazione della gerarchia di valori costituzionali. Essa consente di attribuire una prevalenza alla dignità umana e allo sviluppo della personalità del minore, dotato di discernimento, nell'ipotesi di contrasto con la posizione genitoriale, secondo una valutazione comparativa che, tuttavia, non può prescindere da un oggettivo giudizio che garantisca il rispetto dell'effettivo interesse del minore.
[85] Penso ai beneficiari di trapianti di organi o tessuti e alla collettività in genere che trarrebbe indirettamente giovamento da atti quali quelli di autorizzazione dell'uso del cadavere per scopi di ricerca scientifica.
[86] Nella dottrina più recente, propendono per una modulazione della capacità di compiere atti giuridici basata sull'effettiva capacità di discernimento e non sull'età, M. PORCELLI, *Minori d'età e rapporti giuridici non patrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 2, 581 ss.; F. LONGOBUCCO, *Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 4, 1642 ss. In una più ampia prospettiva, con riferimento a tutti gli atti, patrimoniali e non: E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato*, cit., 1141 ss.; F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2014, 426 ss., il quale osserva: «se l'ascolto del minore (capace di discernimento) è volto alla tutela delle sue situazioni esistenziali, ciò significa che egli è in grado di compiere atti di esercizio di quei diritti fondamentali» (p. 439) per poi arrivare a sostenere che «se la capacità di discernimento è il presupposto dell'esercizio delle situazioni di natura esistenziale, essa non può che esserlo anche in relazione all'esercizio di quelle di natura patrimoniale, soprattutto considerato che queste ultime si trovano in posizione servente o strumentale rispetto alle prime» (p. 443). L'autore non manca peraltro di ricordare che «la libera autodeterminazione del minore capace di discernimento nell'ambito dei diritti personali e di libertà incontra sempre il limite derivante non solo dalla necessità di tutelare gli altri suoi interessi fondamentali costituzionalmente garantiti, ma anche dalle esigenze educative connesse all'esercizio della potestà genitoriale» (p. 446).

Oltre l'autodeterminazione. I confini del diritto nei casi Gard ed Evans.

di ***Benedetta Vimercati*** *(assegnista di ricerca in diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano)*

Uno dei temi più significativi e al contempo spinosi che il diritto è chiamato ad affrontare nell'ambito delle decisioni di fine vita è il contrasto tra l'affermazione della libertà personale e i meccanismi attraverso cui si invera l'esercizio di tale diritto. Non sempre, però, il diritto è capace di disciplinare le particolarissime e travagliate vicende che riguardano la cura di pazienti non ancora dotati della capacità di agire, quali gli infanti. Esempi emblematici in questo senso sono i recenti casi Gard ed Evans e le modalità predisposte dal sistema britannico per regolamentarli: di fronte agli obiettivi ostacoli nell'accertamento dell'autodeterminazione del singolo, può dirsi esaustivo e soddisfacente il criterio del best interest of the child? Quale il rapporto tra questo criterio, sempre più ammantato di oggettività (di scientificità), e l'esercizio della libertà degli esercenti la responsabilità genitoriale?

One of the most sensitive challenges that law is called to face within the end of life issues is the link between the recognition of the right to self-determination and the mechanisms through which this right is guaranteed and implemented. Nonetheless, there are situations where the right to self-determination cannot be seen as the lode star aimed to unravel the knot. Examples are cases involving children or infants whose choices are impossible to derive. When contrasts arise between doctors and parents, how can the law address these conflicts? In this perspective, the paper offers food for thought moving from the analysis of two cases: the Charlie Gard case and the Alfie Evans case. Can the best interest standard be considered as exhaustive? Which is the link between this criterion (more objective because based on scientific knowledge) and the parents' choices?

Sommario: **1.** Dall'autodeterminazione all'eterodeterminazione. – **2.** I casi Gard ed Evans: quale eterodeterminazione?. – **3.** Il contesto giuridico di riferimento: l'istituto della *parens patriae jurisdiction*. – **3.1.** *Family autonomy* e limiti dei "poteri genitoriali". – **4.** Le decisioni dei giudici inglesi alla luce del *best interest of the child*. – **4.1**. *Best interest* o *significant harm*: questo è il problema? – **5.** Una riflessione d'insieme. L'accertamento dell'accanimento terapeutico tra auto ed eterodeterminazione. – **5.1.** Dal particolare al generale e viceversa: una strada a doppio senso. – **5.2.** Futilità delle cure e futilità della vita: una pericolosa consequenzialità. – **5.3**. Il vacillare di una tradizione secolare di fronte alla complessità delle sfide bioetiche e biogiuridiche. – **6.** Dai confini del giudice ai confini del diritto. Riflessioni conclusive sul rapporto medico-paziente (e diritto).

1. Dall'autodeterminazione all'eterodeterminazione.

Nelle pagine di Delitto e Castigo, nel corso di uno dei dialoghi più drammatici che si consuma tra Sonja e Raskolnikov, Sonja sente il suo cuore stretto da alcune assordanti domande: «Può mai la vita d'un uomo dipendere dalla mia volontà? E chi mi ha eletta a giudicare se un essere debba vivere o se non debba vivere?».

Pur con tutte le sfumature giuridiche dei casi specifici[1], questa deve essere la portata lacerante delle domande che accompagnano qualunque soggetto implicato in decisioni nell'ambito delle scelte di fine vita[2].

Se quello che pone Dostoevskij è un interrogativo essenzialmente morale, vi sono dilemmi che, posti nell'area del pre-giuridico, si intersecano con la dimensione giuridica e sfidano le categorie del diritto oltre che il singolo operatore giuridico implicato nella fattispecie concreta.

Laddove diritto, scienza e morale si intrecciano emergono una molteplicità di problematiche intorno alle quali si è ancora alla ricerca di una risposta: quale il rapporto tra la vita e la morte; cosa si intende con dignità e qualità della vita; fino a che punto il bene vita deve o può essere tutelato a prescindere dalla sua qualità; cosa si intende con accanimento terapeutico e quando una terapia può essere considerata futile; quali i limiti della sperimentazione, tra il tecnicamente possibile e l'eticamente/moralmente lecito; quali le condizioni che consentono l'applicazione di una "cura compassionevole"[3]; quale, nelle decisione che riguardano i minori, il peso da riconoscere alle scelte dei genitori e quali i criteri attraverso cui è possibile offrire un contenuto

[1] Amato, riferendosi alla ricerca del *best interest*, cuore dei casi Gard ed Evans che qui si trattano, riconosce come esso «si articola entro il filo sottile che divide killing da letting die, treat to die da allow to come to an end peacefully and with dignity» (S. AMATO, *Lasciar morire o lasciar soffrire?*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 11.

[2] Citando alcuni passaggi della sentenza di Justice Hayden nel caso di Alfie Evans, D'Aloia li definisce «una bellissima pagina di consapevolezza, da parte del giudice, del "peso" morale della sua decisione per i genitori del piccolo Alfie» (A. D'ALOIA, *Editoriale. Il caso Alfie Evans e la "fragile" potenza del diritto*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 2).

[3] Con cura compassionevole si intende un trattamento terapeutico teoricamente validabile, ma non ancora verificato nella sua efficacia e sicurezza per un uso specifico. Nel nostro contesto ordinamentale, il tema della cura compassionevole è oggetto di un parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 2015, che si era già espresso sul punto nel 1998, in occasione delle polemiche suscitate dal caso Di Bella. In quest'ultima occasione, l'intervento si è invece reso necessario a fronte del "caso Stamina" che – come sottolineato dallo stesso Comitato – a differenza del precedente, non metteva in discussione «l'applicazione combinata di farmaci già studiati, ma addirittura l'impiego in singoli pazienti di un trattamento non ancora autorizzato e in gran parte sconosciuto» (cfr. CNB, parere "Cura del caso singolo e trattamenti non validati (c.d. uso compassionevole), 27 febbraio 2015, disponibile sul sito http://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-e-risposte/cura-del-caso-singolo-e-trattamenti-non-validati-cd-uso-compassionevole-allegata-una-nota-giuridica-sul-tema/). Anche a livello europeo le cure compassionevoli sono oggetto di riflessione e di regolamentazione: si rimanda, in proposito, a https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/committee/stamp/2016-03_stamp4/6_compassionate_use_background_paper.pdf e alle guidelines dell'EMA https://www.ema.europa.eu/documents/regulatory-procedural-guideline/guideline-compassionate-use-medicinal-products-pursuant-article-83-regulation-ec-no-726/2004_en.pdf. Nel Regno Unito, si rinvia a quanto previsto dal documento "Medicines for Human Use" del 2004, redatto in conformità alla regolamentazione europea.

concreto al *best interest of the child*; quale il miglior rapporto tra medico, paziente e famiglia del paziente[4].

Un articolarsi di quesiti che, a ben guardare – soprattutto attraverso le lenti del diritto costituzionale –, può trovare sintesi in una delle più cruciali questioni che tocca direttamente il cuore del costituzionalismo e degli Stati liberali o di derivazione liberale, ovverosia il ruolo e il potere dello Stato nonché il limite di tale potere[5].

La soluzione adottata nella maggior parte dei sistemi costituzionali si articola attorno alla delineazione del diritto di autodeterminazione. Come noto, quest'ultimo è stato elevato a principio cardine nella tutela costituzionale dei diritti fondamentali ma anche, nello specifico, a strumento principe per la soluzione di conflitti nel campo della bioetica e del biodiritto, in contesti nei quali alla dimensione pre-giuridica, umana, culturale, religiosa, morale viene data voce, con diverse intensità[6], attraverso il formarsi e il manifestarsi di un atto di volontà sulla propria vita o sulla propria morte[7].

Una simile necessità di intensificazione, che attecchisce sul terreno dell'eccedenza assiologica del principio personalista e del binomio "libertà-dignità" posto a fondamento delle Carte costituzionali contemporanee[8], acquista ancor più vigore alla luce delle acquisizioni del progresso scientifico in ambito medico-clinico. L'evoluzione della scienza ha portato con sé la capacità di prolungare la vita in situazioni naturalmente non sostenibili, in condizioni cliniche finanche disperate incidendo, quindi, sulla naturalità dell'evento morte. In questo rinnovato quadro

---

[4] E, persino (pensiamo al caso Evans), quale il senso della concessione della cittadinanza da parte di uno Stato straniero. Si ricordi infatti che, quale tentativo estremo, il Consiglio dei Ministri aveva conferito la cittadinanza italiana ad Alfie Evans al fine di facilitare il suo trasferimento in Italia, affinché il bambino potesse essere ricoverato all'Ospedale Bambin Gesù che aveva prestato la propria disponibilità a prendersi cura del minore. La riflessione su questo aspetto che ha arricchito – in una prospettiva politico-giuridica – il caso non sarà oggetto del presente contributo. In proposito, si rimanda ai contributi in tema: B. PEZZINI, *Biopolitica e biodiritto nell'atto singolare di concessione straordinaria della cittadinanza ad Alfie Evans*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 54; E. LAMARQUE, *Alfie Evans cittadino italiano. Bene, certamente. Ma perché solo lui?*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 42; A. IANNÌ, *La concessione della cittadinanza italiana ad Alfie Evans: "best interests of the child" o "best interest of the government"*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 36.

[5] Cfr. *ex plurimis*, G. BOGNETTI, *Diritti dell'uomo (voce)*, in *Digesto discipline privatistiche*, Utet, 1989.

[6] Sulla base di queste diverse gradazioni, Casonato propone una modellizzazione dei diversi ordinamenti distinguendo tra modelli aperti, chiusi e modelli a tendenza impositiva (cfr. C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2018, p. 3).

[7] La morte è stata a lungo considerata un evento squisitamente naturale e, per questo, è rimasta a lungo esclusa dallo spazio giuridico-politico e dalle sue regolamentazioni pur con alcune eccezioni giustificate dalla necessità di stabilire un confine tra la vita e la morte, ultimamente funzionale alla pratica del trapianto di organi (Cfr. P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in AAVV, *Il diritto e la vita materiale*, Accademia Nazionale dei Lincei, 1984, p. 189, il quale si riferiva alla morte come ad un "dato scontato che non richiede enunciazioni). Nel nostro ordinamento, la definizione giuridica di morte viene offerta dalla legge n. 578 del 1993 "Norme per l'accertamento e la certificazione di morte", nella quale si accolgono le risultanze del Rapporto di Harvard, commissionato nel 1968 dal Preside della Facoltà di Medicina dell'omonima Università, al fine di definire un nuovo criterio di morte che, individuato nel cd. "coma irreversibile" o "sindrome della morte cerebrale", andava a sostituire quello della morte cardiaca irreversibile.

[8] Si rimanda, *ex plurimis*, a P. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional vision in Germany and the United States*, Westport, 2002; A. BALDASSARRE, *Libertà* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1990; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando)?*, in *Politica del diritto*, 2014, p. 515.

fattuale, il singolo invoca l'esercizio di tale diritto di libertà non, come avviene in altri ambiti, per godere dell'apporto positivo del progresso scientifico (si pensi alle tecniche di fecondazione artificiale) ma quasi come a difesa degli scenari aperti dall'ampliamento delle conoscenze scientifiche. La volontà del singolo si pone come una sorta di "contro-potere" rispetto alla scienza e all'uso distorto/abuso che di essa può essere fatto e, quindi, come uno strumento di resistenza ad una potenziale "tentazione tecnicistica" che agisce verticalmente nei confronti dello Stato e dell'autorità ma, altresì, nel rapporto orizzontale tra individui, in un rapporto tra libertà[9].
La forza dell'autodeterminazione non si gioca solo rispetto al singolo, capace e perfettamente *compus sui*, che può determinare – anche su un piano giuridico – il corso degli eventi che scandiscono la propria esistenza; essa diventa essenziale, attraverso dichiarazioni *ex ante* o forme di ricostruzione *ex post* (pur con tutte le criticità e difficoltà sollevate con riguardo a tale operazione[10]), financo per coloro che non siano più nelle condizioni di esprimere personalmente la propria volontà. Ancora, la valorizzazione dell'autodeterminazione si estende agli stessi minori destinatari di trattamenti terapeutici. Sono noti i passi, a partire dalla Dichiarazione Universale dei diritti del fanciullo delle Nazioni Unite[11] e con la Convenzione di Oviedo del Consiglio d'Europa[12], che hanno consentito di considerare il minore soggetto titolare di diritti[13] e di rendere giuridicamente rilevante la sua volontà, anche nelle scelte terapeutiche che lo coinvolgono, seppure con gradazioni diverse a seconda del grado di maturità e di consapevolezza[14].

---

[9] Si veda G. OPPO, *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, p. 371. Secondo Rodotà, le regole del vivere e del morire «hanno la loro radice nel rispetto dell'autonomia della persona. Nascono come regole di libertà e, quindi, devono essere tenute al riparo dai rischi e dalle tentazioni di tornare ad attribuire a soggetti esterni il potere di impadronirsi del corpo e del suo destino, senza tuttavia precludere la possibilità di una benefica "alleanza terapeutica" tra medico e paziente» (S. RODOTÀ, *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, pp. 252-253).
[10] Sulle problematiche e sulle criticità derivanti dall'implementazione dell'autodeterminazione di persone incapaci sia consentito rinviare a B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, 2014; si vedano altresì, *ex multis*, A. SIMONCINI – O.C. SNEAD, *I profili costituzionali delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, p. 7.
[11] Cfr. M. MARCHEGIANI, *Convenzione sui diritti del fanciullo*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Giuffrè, 2009, p. 161.
[12] Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, 1997, art. 6 "Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso", comma 2: «Il parere di un minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità». Si veda altresì la Convenzione di New York del 1989, art. 12: «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale».
[13] Sul progressivo riconoscimento dei minori come soggetti titolari di diritti si veda, *ex multis*, H. KOSHER – A. BEN-ARIEH – Y. HENDELSMAN, *The History of Children's Rights*, in ID. (ed. by), *Children's Rights and Social Work*, Springer, 2016, p. 9.
[14] Si veda, di recente, la legge italiana n. 219 del 2017 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento". In linea con la tendenza globale verso la valorizzazione della volontà del minore, l'art. 3 della legge si apre proprio prevedendo che «La persona minore di età (…) ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue

Al di là dei limiti giuridici positivi che alcuni ordinamenti decidono di frapporre all'estensione del diritto di autodeterminazione, talvolta è la stessa realtà a far subentrare alcuni ostacoli alla libera scelta del singolo. E questo avviene laddove tali scelte interessino soggetti *ab origine* impossibilitati a formare e/o ad esercitare alcuna forma di autodeterminazione. È nell'impatto con questo limite di realtà invalicabile che l'autodeterminazione deve lasciare il passo a scelte eterodeterminate.

Queste fattispecie possono sembrare di primo acchito le più semplici: qualora la ricostruzione della volontà del beneficiario non dovesse produrre risultati certi, o quantomeno dotati di un "sufficiente" grado di certezza, il principio di precauzione potrebbe/dovrebbe indurre il giudice a propendere per l'applicazione del brocardo *in dubio pro vita*, come ribadito in più occasioni dalla giurisprudenza d'oltreoceano [15]. Esse diventano però, paradossalmente, le fattispecie più complesse, nel sedimentare di problematiche che il diritto, con i suoi strumenti, non sembra capace di comporre incontrovertibilmente. *In dubio pro vita*, ma quale vita? Una vita vissuta in condizioni che la scienza definisce irrecuperabili e insuscettibili di miglioramento? E quale l'alternativa: la morte può essere preferibile ad una simile vita[16]? Chi è il soggetto "altro" che deve assumere la decisione e quale il criterio più idoneo per orientare questa eterodeterminazione[17]?

---

capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». Pur dando spazio alle preferenze del minore, la legge rimane saldamente ancora al concetto di consenso informato, la cui espressione o il cui rifiuto vengono attribuiti agli esercenti la responsabilità genitoriale sui quali ricade l'onere di «tenere conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità».

[15] Cfr., *ex multis*, *In Re Conroy*, 486 A.2d 1209, 17 gennaio 1985: «a surrogate decision-maker cannot presume that treatment decisions made by a third party on the patient's behalf will further the patient's right to self-determination, since effectuating another person's right to self-determination presupposes that the substitute decision-maker knows what the person would have wanted. Thus, in the absence of adequate proof of the patient's wishes, it is naive to pretend that the right to self-determination serves as the basis for substituted decision-making. (…) The surrogate decision-maker should exercise extreme caution in determining the patient's intent and in evaluating medical evidence of the patient's pain and possible enjoyment, and should not approve withholding or withdrawing life-sustaining treatment unless he is manifestly satisfied that one of the three tests that we have outlined has been met. When evidence of a person's wishes or physical or mental condition is equivocal, it is best to err, if at all, in favor of preserving life». Nella dottrina si rimanda a G. ANZANI, *Capacità di agire e interessi della personalità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, p. 509 ss.; G. GENNARI, *Soggetto di diritto e soggetto umano: la condizione giuridica negli «stati» intermedi*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, p. 943 ss.

[16] Cfr. L. VIOLINI, *Sul caso di Charlie Gard e sul compito arduo del giudice*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017, p. 944: «Né si può negare il senso di sconcerto che prende quando si pensa che i migliori interessi del bambino sono stati identificati nella fine della sua vita. Qui il diritto (ma anche la medicina, si può dire) vive una sorta di torsione al negativo visto che esso è strumento per una migliore vita, non morte. La morte, il nulla, non pare possa essere una sorta anche lontanamente migliore, né sembra condivisibile di primo acchito che vi sia una vita, anche la più difficile, che sia *no longer worth living* o che *the person would be better off dead*».

[17] Nel Regno Unito, negli ultimi dieci anni, le *Family Divisions delle High Corts of Justice* hanno giudicato numerosi casi di futilità terapeutica, molti dei quali riguardavano pazienti pediatrici (cfr. T.M. POPE, *Guest editorial: Charlie Gard's five months in court: better dispite resolution mechanisms for medical futility disputes*, in *Journal of Medical Ethics*, 2018, p. 436; nell'articolo, l'Autore ricostruisce i motivi che rendono il caso di Charlie Gard diverso dai precedenti e che hanno quindi concorso a portare questo specifico caso alla ribalta). Come affermato da J. SAVULESCU – T. DOUGLAS – D. WILKINSON, *cit.*, p. 434: «This case

2. I casi Gard ed Evans: quale eterodeterminazione?

I casi Gard ed Evans costituiscono un luogo privilegiato per affrontare queste domande, il cui essere laceranti appare con tutta evidenza anche nella polarizzazione dei commenti offerti dalla dottrina e nelle molteplici posizioni assunte all'interno dell'opinione pubblica[18]. Nei casi inglesi, infatti, la volontà dei pazienti non è solo difficilmente accertabile in via di diritto ma tale operazione diviene impossibile, in via di fatto, in ragione della loro età. Per questa ragione, la domanda sulla auto/eterodeterminazione non è, in queste fattispecie, un'opzione morale o giuridica ma una imposizione di realtà.

Analizzati sotto il profilo giuridico, i casi Evans e Gard presentano molti punti di contatto ma anche elementi che li differenziano l'uno dall'altro[19]. I punti di contatto sono rinvenibili nel fatto che i pazienti erano due minori, affetti da patologie rare e per le quali non si conosceva (e non si conosce oggi) alcuna possibilità di cura, i cui genitori spingevano per la prosecuzione delle terapie, contrastate dagli ospedali e dalle equipe curanti che ritenevano piuttosto conforme ai protocolli terapeutici la sospensione di ogni trattamento, sospensione che avrebbe comportato il decesso dei due piccoli pazienti. In entrambi i casi, la decisione era stata spostata dalle stanze dell'ospedale nelle aule dei palazzi di giustizia dove, dopo tutti i gradi di giudizio e dopo l'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si era giunti alla conclusione che fosse nel miglior interesse dei pazienti procedere con la sospensione delle cure.

L'autentico momento di *discrimen* tra i due casi è invece ravvisabile nelle ragioni poste a fondamento dell'opposizione alla sospensione dei trattamenti da parte delle due coppie di genitori; i genitori di Charlie Gard si contrapponevano alla opzione della sola terapia palliativa mossi dall'intenzione di sottoporre il bambino ad una terapia sperimentale mentre i genitori di

---

(Charlie Gard case, NdA), along with a subsequent one involving Liverpool infant Alfie Evans, highlights both the potential global dimensions of these ethical debates and the urgent need for ethical analysis».

[18] Un effetto lacerante che ha toccato anche la rigida dicotomia/polarizzazione che generalmente permea le questioni bioetiche (soprattutto nel contesto nazionale), dove si vedono scendere in campo una bioetica laica opposta ad una bioetica cattolica. Cfr., *ex multis*, G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Mondadori, 2009; E. SGRECCIA, *Bioetica cattolica e bioetica laica: a proposito di paradigmi*, in *Bioetica*, 2011, p. 27-34; P. BORSELLINO, *Esiste davvero la bioetica laica ed esiste ancora la bioetica cattolica?*, in *Bioetica*, 2007, p. 32; M. PALMARO, *Bioetica laica e cattolica: una distinzione possibile*, in *Bioetica*, 2007; U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Dalai Editore, 1998; M. MORI, *Di questo fascicolo e di una precisazione circa il ruolo del Cnb e la contrapposizione tra bioetica laica e bioetica cattolica*, in *Bioetica*, 2011, p. 561; L. SESTA, *Bioetica cattolica o bioetica laica? In margine a un recente dibattito*, in G. PALUMBO (a cura di), *Custodire la laicità nel tempo del pluralismo*, Franco Angeli, 2009, p. 129; F. D'AGOSTINO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Biogiuridica cattolica: valori giuridici fondamentali*, Aracne, 2014, p. 29.

[19] Questi elementi sono ricostruiti solo sulla base dei fatti per come presentati dalle sentenze che si sono susseguite nell'iter processuale. Come hanno rilevato Savulescu, Douglas e Wilkinson in un editoriale apparso sul *Journal of Medical Ethics*: «We have also reflected on how difficult it is to comment on specific cases when the information available is incomplete. It is highly likely that there are relevant features of Charlie's condition and of his case that are not in the public domain and that might make a difference to an assessment of ethical issues. Moral relativism is false, but ethics is highly context sensitive and dependent on the facts» (J. SAVULESCU – T. DOUGLAS – D. WILKINSON, *Philosophical medical ethics: more necessary than ever*, in *Journal of Medical Ethics*, 2018, p. 434). Per una ricostruzione più puntuale della vicenda di Alfie Evans si rimanda a S. BARBARESCHI, *Do Judges make …life? Una cronaca della vicenda giudiziaria del caso Alder Hey Children's NHSFoundation Trust c. Evans*, in *Cultura Giuridica e Diritto Vivente*, 2018. Per una ricostruzione dettagliata del caso Gard si rinvia invece a N. HAMMOND-BROWNING, *When doctors and parents don't agree: the story of Charlie Gard*, in *Journal of Bioethical Inquiry*, 2017, p. 461.

Alfie Evans non proponevano alcuna opzione di cura alternativa di tipo sperimentale ma chiedevano il mantenimento dei presidi che tenevano in vita il figlio.
Nello specifico, Charlie Gard era un bambino di 2 mesi quando i medici riconducono la sintomatologia di cui era affetto ad una sindrome genetica da deperimento mitocondriale, che determina il progressivo e irreversibile indebolimento muscolare (cd. sindrome da deplezione del DNA mitocondriale che, nel caso di Charlie, aveva intaccato la sotto-unità di una proteina, la RRM2B, dando vita ad una delle forme più gravi della sindrome[20]). Il quadro clinico fortemente compromesso nonché la presa di consapevolezza da parte dei medici del Great Ormond Street Hospital dell'esaurimento del ventaglio di interventi terapeutici a disposizione aveva portato questi ultimi a propendere per l'interruzione di tutte le cure e per il mantenimento della sola terapia palliativa, mentre i genitori, venuti a conoscenza di una terapia nucleosidica sperimentale condotta negli Stati Uniti, avevano chiesto di tenere in vita il bambino per attivare le procedure del trasferimento oltreoceano e iniziare così la terapia[21]. I giudici di tutti i gradi di giudizio erano stati però concordi nel negare la richiesta dei genitori, soprattutto muovendo dalla considerazione che la terapia sperimentale riguardava un ceppo diverso di malattie ed era, allo stato attuale, ad uno stadio primigenio dei trial clinici, essendo stata al più sperimentata su cavie animali e in assenza, quindi, di alcuna validazione scientifica sugli esseri umani.
Se per Charlie, pertanto, i medici erano giunti ad una diagnosi e il dilemma si poneva rispetto alla sottoposizione a terapia sperimentale, la malattia che aveva colpito Alfie Evans è ancora oggi sconosciuta. Alfie nasceva nel maggio del 2016 e dopo soli due mesi di vita si sono iniziati ad avvertire i primi sintomi di un forte ritardo dello sviluppo. È nel dicembre dello stesso anno che le condizioni cliniche di Alfie peggiorano drasticamente portando ad un ricovero urgente presso l'ospedale Alder Hey di Liverpool. Gli esami diagnostici a cui viene sottoposto il piccolo paziente rivelano come egli sia probabilmente affetto da un disordine neurodegenerativo di origine sconosciuta che aveva condotto Alfie in uno stato semi-vegetativo[22]. Alla luce di questo quadro clinico, considerato senza possibilità di recupero, i medici propongono la sospensione dei trattamenti e la somministrazione della sola terapia palliativa che avrebbe accompagnato Alfie verso l'inevitabile evento morte. È di fronte a questa richiesta che i due giovani genitori si rifiutano, portando a sostegno quanto loro prospettato da altre strutture specializzate, tra le quali

[20] RRM2B è la sotto-unità di una proteina, P53, responsabile della riparazione del DNA in caso di danneggiamenti, mutazioni o rotture della catena polinucleotidica. Per un approfondimento degli aspetti tecnico-scientifici si rimanda a Cfr. N. KROPACH – V. SHKALIM-ZEMER – N. ORENSTEIN – O. SCHEUERMAN – R. STRAUSSBERG, *Novel RRM2B mutation and severe mitochondrial DNA depletion: report of 2 cases and review of the literature*, in *Neuropediatrics*, 2017, p. 456; B. BORNSTEIN – E. AREA – K.M. FLANIGAN – J. GANESH – P. JAYAKAR – K.J. SWOBODA – J. COKU – A. NAINI – S. SHANSKE – K. TANJI – M. HIRANO – S. DIMAURO, *Mitochondrial DNA depletion syndrome due to mutations in the RRM2B gene*, in *Neuromuscular Disorder*, 2008, p. 453; A. BOURDON – L. MINAI – V. SERRE – J.P. JAIS – E. SARZI – S. AUBERT – D. CHRÉTIEN – P. DE LONLAY – V. PAQUIS-FLUCKLINGER – H. ARAKAWA – Y. NAKAMURA – A. MUNNICH – A. RÖTIG, *Mutation of RRM2B, encoding p53-controlled ribonucleotide reductase (p53R2), causes severe mitochondrial DNA depletion*, in *Nature Genetics*, 2007, p. 776.
[21] Terapia pionieristica a cui aveva aperto la strada il Dr. Michio Hirano della Columbia University. Una descrizione puntuale della terapia è offerta da S. BEGLEY, *5 things to know about the experimental treatment Charlie Gard might receive*, in *www.statnews.com/2017/07/17/charlie-gard-treatment/*, 2017.
[22] Cfr. *Alder Hey Children's NHS Foundation Trust v Evans*, [2018] EWHC 308 (Fam), 20 febbraio 2018, § 24 (Medical consensus): «Dr Samuels is very clear that Alfie's prognosis is futile. He notes that BG describes him as being in a "semi-vegetative state"».

il Bambin Gesù di Roma che proponeva una tracheotomia, finalizzata alla predisposizione della alimentazione per via artificiale e la prosecuzione della ventilazione. Anche in questo caso, l'esito dell'*iter* giurisdizionale fu il rigetto delle richieste dei genitori e l'accoglimento della prospettazione dei medici, con contestuale ordine di interruzione dei trattamenti sanitari.

3. Il contesto giuridico di riferimento: l'istituto della *parens patriae jurisdiction*.

Per comprendere nella loro interezza le decisioni dei giudici inglesi nei casi Evans e Gard occorre, in primo luogo, contestualizzarle all'interno delle scelte dell'ordinamento giuridico inglese e della tradizione di *common law*[23].

[23] Molti si interrogano su cosa accadrebbe se un caso Gard o un caso Evans avvenissero nel contesto ordinamentale italiano, soprattutto alla luce dell'approvazione della legge n. 219/2017. Con il recente intervento normativo, il nostro legislatore si è fatto carico di definire alcune linee fondamentali che devono indirizzare l'inizio, la prosecuzione o la cessazione di trattamenti terapeutici su minori, dedicando alla disciplina di questo aspetto l'art. 3. Anche laddove il minore non possa indicare alcuna preferenza, valorizzata con la legge in parola, il legislatore torna a parlare di consenso informato che deve espresso attraverso l'interposizione degli esercenti la responsabilità genitoriale, non accogliendo suggerimenti di mutamento del lessico che dovrebbero escludere la logica del consenso informato in presenza di soggetti impossibilitati a comunicare una qualsivoglia manifestazione di volontà. Una delle caratteristiche strutturali del consenso informato è infatti quella di essere personale; il che escluderebbe, oltre i confini della stretta personalità, di potersi parlare di consenso informato, dovendosi piuttosto propendere per una espressione autorizzatoria (Cfr. A. NICOLUSSI, *Il miglior interesse del bambino al centro del triangolo pediatrico: una cifra del modo di intendere la genitorialità e l'esigenza di un sensus communis*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 46; G.C. TURRI, *I diritti irrinunciabili del minore degente o malato*, in *Minori giustizia*, 2013, p. 330; L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 417). Al di là delle problematiche terminologiche, da cui traspare però una connotazione sostanziale di demarcazione tra le sfere di responsabilità, doveri e diritti dei soggetti che gravitano intorno al minore, di quali strumenti si dota il nostro ordinamento per risolvere le ipotesi di conflitto suscettibili di insorgere tra esercenti la responsabilità genitoriale sul minore e medici curanti? Sul punto la legge prevede una sola ipotesi di conflitto che potremmo definire "a senso unico". La disposizione attribuisce, infatti, la decisione ultima rispetto al trattamento sanitario al giudice tutelare nel caso in cui il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga, invece, che queste siano appropriate e necessarie (cristallizzando quanto già previsto nel codice deontologico e quanto già da tempo avveniva nel nostro ordinamento, anche grazie all'applicazione dell'art. 333 c.c. "Condotta del genitore pregiudizievole ai figli" che chiama in causa il giudice; cfr. Cfr. S. AZZINI, *Minore e decisioni di fine vita: tra volontà e miglior interesse*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, Esi, 2012, p. 157; B. LENA, *Trattamenti sanitari sui minori: potestà dei genitori e intervento del giudice*, in *Famiglia e Diritto*, 1999, p. 470). L'eventualità inversa in cui siano i genitori a spingere per la prosecuzione delle cure, a discapito della indicazione fornita dai professionisti sanitari non viene invece contemplata dal legislatore. Questa legislazione "a senso unico" è forse figlia di una cultura giuridica che ha visto per lo più risolvere queste situazioni complesse fuori dalle aule dei tribunali nel rapporto tra medico, paziente e genitori. Si potrebbe ipotizzare come il legislatore abbia pertanto prefigurato che l'unico caso plausibile in cui la struttura sanitaria decida per l'interruzione delle cure sia in ipotesi di accanimento terapeutico, rispetto alle quale debba trovare applicazione l'art. 1 comma 6. Tale disposizione pone infatti divieto al paziente (e a chi agisca per suo conto) di esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali. Posto di fronte a tali richieste, il medico rimane libero da ogni vincolo professionale che, altrimenti, in ragione della rilevanza giuridica del consenso informato, lo obbligherebbe ad intervenire assecondando la volontà così espressa. Dal momento che il divieto di accanimento terapeutico e il *best interest* costituiscono contenuto di norme deontologiche (art. 16), di norme di legge (la stessa legge 219/17, art. 2) e di pratiche clinico-assistenziali, ci si chiede se questo possa significare che sul medico rimanga una discrezionalità "orientata" in conformità della quale potrà liberamente intervenire (presumibilmente, in ipotesi dubbiose, avendo previamente consultato il

L'ordinamento inglese risponde alla domanda su chi debba essere il soggetto incaricato di assumere la decisione, nell'evenienza in cui famiglia e medici curanti presentino posizioni discordi, facendo aggio su uno dei principi più storicamente ancorati nel proprio sistema giuridico ossia la cd. dottrina del *parens patriae* che si declina nella *parens patriae jurisdiction*. In virtù di questo principio, tanto antico quanto ancora estremamente attuale e attualizzato nei sistemi di *common law*[24], i giudici sono delegati dal Sovrano ad esercitare l'attività giurisdizionale a beneficio di coloro che non sono nelle condizioni di prendersi cura di se stessi.
Nato inizialmente nel XIII secolo come strumento di protezione dei soggetti incapaci adulti[25], nel corso dei secoli questo istituto ha accolto nel suo raggio di azione anche i minori. Benché tale ampliamento sia stato favorito, secondo alcune ricostruzioni storiche, da un errore di stampa di due sentenze rispettivamente del 1610 e del 1658[26], nella giurisprudenza successiva essa è

proprio comitato etico) e dovendo semmai rispondere e allegare la prova della sussistenza dell'accanimento terapeutico o comunque della legittimità della propria condotta in sede processuale. Se questa potrebbe rappresentare una via, sicuramente più agevole è immaginare una applicazione in via analogica della disposizione di cui all'art. 3 che aprirebbe le porte alla risoluzione del conflitto davanti al giudice tutelare chiamato a decidere facendo applicazione del criterio del miglior interesse per il minore.

[24] Per una riflessione sull'istituto così come declinato all'interno di altri ordinamenti e sulle implicazioni che affiorano quando tale strumento viene calato nell'ambito di scelte in materia di fine vita, cfr. – con particolare attenzione all'ordinamento australiano – J. SEYMOUR, *The role of the Family Court of Australia in child welfare matters*, in *Federal Law Review*, 1992, p. 1; A. GRAHAM, *Parens Patriae. Past, Present and Future*, in *Family Court Review*, 1994, p. 184; J. EADES, *Parens patriae jurisdiction of the Supreme Court is alive and kicking*, in *Law Society Journal*, 2000, p. 52; L. WILLMOTT – B. WHITE – K.M. SMITH, *"Best interests" and withholding and withdrawing life-sustaining treatment from an adult who lacks capacity in the parens patriae jurisdiction*, in *Journal of Law and Medicine*, 2014, p. 920; L. WILLMOTT – B. WHITE – N. BHATIA, *When is it in a child's best interests to withhold or withdraw life-sustaining treatment? An evolving Australian jurisprudence*, in *Journal of Law and Medicine*, 2018, p. 944. Con riferimento al sistema indiano si vedano: Editorial, *Doctrine of Parens Patriae: Applicability in Medical Profession*, in *Journal of Indian Academy of Forensic Medicine*, 2011, p. 98; A. SHAIKH, *Guardianship Laws of Minor in India and Western Countries: A Comparative Exploration*, in https://ssrn.com/abstract=2713782, 2014; P. ISHWARA BAHT, *The parens patriae role of the Courts in the matter of public trusts under §92 of the civil procedure code: expectations, contributions and limitations*, in *NUJS Law Review*, 2014, p. 205.

[25] Le origini della *parens patriae jurisdiction* sono descritte da H. THEOBALD nell'opera *The Law Relating to Lunacy* (1924); mutuato dalla tradizione di romana memoria del Parens Patriae, titolo onorario riconosciuto a imperatori come Giulio Cesare e Cesare Augusto, essa si afferma nell'Inghilterra feudale, con riguardo a persone *non compos mentis* e, in particolare, durante il regno di Edward I (1272-1307): «The most probable theory us that either by general assent or by some statute, now lost, the care of persons of unsound mind was by Edw. I taken from the feudal Lords, who would naturally take possession of the land of a tenant unable to perform his feudal duties». Sulle origini della *parens patria jurisdiction* si rimanda, inoltre, a P.L.G. BRERETON, *The Origins and Evolution of the Parens Patriae Jurisdiction*, in *http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/2017%20Speeches/Brereton_050517.pdf*, 2017; M.S. THOMAS, *Parens Patriae and The States' Historic Police Power*, in *SMU Law Rev*, 2016, p. 759; M. MCGLYNN, *Idiots, lunatics and the royal prerogative in early Tudor England*, in *The Journal of Legal History*, 2005, p. 2.

[26] L.B. CUSTER, *The Origins of the Doctrine of Parens Patriae*, in *Emory Law Journal*, 1978, p. 195. Come riporta J.D. HENRY, *The right to die. Limits of the parens patriae jurisdiction*, in *http://www5.austlii.edu.au*, 2017: «In his article *The Origins of the Doctrine of Parens Patriae* Lawrence Custer suggests the inclusion of infants within the parens patriae jurisdiction's protection of idiots and lunatics may have flowed from a printer's error in Lord Coke's reporting of *Beverley's Case* in 1610 and again in 1658. The error substituted the word "infant" in place of the word "idiot" in the report's reference to an explanation by Anthony Fitzherbert's treatise, *Natura Brevium*, on the nature of the King's protective duty towards idiots».

diventata parte integrante delle modalità applicative dell'istituto. E, questo, grazie all'innescarsi di un sillogismo logico per cui se gli incapaci non possono prendersi cura di se stessi e se la *ratio* della *parens patriae jurisdction* è di offrire tutela a chi non possa prendersi cura di sè, allora questa tutela si rende necessaria anche per i minori orfani che, per eccellenza, sono soggetti incapaci di autotutelarsi[27]. Successivamente, i giudici inglesi compiono un ulteriore passo assumendo l'incarico di *decision-makers* anche nei confronti di minori non orfani ma i cui genitori non siano nelle condizioni di esprimere una scelta confacente con il *welfare* del minore stesso[28].
Tale istituto, radicatosi nel tessuto giuridico britannico per il suo intento positivo (un afflato solidaristico della società e delle sue istituzioni nei confronti di soggetti in condizioni di debolezza), rivela comunque le sue incertezze nel tracciare il limite del potere del giudice. In un saggio del 1994, Seymour stressava questa difficoltà mettendo a confronto due diverse pronunce dei tribunali del Regno Unito dalle quali traspaiono altrettante differenti concezioni dell'esercizio dei poteri di *parens patriae*. Se in una prima pronuncia emerge una concezione paterna (o parentale) che autorizza il giudice ad agire «in the place of a parent, as if it were the parent of the child»[29], nella seconda la Corte si investe di poteri più ampi di quelli dei genitori, consentendo di «invoking it to do more than fill the shoes of a parent»[30].
Pur essendo istituto di antica memoria, ancora oggi i giuristi inglesi si interrogano sull'estensione dei poteri connessi a tale *jurisdiction*, soprattutto laddove la *parens patriae jurisdiction* supplisca alle scelte genitoriali, non solo in ambiti confinati alla tutela dei beni patrimoniali del minore e

[27] In una sentenza del 1722, *Eyre v Sahaftsbury* (24 ER 659 – Ch 1722) si affermava: «Every loyal subject is taken to be within the King's protection, for which reason it is, that idiots and lunatics, who are uncapable to take care of themselves, are provided for by the King as pater patriae, and there is the same reason to extend this care to infants». È nella sentenza del 1827 *Wellesley v* Duke of *Beaufort* (*1827*) 2 Russ 1 che, ancor più direttamente, si impone il sillogismo che consente al giudice di estendere la parens patriae jurisdiction ai minori: «[it] is founded on the obvsious necessity that the law should place somewhere the care of individuals who cannot take care of themselves, particularly in cases where it is clear that some care should be thrown around them». In merito, si vedano le riflessioni di Seymour: «central to the explanation offered by Lord Somers was the view that the monarch's obligations to infant were the same as those owed to the mentally abnormal. On this analysis, infants were simply one group who were manifestly "incapable" and so the objects of royal protection» (J. SEYMOUR, *Parens Patriae and Wardship Powers: Their Nature and Origins*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, p. 159).
[28] Cfr. J. SEYMOUR, *cit.*, p. 178: «If the court did not immediately appreciate the extent of its power, part of the explanation may lie in the fact that initially all the emphasis was placed on wardship procedures rather than on the parens patriae powers which informed these procedures. As has been shown, wardship originated in the need to fill the gar created by the death of a parent. If children were orphaned, the State had to step in so that decisions could be made about the administration of their property and their custody and upbringing».
[29] Sent. *R v Gyngall* (1893) 2 QB, in occasione della quale Lord Esher affermava: «That was not a jurisdiction to determine rights as between a parent and a stranger, or as between a parent and a child, it was a paternal jurisdiction, a judicially administrative jurisdiction, in virtue of which the Chanchery Court was put to act on behalf of the Crown, as being the guardian of all infants, in the place of a parent, and as if it were the parent of the child, thus superseding the natural guardianship of the parent».
[30] Il rimando è alle parole di Lord Donaldson in *Re R* (a minor) (wardship: medical treatment) (1991) 4 All ER: «The practical jurisdiction (of a court exercising parens patriae powers) is wider than that of parents. (…) This jurisdiction is nit derivative from the parents' rights and responsibilities, but derives from, or is, the delegated performance of the duties of the Crown to protect its subjects and particularly children». Sempre Lord Donaldson nella causa Re W (1992 4 All ER Fam) affermava: «there is an ample authority for the proposition than the inherent powers of the court under its parens patriae jurisdiction are theoretically limitless and that they certainly extend beyond the powers of a natural parent».

neppure in quelli, comunque sensibili, in cui si tratti di definire la migliore condizione di vita del bambino nell'ambito della *child custody*, ma in tutte quelle circostanze in cui si metta a tema la prosecuzione o meno di un trattamento da cui dipenda la vita di un minore e rispetto alla quale si registri una insolubile discordanza di visioni tra i medici e i genitori.
Questa concezione emerge chiaramente dalle parole di Justice Francis nell'ultima decisione del luglio 2017 nel caso Gard: «In this country children have rights independent to their parents. Almost all of the time parents make decisions about what is in the best interest of their children and so it should be. Just occasionally, however, there will be circumstances such as here where a hospital and parents are unable to decide what is in the best interest of a child who is a patient at that hospital. It is precisely because the hospital does not have power in respect of that child that this hospital makes an application to the court, to an independent judge, for a determination of what is in that child's best interest».
L'ordinamento inglese presume, quindi, che la miglior decisione sia quella derivante da un soggetto indipendente e oggettivo, perché non influenzato da fattori affettivi o da altri elementi di valutazione estranei[31] i quali, se assecondati, potrebbero condurre ad un affievolimento del miglior interesse del bambino.
Una oggettività e indipendenza che vengono supportate da un altro soggetto che viene affiancato al minore, il *guardian*, la cui figura contribuisce a separare e autonomizzare la posizione giuridica del minore rispetto al suo contesto familiare e, nello specifico, rispetto a quella dei genitori. Questo è un altro aspetto peculiare del sistema inglese, che marca un ulteriore elemento di differenziazione rispetto ad altri sistemi anch'essi di *common law* e di derivazione giuridica analoga.
In UK, infatti, sulla base del *Children Act* del 1989, si è intervenuti su talune regole processuali racchiuse nelle *Family Procedure Rules* e, specificamente, sulle *rules* 16.2 e 16.4, ai sensi delle quali: «the British legal system holds the power to appoint a separate legal guardian for the children in legal conflicts at any point in the case, either by application or by judicial appointment»[32]. Il fattore di peculiarità discende dal fatto che questo affiancamento avviene sempre, anche qualora il minore sia accompagnato da un soggetto che ne esercita la responsabilità genitoriale e non come accade in altri ordinamenti, come quello statunitense, ove l'affiancamento al minore di un soggetto terzo avviene solo qualora, a seguito di autonomo e separato processo di

[31] Si veda, sull'impatto che può avere l'elemento economico e l'incidenza dei costi della macchina sanitaria sulla decisione del medico, R.D.W. HAIN, *Voices of moral authority: parents, doctors and what will actually help*, in *Journal of Medical Ethics*, 2019, p. 459: «There are two good reasons why the medical team might get it wrong. The first is that doctors are not necessarily entirely disinterested. (…) For example, many intensivists feel they need to weigh the needs of that child against those of hypothetical children they might see in the future. That concern might well influence a judgement about how much the intervention will help the child in front of them. It is hard in practice to isolate the idea that a treatment is futile wholly from the idea that it is expensive».
[32] Ai sensi delle *Family Procedure Rules* del 2010, quando il minore è parte di una causa davanti ad un organo giurisdizionale, deve essere nominato un *guardian* che ne faccia le veci e che lo rappresenti: «it is the duty of a child's guardian fairly and competently to conduct proceedings on behalf of the child. The children's guardian must have no interest in the proceeding adverse to that of the child and all steps and decisions the children's guardian takes in the proceedings must be taken for the benefit of the child».

accertamento, si verifichi che l'esercente la responsabilità genitoriale non stia agendo nel miglior interesse del bambino[33].

3.1. *Family autonomy* e limiti dei "poteri genitoriali".

Se, quindi, la ragione per cui nel Regno Unito è il giudice il soggetto che deve intervenire per dirimere il conflitto tra medici e genitori si dipana nel solco della tradizione, ciò non significa che le domande sulla opportunità di una tale interposizione siano generalmente sopite. Senza voler qui inoltrarci nella comparazione tra diversi sistemi giuridici, occorre però ricordare che anche in altri ordinamenti tali fattispecie assumono una dimensione corale, all'interno della quale una delle plurime voci è quella del giudice.

Questo si spiega poiché vi sono situazioni rispetto alle quali la sostituzione del giudice nelle scelte che riguardano il minore o, comunque, un suo intervento sugli equilibri di un nucleo familiare, diventa strumento necessario di cui si dota l'ordinamento per tutelare il bene del minore stesso. E questa irruzione del giudice nella vita familiare è resa possibile da una considerazione di ordine generale circa il rapporto genitori-figli, visto non solo in prospettiva sociologica ma anche giuridica. Come è stato osservato, infatti, il legame che unisce genitori e figli non è un legame di possesso che facoltizza il genitore ad agire indiscriminatamente per il figlio e sul figlio, quasi che quest'ultimo sia una articolazione corporea di sé di cui, nell'esercizio dei propri spazi di autonomia, si possa disporre[34]. Gli ordinamenti (o per lo meno la maggior parte di essi) hanno a cuore tale primaria formazione sociale nell'ambito della quale il minore può trovare le condizioni per lo sviluppo della sua persona. Quella dei genitori deve essere quindi considerata, come afferma D'Agostino, una potestà di servizio teleologicamente orientata alla protezione del superiore interesse e benessere psico-fisico del minore[35].

---

[33] Per altri elementi di differenziazione tra sistema britannico e sistema americano, con particolare riguardo alle modalità di risoluzione delle controversie sorte su trattamenti terapeutici, si rimanda a J.J. PARIS – J. AHLUWALIA – B.M. CUMMINGS – M.P. MORELAND – D.J. WILKINSON, *The Charlie Gard case: British and American approaches to court resolution of disputes over medical decisions*, in *Journal of Perinatology*, 2017, p. 1268.

[34] Cfr. sent. Cass., 2 giugno 1983, n. 3776, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, p. 1352, nella quale la Suprema Corte statuisce come i figli «non possono mai essere considerati alla stregua di "cose" oggetto dei diritti del genitore». Una visione proprietaria, afferma Nicolussi, lontana da quella della responsabilità genitoriale, alla base della quale sta una concezione per cui «Il volere del figlio non è una mera espressione del volere dei genitori, ma è autonomo, e la scommessa culturale di questo modo di pensare è che la società in virtù di queste considerazioni, prosegue l'Autore, si possono inquadrare alcuni obblighi che l'ordinamento pone in capo ai genitori, ossia l'obbligo di istruzione e l'obbligo di vaccinazioni obbligatorie (cfr. A. NICOLUSSI, *cit.*, p. 47).

[35] Nel nostro ordinamento, la Carta costituzionale lascia intravvedere la rinnovata luce, rispetto al passato, con cui si guarda al legame tra genitori e figli (cfr. P. PASSAGLIA, *I minori nel diritto costituzionale*, in *www.personaedanno.it*, 2010: «Un primo elemento da sottolineare è l'inversione rispetto all'ordine comune tra il "dovere" ed il "diritto": la scelta di proporre in modo ribaltato la formula «diritto-dovere» non può essere casuale; essa deve essere interpretata come l'intenzione dei Costituenti di sottolineare la natura puramente funzionale di una posizione che, nel passato, era stata (e, nella prassi, sarebbe purtroppo stata ancora) connotata da forti similitudini con il "potere". In altri termini, i genitori hanno, sì, un diritto a "mantenere, istruire ed educare" i figli, ma questo diritto sussiste soltanto se percepito come un "dovere"; se il "dovere" non viene adempiuto, il "diritto" decade». Si veda altresì G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, 2015). Epitome di questa concezione è stata individuata, da una parte della dottrina, nel mutamento operato dal d.lgs. n. 154 del 2013 della potestà genitoriale in responsabilità genitoriale. Tale mutamento lessicale è stato letto come sintomo di un cambiamento

Il minore non è però solo parte della comunità familiare ma, a sua volta, è membro dell'intera comunità sociale[36] che, tramite le sue articolazioni istituzionali, è legittimata ad intervenire rispondendo alla medesima finalità teleologica che caratterizza il rapporto genitore-figli. Se il benessere del minore passa però attraverso una valutazione avente ad oggetto beni così essenziali come la salute e la vita di un bambino affetto da una grave malattia, è il giudice il soggetto più indicato a compiere tale scelta?

Pur nella consapevolezza che quella dei genitori non assume, come si accennava, i tratti di una potestà assoluta[37], l'ordinamento dovrebbe intervenire creando meccanismi che sostengano la decisione e che non ingenerino un anche solo "percepito" corto-circuito. Il giudice, con la sua interposizione, si muove – in questo senso – lungo una china scivolosa, che corre lungo i confini della giusta preoccupazione della necessità dell'intervento di un terzo per tutelare il bene del minore la quale, però, mal si concilia con l'ingenerarsi di una percezione per cui se è vero che i figli non sono di proprietà dei genitori essi diventano quasi di proprietà dello Stato. Una simile percezione può essere desunta, ancora una volta, dalla perentoria affermazione di Justice Francis nel caso Gard per il quale le aspettative, i desideri e le preferenze dei genitori, «however understandable in human terms, are wholly irrelevant to consideration of the objective "best interests of the child"»[38].

---

prospettico anche sul piano sostanziale, frutto di un percorso evolutivo che prende le mosse da letture organicistiche del nucleo familiare per abbracciare invece una prospettiva più individualistica, soprattutto con riguardo ai figli, che porta ad una "emancipazione" dei minori nella loro posizione sociale e giuridica (G. BERRETTA, *Introduzione*, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione*. *Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, 2014, p. XVIII; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 139). La stessa Relazione introduttiva al d.lgs. n. 154 del 2013 giustifica tale mutamento alla luce di una presa di coscienza favorita dal quadro normativo internazionale ed europeo (es. Regolamento Bruxelles II bis "Regolamento CE n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale"), dal quale si evince che il termine responsabilità genitoriale sia quello che «meglio definisce i contenuti dell'impegno genitoriale», rispetto al quale «i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori» (si veda C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1, secondo il quale il termine responsabilità «esprime meglio il senso dell'ufficio che compete ai genitori»). Espone alcune osservazioni critiche sul mutamento lessicale G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile,* in *Nuove leggi civili commentate*, 2014, p. 782): «la stessa scelta di ricorrere all'espressione "responsabilità genitoriale" appare criticabile sul piano squisitamente linguistico, sia sotto il profilo semantico e grammaticale (non si vede infatti come una responsabilità possa essere …esercitata!), sia sotto il profilo tecnico-giuridico». L'Autore sottolinea altresì come nessun atto legislativo europeo abbia mai richiesto e imposto tale mutamento tanto che solo il Portogallo è intervenuto sul suo codice civile sostituendo tale dizione con la tradizionale *Poder parental*. Per ulteriori osservazioni critiche si rimanda a P. SCHLESINGER, *Il D.Lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, p. 443; A. ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Giuffrè, 2014, p. 233.

[36] Cfr. G. MATUCCI, *cit*., p. 7

[37] Cfr. A. D'ALOIA, *cit*., p. 3.

[38] Si veda A. SIMONCINI – D. PROSPERI, *La legge non è la verità*, in *Il Foglio*, 23 maggio 2018: «Se in una situazione di dubbio il parere dello stato conta di più del parere di mio padre e di mia madre, questo vuol dire che il mio legame con padre e madre non viene prima dello stato (come invece letteralmente afferma l'articolo 2 della nostra Costituzione: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*…") ed è un legame che non ha più alcun significato e valore giuridico. Ma tutto ciò può avvenire in uno stato costituzionale, in uno

Ma essa emerge forse ancor con più forza dal *blackout* all'interno della sequenza argomentativa nella decisione di Justice Hayden nel caso Evans. Di fronte ad una decisione di interruzione delle cure che ha come esito fattuale la morte del bambino, perché negare tale trasferimento sulla base della motivazione per cui il trasporto potrebbe essere rischioso per la sua vita[39]? E, ancora, perché negare ai genitori la possibilità di scegliere almeno il luogo dove vivere gli ultimi istanti di vita del proprio bambino[40]?

Era forse rispetto a questi due profili che potevano darsi fenditure attraverso le quali recuperare la *family autonomy*, provando ad operare una valutazione del bene del bambino che tenesse conto anche della sua collocazione all'interno di un contesto familiare nel quale, come affermato dallo stesso giudice, la dignità e la vita di Alfie avevano trovato cura e sollievo[41].

4. Le decisioni dei giudici inglesi alla luce del *best interest of the child*.

Se il sistema consente che sia un terzo, il giudice, ad intervenire in decisioni sui minori e se, come la definisce Mnookin, la *family autonomy* [42] (locuzione più corretta di una invocata autodeterminazione dei genitori sul minore) deve mantenere un suo valore, dal punto di vista della "procedura", il rapporto tra genitori e figli può essere forse recuperato e fatto salvo tramite i criteri che sostengono il giudice (nei casi *de quibus*) nella formazione del suo convincimento.

Questa possibilità di recuperare spazi per una valorizzazione "ponderata" della *family autonomy* sembra in qualche modo trasparire dalle molteplici definizioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno fornito del criterio del *best interest of the child*, richiamato come stella polare (*lodestar*)[43] per le decisioni terapeutiche su minori.

---

stato che è nato affermando che i legami che costituiscono la persona precedono prima lo stato e il suo riconoscimento?».

[39] Cfr. *Evans and Another v Hey Children's NHS Foundation* [2018] EWCA Civ 805, 16 aprile 2018: «The plans to take him to Italy have to be evaluated against this analysis of his needs. There are obvious challenges. Away from the intensive care provided by Alder Hey PICU, Alfie is inevitably more vulnerable, not least to infection. The maintenance of his anticonvulsant regime, which is, in itself, of limited effect, risks being compromised in travel. The journey, self-evidently will be burdensome. Nobody would wish Alfie to die in transit».

[40] Lo stesso dott. Haas, ripreso da Justice Hayden nella sentenza, affermava che: «It is clear that in his best interest there should be a possibility for Alfie to live the possibly short rest of his life in dignity together with his family if this is the wish of his parents at home, which I believe is the best for him, outside a hospital or in a hospice or other form of caring institution».

[41] *Alder Hey Children's NHS Foundation Trust v Evans & Anor* [2018] EWHC 308 (Fam), 20 febbraio 2018, § 54: «I was greeted not merely with courtesy by the parents and a number of aunts and uncles but with a sincere and genuine warmth. I was and remain grateful to them. (…). F was, in my presence, assiduous to Alfie's care. He is entirely besotted with his son. M, both parents agree, is far less involved in Alfie's practical care and less confident. Her contribution, in my assessment, is of an entirely different complexion. She has, if I may say so, a zany and delightful sense of humour entirely free from self-regard or pomposity. Her love for her partner and her son was obvious. The atmosphere around Alfie was peaceful, dignified and though some might find it surprising for me to say so, very happy. The primary engine for all this is Alfie's mum».

[42] R. MNOOKIN, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, in *Law and Contemporary Problems*, 1975, p. 266: «a starting point that assumes that power and responsibility for children generally ought to be vested in private hands – essentially the family – except in cases where government rule can be justified»

[43] Cfr. C. BELLAMY, *The State of the World's Children*, Unicef, Oxford University Press, 1997: «Our lodestar must always be the best interests of the child».

Secondo Larcher, il *best interest* può essere definito come il «balancing and burdens of treatments and outcomes, whilst considering the ascertainable wishes, beliefs and values and preferences of the child and their family, the cultural and religious views of the latter, the views of those providing care for the child and what choices is least restrictive of future options»[44].
O, riprendendo le parole di Lady Hale nel *leading case Aintree University Hospital NHS Trust v James* (2013), «in considering the best interests of this particular patient at this particular time, decision makers must look at his welfare in the widest sense, not just medical but social and psychological; they must consider the nature of the medical treatment in question, what it involves and its prospects of success; they must consider what the outcome of that treatment for the patient is likely to be; they must try and put themselves in the place of the individual patient and ask what his attitude to the treatment is or would be likely to be; and they must consult others who are looking after him or interested in his welfare, in particular for their view of what his attitude would be»[45].
Forse ancora più ampia è la definizione che offre Justice Holman in *An NHS Trust v. MB*[46]: «Best interests are used in the widest sense and include every kind of consideration capable of impacting on the decision. These include, non-exhaustively, medical, emotional, sensory (pleasure, pain and suffering) and instinctive (the human instinct to survive) considerations»[47].
Un principio, quello che si ricava dalle definizioni proposte, che evoca i principi di beneficialità e di non maleficenza individuati nella dottrina del *principlism*[48] da Beauchamp e Childress che, insieme agli altri due principi dell'autonomia e della giustizia[49], sono nel tempo divenuti un vero

---

[44] V. LARCHER – F. CRAIG – K. BHOGAL – D. WILKINSON – J. BRIERLEY on behalf of the Royal College of Paediatrics and Child Health, *Making decisions to limit treatment in life-limiting and life-threatening conditions in children: a framework for practice*, 2015.
[45] Parole richiamate anche dal giudice Hayden nella sentenza sul caso Alfie Evans.
[46] *An NHS Trust v. MB (A Child represented by CAFCASS as Guardian ad Litem)* [2006] 2 FLR 319.
[47] Si veda H.J. TAYLOR, *What are "best interests"? A critical evaluation of "best interests" decision-making in clinical practice*, in *Medical Law Rev*iew, 2016, p. 176: «Whilst some inferences can be made from the jurisprudence, "best interests" as a concept was not defined, and the common law appeared to offer four distinct interpretations of this standard: 1. Best interests as determined by the patient's clinical needs; 2. Best interests taking into account a subjective evaluation of the patient's wider social and welfare preferences, separately and subsequent to the doctor's determination of clinical interests (or "best *medical* interests"); 3. Best interests as an objective evaluation of what the "reasonable" patient's preferences would be, if patient in question's views are not known; 4. Best interest as a conflation of clinical and wider welfare issues».
[48] Cfr. J.D. MORENO, *Ethical and legal issues in the care of the impaired newborn*, in *Clinics in Perinatology*, 1987, p. 356: «in the case of non-competent patients – those who never have been in a position to develop relevant preferences such as young children (…) some best interest test, founded on the ethical principle of beneficence, seems required».
[49] Nell'esercizio della professione medica, la beneficialità viene in rilievo come orientamento finalistico per la delineazione di uno specifico modello di rapporto medico-paziente. Sul punto si è espresso anche il Comitato Nazionale di Bioetica, con il parere "Formazione e consenso all'atto medico" del 20 giugno 1992: «Il modello della beneficialità, in accentuata contrapposizione al modello tecnicistico, assume nella definizione della professione medica entrambe le anime. La competenza tecnica convive infatti in questo modello con l'elemento solidaristico che si oggettivizza nell' "impegno morale del medico di agire nell'interesse del malato, considerato nella sua globalità". La beneficialità non riguarda il mero elemento oggettivo ma comprende, in una visione di più ampio respiro, il bene del paziente, inteso tanto in senso fisico, quanto morale» (cfr. B. VIMERCATI, *cit*., p. 21). Sui modelli di rapporto medico-paziente, si rimanda

e proprio paradigma bioetico, uno strumento che deve aiutare l'operatore sanitario nella risoluzione di dilemmi etico-morali laddove, in presenza di una pluralità di opzioni tra loro incompatibili, si ponga il problema di definire quale di esse sia da perseguire[50]. Come è stato infatti affermato, proprio con riferimento ai casi Gard ed Evans, «Where there are no options, there are no ethical questions. However, once there are options, there arise pressing questions about whether to pursue them. (…) We require values and principles to decide how to use medicine and science»[51].

Incastonando il *best interest* in questa cornice di principi, ma anche prendendolo singolarmente alla luce delle sue definizioni, emerge però fin da subito uno degli aspetti che ha alimentato le perduranti critiche sull'uso di tale criterio. Esso possiede, infatti, il fascino delle formule su cui si catalizza un diffuso consenso ma che, al contempo, scontano le criticità di un rapporto inversamente proporzionale tra il riconoscimento della loro essenzialità ed importanza, da un lato, e la loro definizione, dall'altro. Come avviene per il concetto di dignità umana, quanto più vi è concordanza sul fatto che si tratti di un concetto centrale, indiscutibile nel suo valore normativo, tanto più però aumenta il dissenso rispetto al contenuto che però, inevitabilmente, ne influenza l'impiego concreto.

Il *best interest* vive, in questo senso, la medesima sorte del principio dignitario, al punto che molte voci in dottrina hanno attribuito a questa espressione non lusinghieri appellativi: formula magica[52], scatola vuota[53], espediente retorico o espediente argomentativo *bon à tout faire*[54], comodo *pass-partout* interpretativo[55], icona linguistica[56], *an empty mantra*[57], etc. Appellativi che si giustificano alla luce di considerazioni empiriche, dal momento che il principio, calato in fattispecie identiche o analoghe, è stato capace di condurre a soluzioni finanche antitetiche.

Nonostante tali critiche, il *best interest* si è consolidato come il *paramount principle* per la decisione giurisdizionale e ha subito quella evoluzione che lo ha consegnato oggi nella sua veste

---

a E.J. EMANUEL – L.L. EMANUEL, *Four models of the physician-patient relationship*, in *Journal of the American Medical Association*, 1992, p. 2221. Per una riflessione più approfondita sui modelli del rapporto medico-paziente cfr. altresì A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Giuffrè, 1999, p. 119.

[50] Anche se dubbi sono stati sollevati sulla loro utilità concreta; si rimanda, *ex multis*, a K. PAGE, *The four principles: Can they be measured and do they predict ethical decision making?*, in *BMC Medical Ethics*, 2012, p. 10; W. MUIRHEAD, *When four principles are too many: bloodgate, integrity and an action-guiding model of ethical decision making in clinical practice*, in *Journal of Medical Ethics*, 2012, p. 195; T. WALKER, *What Principlism Misses*, in *Journal of Medical Ethics*, 2009, p. 229; R.B. DAVIS, *The principlism debate: a critical overview*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 1995, p. 85.

[51] Cfr. J. SAVULESCU – T. DOUGLAS – D. WILKINSON, *cit*.

[52] J. CARBONNIER, *Droit Civil, La famille, les incapacités*, Presses Universitaires de France, 1969.

[53] P. RONFANI, *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in C. MAGGIONI – C. BARALDI (a cura di) *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Quattroventi ed., 1997, p. 254.

[54] E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, *cit*., p. 100.

[55] S. STURNIOLO, *The best interest of the child nella legge n. 219 del 2017*, in www.giurcost.it, 2018, p. 415.

[56] A. GORASSINI, *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull'art. 318 c.c.*, Esi, 1994; L. LENTI, *"Bets interest of the child" o "best interests of children"?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 157.

[57] M. BRAZIER, *An Intractable Dispute: When Parents and Professionals Disagree*, in *Medical Law Review*, 2005, p. 412.

di principio guida[58] che, caso per caso, necessita di essere riempito di contenuto. Ma, in che modo? Sulla base di quali valutazioni?

La forza di cui si nutre il *best interest* deriva dall'essere qualificato come un parametro oggettivo, anche se non un "mathematical test", dovendo la Corte «balance all of the conflicting considerations in a particular case with a view of determining where the final balance is»[59].

Questo essenziale bilanciamento, anche se il termine stesso bilanciamento sembrerebbe suggerirlo, non implica però una valutazione di natura squisitamente giuridica ma una valutazione fortemente connotata da elementi morali. In questa prospettiva, merita di essere sottolineata l'affermazione del giudice nel caso Evans quando introduce le sue conclusioni escludendo la necessità di proporre una esegesi dell'impianto normativo, che viene quindi lasciato sullo sfondo della decisione, preferendo invece richiamare la giurisprudenza sul contenuto del *best interest*: «the legal framework is now relatively easy to state though always difficult to apply in applications as sensitive and fact specific as this, I do not consider than an exegesis of the applicable Law is required here, indeed the risk I that to do so might eclipse the lode star which guides the Court's approach i.e. "the best interest of the child"».

Una simile impostazione non desta stupore se la si connette alla caratteristica strutturale dei sistemi di *common law*; al contempo, il labile appiglio al diritto positivo mette in luce come al cuore di queste problematiche non vi sia solo – e soprattutto – un problema giuridico ma un dilemma etico e morale che dovrebbe costruirsi intorno alle specificità del singolo caso concreto[60]. Un dilemma che viene sciolto anche grazie alla influenza di fattori valoriali propri non della persona su cui ricade la scelta – a maggior ragione laddove questa persona non abbia mai potuto formare una propria scala di valori e non abbia potuto di questo rendere edotto alcuno – ma del giudice[61]; una scala di valori personale e resa sempre più spiccatamente personale per una mancanza di consenso su quali siano gli elementi che devono guidare le determinazioni

---

[58] Cfr. J.L. DOLGIN, *Why Has the Best Interest Standard Survived?: The Historic and Social Context*, in *Children's Legal Rights Journal*, 1996, p. 2. L'Autrice, dopo aver illustrato il contesto storico e aver presentato le luci e le ombre che colorano il principio del *best interest* individua la ragione della lunga vita di tale principio nella convinzione, da parte di chi ne fa impiego, che esso aiuti a perseguire il bene del minore: «the assumption that courts applying the standard consistently intend to serve children has concealed occasional contradictions between the stated aim of the best-interest standard and its actual results in particular cases (…). Thus, the standard has survived because those who use it *presume* to serve children, not because the standard actually serves children». Cfr. N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni famigliari*, in www.cde.unict.it, che mette in luce come, in realtà, la Convenzione sui diritti del bambino del 1979 preferisca utilizzare la locuzione "a primary consideration" per indicare il peso del criterio del best interest: «l'utilizzo dell'articolo indeterminato ("a" invece di "the") e il passaggio dall'aggettivo "paramount" all'aggettivo "primary" indica la necessità di un bilanciamento di interessi: la posizione del minore deve essere messa a sistema con le ulteriori posizioni in gioco».

[59] Così Justice MacDonald, nel caso *Kings College Hospital NHS Foundation Trust v Haastrup* [*2018*] *EWHC 127* (*Fam*).

[60] Si veda A. SIMONCINI – D. PROSPERI, *cit.*

[61] Cfr. B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista Aic*, 2017, la quale, assumendo il principio del *best interest* come «sfuggente e fortemente condizionato dai convincimenti personali del giudice e degli altri soggetti tenuti a farne applicazione», verifica tale connotazione all'interno della giurisprudenza della Cedu afferente al "diritto alla genitorialità".

concernenti il *best interest*[62]. Come affermava Mnookin già nel 1975, riconfermando tale preoccupazione anche in un più recente saggio del 2014: «Deciding what is best for a child poses a question no less ultimate than the purposes and values of life itself. (…) And yet, where is the judge to look for the set of values that should inform the choice of what is best for the child?»[63]. Forse proprio per evitare, anche se in maniera peregrina, questa solo "presunta" neutralità si colma la decisione (soprattutto in ambito medico) di dati scientifici che con la loro oggettività aiutino a sgombrare il campo da critiche rispetto all'accoglimento di una determinata visione valoriale.

4.1. *Best interest* o *significant harm*: questo è il problema?

Al fine di rendere più cristallini i contorni di questo *test*, la cui flessibilità[64] viene contemporaneamente criticata come fattore di debolezza e valorizzata come punto di forza del *best interest of the child*[65], e con l'obiettivo di alzare nel mentre l'asticella dell'intervento statale a discapito delle scelte parentali nelle decisioni terapeutiche che riguardano minori[66], una soluzione avanzata[67] è stata quella di mediare (o finanche sostituire) il criterio del *best interest* con l'*harm thresold*.

---

[62] Cfr. R. MNOOKIN, *Child-Custody Revisited*, in *Law and Contemporary Problems*, 2014, p. 251: «I pointed out that there were "numerous competing theories of human behavior, based on radically different conceptions of the nature of man" and that "no consensus exists that any one is correct". This remain true today. (…) The lack of a social consensus about values still plagues best-interests determinations. Determining what is best for a particular child inevitably involves judgments about the hierarchy of and trade-offs between often competing values».

[63] R. MNOOKIN, *cit*.

[64] Si vedano R. MNOOKIN, *Child-Custody Adjudication*, *cit*.; D.S. DIEKEMA, *Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention*, in *Theoretical Medicine and Bioethics*, 2004, p. 243.

[65] Cfr. A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017, p. 107: «Il preminente interesse del minore ha, peraltro, molti volti, cangianti in ragione dei casi: la loro messa a fuoco è, perciò, ogni volta demandata alla mano dell'operatore (e, segnatamente, del giudice) che può farvi luogo unicamente in concreto, in vivo, al di là di ogni qualificazione dell'interesse stesso fatta in vitro, che risulterebbe fatalmente viziata da ingenuo e sterile astrattismo». Cfr. inoltre, R. HUXTABLE, *Clinic, Courtroom or (specialist) committee: in the best interests of the critically ill child?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2018, p. 2: «such flexibility might mean the law is commendably pluralistic – but the resultant uncertainty also reveals the "greatest weakness" of the standard».

[66] *In the matter of Ashya King* [2014] EWHC 2964 (Fam), 8 settembre 2014: «it is a fundamental principle of family law in this jurisdiction that responsibility for making decisions about a child rest with his parents. In most cases, the parents are the best people to make decisions about a child and the State – whether it be the court, or any other public authority – has no business interfering with the exercise of parental responsibility unless the child is suffering or is likely to suffer significant harm as a result of the care given to the child not being what it would be reasonable to expect a parent to give».

[67] Su tutti si veda D.S. DIEKEMA, *Revisting the best interest standard: uses and misuses*, in *Journal of Clinical Ethics*, 2011, p. 128 che trae lo standard dall'opera "On Liberty" di John Stuart Mill, laddove l'Autore affermava: «The only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant». Tra i bioeticisti che appoggiano la lettura del *significant harm*, pur con alcune sfumature e specificazioni, si ricordino anche S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, Routledge, 2007; L. GILLAM, *Childrens bioethics and the zone of parental discretion*, in *Monash Bioethics Review*, 2010, p. 1.

Quest'ultimo viene oggi impiegato nel sistema inglese, in conformità con le disposizioni del *Children Act* del 1989, nella definizione di controversie concernenti la possibilità di allontanare i bambini dal contesto familiare[68]. Ai sensi della Section 31(9) del Children Act 1989, come emendato nel 2002 dall'Adoption and Children Act con "*harm*" si intende: «ill-treatment or impairment of health or development including for example impairment suffered from seeing or hearing the ill-treatment of another» ma anche «the emotional harm suffered by those children who witness domestic violence or are aware of domestic violence within their home environment».

Il criterio del *significant harm* è stato richiamato anche nel corso dell'iter giurisdizionale del caso Gard. Sia in sede di appello che nel ricorso proposto avanti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[69], infatti, il team legale che supportava i genitori di Charlie aveva provato a fondare l'erroneità della decisione di prime cure sulla insussistenza di un *significant harm* che, al contrario, avrebbe giustificato un'interferenza nell'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dello Stato.

Segnatamente, evocando a supporto del proprio percorso argomentativo la sentenza *Re King* [2014] EWHC 2964 (Fam), gli avvocati avevano proposto una suddivisione dei casi aventi ad oggetto decisioni mediche su minori in due categorie, potendo rientrare nella prima categoria le ipotesi di insussistenza di *viable alternative therapeutic options* e nella seconda categoria, al contrario, i casi in cui queste alternative terapeutiche sono presenti e rispetto alle quali occorre, quindi, assumere una decisione. In questa seconda categoria, non sarebbe il *best interest* il criterio da applicare ma, più correttamente, quello del *significant harm*; l'ordinamento dovrebbe pertanto privilegiare la scelta dei genitori a meno che l'opzione prescelta da questi ultimi non rischi di provocare un danno significativo al figlio.

La Corte di Appello rigettava però il rilievo sulla base di due motivazioni: innanzitutto, il giudice di prime cure aveva escluso che, da un punto di vista medico-scientifico, la terapia sperimentale necleocidica a cui avrebbe potuto essere sottoposto Charlie potesse essere considerata una perseguibile opzione alternativa. In secondo luogo, la Corte ricontestualizzava l'applicazione del criterio del *significant harm* il quale ha una sua precisa collocazione legislativa che non si estende alle decisioni terapeutiche ma che risponde al precipuo scopo di delineare la suddivisione dei ruoli tra autorità locali e organi giurisdizionali, individuando un criterio sulla base del quale le autorità locali possono legittimamente «control the life of an individual child in a family»[70].

---

[68] *Children Act* 1989, art. 31: «A court may only make a care order or supervision order if it is satisfied (a)that the child concerned is suffering, or is likely to suffer, significant harm; and (b)that the harm, or likelihood of harm, is attributable to (i)the care given to the child, or likely to be given to him if the order were not made, not being what it would be reasonable to expect a parent to give to him; or (ii)the child's being beyond parental control».

[69] La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel dichiarare inammissibile il ricorso nel caso Gard, non si sofferma sul punto se non osservando come l'applicazione del *significant harm criterion*, al posto del *best interest*, non avrebbe di fatto spostato la decisione del giudice, essendo la Corte di Appello e la Corte Suprema UK concordi nel ritenere comunque sussistente nel caso di specie l'esistenza di un danno significativo, derivante dal fatto che il bambino «was being exposed to continued pain, suffering and distress» (cfr. CEDU, *Charles Gard and Others v the United Kingdom*, Application no. 39793/17, 27 giugno 2017).

[70] *Yates & Anor v Great Ormond Street Hospital For Children NHS Foundation Trust & Anor* (Rev 1) [2017] EWCA Civ 410 (23 Maggio 2017), § 107: «A primary purpose of the Children Act 1989 was to

Nonostante il netto declinare della Corte di Appello dell'importazione del criterio del *significant harm* nelle controversie terapeutiche, molte voci in dottrina si erano levate, già prima del caso Gard, e si sono levate all'esito del giudizio rispetto alla perseguibilità di questa ipotesi.
D'altro canto, le aperte definizioni del criterio offerte dalla legislazione inglese si riflettono sulla elasticità con cui esso viene concretamente impiegato nei tribunali dove, anche in tali sedi, si è giunti a soluzioni discordanti rispetto all'effettivo contenuto[71]. La valutazione dell'*harm*, soprattutto calata in contesti sensibili come quelli di cui qui si discute, dovrebbe infatti comunque a sua volta fare riferimento a complessi giudizi di valore che concorrerebbero ad inficiare l'*harm threshold* con la medesima indeterminatezza che si imputa e si critica al criterio del *best interest*: «the challenge of indeterminacy is the central problem of the best interest test, and merely switching terminologies from best interest to harm does nothing to address this in any of the circumstances it has been proposed»[72].

5. Una riflessione d'insieme. L'accertamento dell'accanimento terapeutico tra auto ed eterodeterminazione.

Il nodo più complesso che hanno dovuto sciogliere i giudici nei casi Gard ed Evans e che apre ad ulteriori elementi di riflessione si coglie nel cuore delle argomentazioni sulla base delle quali i giudici hanno deciso di interrompere i trattamenti sanitari che tenevano in vita i due bambini.
Il vuoto concettuale proprio del *best interest test* è stato infatti colmato dagli organi giurisdizionali con valutazioni sulla futura dignità e qualità della vita dei bambini, alla luce di un quadro clinico per cui la prosecuzione del trattamento (esclusa nel caso di Charlie la possibilità di ricorrere alla terapia sperimentale) si sarebbe rivelata futile rispetto ad un miglioramento delle condizioni di salute e si sarebbe quindi risolta in un inutile e gravoso accanimento terapeutico, limite per eccellenza alla attività medica.
Intorno all'assunto per cui l'accanimento terapeutico debba essere considerato una pratica non consentita (sia sul piano etico che su quello giuridico) si raccolgono voci unanimi[73]; una unitarietà

---

delineate, limit and provide structure for the roles respectively of local authorities and the courts. Prior to the Children Act coming into force, local authorities had regularly resorted to the inherent jurisdiction of the High Court in order to achieve some form of control over the lives of individual children and their families. A clear purpose of the 1989 Act was to close down or at least limit that avenue and to channel all such cases through the statutory scheme embodied in Section 31 of the Act, which requires the state in the guise of a local authority to satisfy the court that the significant harm threshold criteria are established before the court can consider going on to make orders to give the local authority power to control the life of an individual child in a family».

[71] La letteratura inglese riporta, come esempi, due opposte sentenze in cui, in un caso, il background culturale del minore veniva considerato come parte integrante nell'accertamento di un serio danno e, nell'altro, veniva escluso che esso potesse assurgere ad elemento di valutazione per la sussistenza di un *significant harm*. Cfr. *Re D* (1998) Fam Law 656 e *Local Authority v N* (2005) EWHC 2956 (Fam).

[72] G. BIRCHLEY, *Harm is all you need? Best interests and disputes about parental decision-making*, in *Journal of Medical Ethics*, 2016, p. 112.

[73] La stessa Chiesa Cattolica, a cui si riconducono le più rigide posizioni garantiste rispetto al tema della sacralità della vita umana, disincentiva le azioni di accanimento terapeutico. Tale monito viene ribadito in numerosi documenti: Pio XII, Risposte ad alcuni importanti quesiti sulla "rianimazione", Congresso di anestesiologia (24-11-1957); Giovanni Paolo II, Discorso ai partecipanti ad un corso internazionale di aggiornamento sulle preleucemie umane, (1985); Giovanni Paolo II, Catechismo della Chiesa Cattolica (1992), n. 2278; Giovanni Paolo II, Enciclica Evangelium Vitae (1995); Congregazione per la Dottrina della Fede, Risposte a quesiti della conferenza episcopale statunitense circa l'alimentazione e l'idratazione

di vedute rispetto alla quale l'accanimento terapeutico, che incarna il divieto ippocratico di procurare danno al paziente e che costituisce parte necessaria della vocazione morale della professione medica, resiste persino quale salda barriera su cui si infrange la stessa autodeterminazione[74].

L'accanimento terapeutico è un parametro che da decenni occupa spazio nei dibattiti accesisi in numerosi ordinamenti i quali si sono sforzati di definirne i presupposti e/o le condizioni di accertamento[75]. Con riferimento a questo sforzo, non è irrilevante ricordare che tale operazione di accertamento dovrebbe richiedere ultimamente una valutazione di carattere tridimensionale: come ricordato, ad esempio, in modo emblematico dal nostro Comitato Nazionale di Bioetica[76] è necessario, innanzitutto, che venga documentata l'inutilità o inefficacia del trattamento (o la *futility*, per riprendere il lessico bioetico statunitense) intesa come fallacia dell'intervento da un punto di vista strettamente fisiologico ma altresì derivante dal fatto che effetto del trattamento sarebbe solo quello di prolungare di pochissimo l'evento morte; in secondo luogo, occorre appurare la presenza di un elevato rischio per la salute del paziente o la possibilità che il trattamento risulti eccessivamente gravoso in termini di sofferenza e, infine, la sproporzionalità tra i mezzi utilizzati (considerati quindi eccezionali) e l'obiettivo terapeutico.

Questa valutazione deve essere calata *hic et nunc*, avendo riguardo a quel paziente, in quel preciso quadro clinico e in quello stadio della malattia; una valutazione che, così contingentata, non può

---

artificiali (2007); Nuova Carta degli Operatori Sanitari (2017); Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Meeting regionale europeo della World Medical Association sulle questioni del fine-vita (2017). Tra questi si ricordi il Catechismo della Chiesa Cattolica, 2278: «L'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi può essere legittima. In tal caso si ha la rinuncia all' accanimento terapeutico. Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire. Le decisioni devono essere prese dal paziente, se ne ha la competenza e la capacità, o, altrimenti, da coloro che ne hanno legalmente il diritto, rispettando sempre la ragionevole volontà e gli interessi legittimi del paziente».

[74] In questo senso si veda la sent. Cass. Pen. IV sez., n. 13746 del 13 gennaio 2011, in *Cassazione Penale*, 2011, con nota di C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e accanimento terapeutico consentito*, p. 2940. In commento alla sentenza si rimanda altresì a R. CAMPIONE, *Accanimento clinico ed eutanasia sotto la lente del rifiuto (attuale e informato) di cure*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012. Nonostante la pronuncia si concluda con una dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, è interessante soffermarsi sulla sostanziale conferma dell'impianto motivazione della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Roma che aveva condannato tre medici per il reato di omicidio colposo. I tre imputati erano infatti intervenuti chirurgicamente su una donna di quarant'anni che presentava una neoplasia pancreatica clinicamente incurabile. La giovane donna, informata della futilità dell'intervento, aveva però chiesto coscientemente di procedere, speranzosa che questo potesse prolungare anche di poco la propria vita. Secondo i giudici d'Appello, il consenso informato espresso non bastava per scriminare la condotta dei medici che la scienza definiva tecnicamente sproporzionato e futile.

[75] Dibattiti che, concentratisi anche su un tentativo di offrire una definizione della locuzione "accanimento terapeutico", hanno generato un ampio campionario definitorio. Cfr. M. AGHABARARY – N.D. NAYERI, *Medical futility and its challenges: a review study*, in *Journal of Medical Ethics and History of Medicine*, 2016, p. 11: gli Autori propongono una tabella dalla quale si evincono i molteplici sforzi definitori della locuzione "medical futility" e "futile care" proposti nella letteratura. Nella tabella vengono riportate 15 diverse definizioni.

[76] Comitato Nazionale di Bioetica, Parere "Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana", 1995 che propone la seguente definizione: «trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica».

non tenere conto – oltre al mero dato tecnico-oggettivo – di una ponderazione delle implicazioni soggettive del trattamento proposto. Un controllo di scientificità e di umanità che, come afferma Nicolussi, diventa essenziale laddove i mezzi tecno-scientifici rendano più sbiadito il confine tra naturale e artificiale e «possano darsi o non darsi, iniziare ed essere interrotti, per il bene di qualcuno, e non degenerare in una sorta di fine in se stessi»[77].

L'elemento soggettivo che connota l'accanimento terapeutico viene connesso al principio di autonomia del malato, all'espressione della sua volontà, alla percezione che il paziente avverte rispetto alla qualità della sua vita, concorrendo a trasporre un giudizio oggettivo dentro l'apprezzamento personale della qualità della vita così come sperimentata e vissuta dal paziente[78].

Il mondo valoriale del paziente dentro la cornice di un'etica sempre più personalista confluisce, quindi, nella ponderazione della proporzionalità e della futilità delle cure, pur non distogliendo l'attenzione dalla sottile linea che – sbilanciando la valutazione sul fronte soggettivo – può far tracimare la decisione di rifiuto o di sospensione/interruzione del trattamento in comportamenti propriamente eutanasici (soprattutto in contesti ordinamentali ove quest'ultima non sia consentita).

La qualità della vita del paziente, che «veicola implicitamente il superamento di una valutazione dell'accanimento terapeutico con criteri esclusivamente oggettivi» e che si afferma come mezzo per soggettivizzare concetti che rimandano ad una dimensione tecnica, riacquista però una connotazione oggettiva ove dell'elemento soggettivo inteso in senso volontaristico non si dia traccia[79]. Lo stesso termine "qualità" suggerisce, infatti, l'idea di un *quid* misurabile tramite strumenti e tecniche scientifiche-oggettive[80], come indicano gli stessi protocolli UK applicati ai casi Gard ed Evans.

Nel marzo 2015 il *Royal College of Pediatrics and Child Health* ha redatto delle linee guida, "Making decisions to limit treatment in life-limiting and life-threatening conditions in children: a framework for practice", nella quali si prevede che la sospensione del trattamento debba

---

[77] Cfr. A. NICOLUSSI, *cit.*, p. 49.

[78] In questo senso, M.A. TESTA, D.C. SIMONSON, *Assessment of quality-of-life outcomes*, in *The New England Journal of Medicine*, 1996, 835: «The terms "quality of life" and, more specifically, "health-related quality of life" refer to the physical, psychological, and social domains of health, seen as distinct areas that are influenced by a person's experiences, beliefs, expectations, and perceptions».

[79] Cfr. R.M. KAPLAN, *The significance of quality of life in health care*, in *Quality of Life Research*, 2003, p. 3; R. HEYWOOD, A. MULLOCK, *The value of life in English law: revered but not sacred?*, in *Legal Studies*, 2016, p. 658. Si rimanda inoltre a GENERAL MEDICAL COUNCIL, *End of life treatment and care: Good practice in decision-making* (UK), 2010: «For children or adults who lack capacity to decide, in reaching a view on whether a particular treatment would be more burdensome than beneficial, assessments of the likely quality of life for the patient with or without the particular treatment may be one of the appropriate considerations. After the WHO's definition of health, quality-of-life issues have become more and more important in health care practice. While in 1973, only 5 articles listed "quality of life" as a reference key word, during the following 5 years there were 1252 articles» (M.A. TESTA, D.C. SIMONSON, *cit.*). Nella giurisprudenza del Regno Unito si vedano *Re B* [1981] 1 WLR 421; *Re C* (A Minor) [1989] 2 All ER 782; *Re J* (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1990] 3 All ER 930; *Re R* (Adult: Medical Treatment) [1996] 2 FLR 99.

[80] Per alcune riflessioni su come misurare empiricamente la qualità della vita, cfr. W. JUNG – S. HERWIG – S. SPEHL – C. WOLPERT – B. LUDERITZ, *Quality of life in clinical trials and practice*, in P.E. VARDAS (ed. by), *Cardiac Arrhythmias, Pacing & Electrophysiology. Developments in Cardiovascular Medicine*, vol. 201, Springer, 1998, p. 132.

effettuarsi in presenza di tre circostanze: limitazione quantitativa della vita, limitazione qualitativa della vita e presenza di un rifiuto informato e competente.
In particolare, nelle sentenze, i giudici fanno riferimento alla seconda delle circostanze enunciate che «includes situations where treatment may be able to prolong life significantly but will not alleviate the burdens associated with illness or treatment itself. These comprise: A. Burdens of treatments, where the treatments themselves produce sufficient pain and suffering so as to outweigh any potential or actual benefits; B. Burdens of the child's underlying condition. Here the severity and impact of the child's underlying condition is in itself sufficient to produce such pain and distress as to overcome any potential or actual benefits in sustaining life; C. Lack of ability to benefit; the severity of the child's condition is such that it is difficult or impossible for them to derive benefit from continued life».
In particolare, proseguono le linee-guida, «Examples include children in Persistent Vegetative State (PVS), Minimally Conscious State, or those with such severe cognitive impairment that they lack demonstrable or recorded awareness of themselves or their surroundings and have no meaningful interaction with them, as determined by rigorous and prolonged observations. Even in the absence of demonstrable pain or suffering, continuation of LST may not be in their best interests because it cannot provide overall benefit to them. (…) a child or infant in intensive care may have sustained such significant brain injury that future life may provide little benefit, while both intensive treatment and future life are likely to cause the child substantial pain and distress».
Ritornando a quanto si accennava nelle prime pagine di questo scritto, come forse ancor più complesse diventano le fattispecie in cui manchi l'autodeterminazione del paziente nell'ambito di decisioni di fine vita, così, una pluralità di questioni sensibili affiorano quando all'accertamento dell'accanimento terapeutico viene sottratto il supporto dell'elemento soggettivo della volontà del paziente e della percezione della propria qualità della vita. Il venir meno dell'elemento soggettivo nella definizione dell'accanimento terapeutico porta con sé due rischi che, tracimando le specificità delle fattispecie concrete qui analizzate, assumo una valenza più ampia e generale: l'uno connesso ad un potenziale irrigidimento della decisione su Linee-guida e Protocolli offerti dalla comunità scientifica e l'altro afferente alle conseguenze dello spostamento di un giudizio di futilità dalle cure alla vita stessa.

5.1. Dal particolare al generale e viceversa: una strada a doppio senso.

Un primo rischio in cui si può incorrere, di ordine più squisitamente tecnico, è – come poc'anzi accennato – legato ad un possibile appiattimento della valutazione su quanto previsto dai Protocolli.
Strutturalmente, la medicina si muove alla ricerca di regole generali, verso la costruzione di una rete teorica che, calata e confrontata nel singolo quadro clinico, consenta all'operatore di muoversi in maniera efficace nei confronti di quella data patologia: «La medicina si definisce come disciplina nomotetica o scienza dell'universale, in quanto ricerca le proprietà generali degli esseri viventi, stabilendo "leggi di natura" e legami causali necessari e universali. Se la medicina è scienza, essa richiede una struttura sufficientemente ampia di leggi e di teorie che "inquadrano" e permettono di trattare teoricamente e praticamente il caso»[81].

[81] B. FANTINI, *Evoluzione dell'etica in rapporto alla cultura nella storia della medicina*, in *Introduzione all'etica clinica*, 2005, p. 20.

In questo senso, si comprende l'esigenza di redigere protocolli che possano fornire rigore metodologico alla pratica clinica e fungere da ausilio scientifico nell'operato del professionista (ma anche dei comitati etici) sicché quest'ultimo non debba ogni volta ripartire dal punto zero del percorso conoscitivo della specifica malattia ma possa avvantaggiarsi della stratificazione di conoscenze empiriche e sperimentali già acquisite dalla comunità scientifica.
Allo stesso tempo però, sempre connaturata alla natura dell'arte medica, è la considerazione per cui la protocollizzazione/standardizzazione non deve escludere l'unicità e le specificità di ogni singolo caso che vanno colte nella dimensione medico-clinica così come nella dimensione antropologica e soggettiva. La dimensione individuale che connota l'arte medica esige, infatti, che l'operatore agisca con la contezza che anche se dalla maggioranza della casistica si può ricavare una tipologia di intervento corretta ed efficace, questo intervento può smarrire la sua correttezza ed efficacia nei confronti di un singolo caso[82].
Come è stato affermato: «la tensione essenziale tra "generale" e "particolare", fra legge e caso, fra collettivo ed individuale costituisce quindi uno dei nodi culturali più importanti della riflessione etica in medicina, a partire da questi decenni di grande trasformazione culturale ed istituzionale»[83].
Si ricordi inoltre, senza pretesa di affermare che sia questo o non sia questo il caso[84], come una certa cautela nella incontrovertibile certezza della scienza permanga[85], anche nell'ambito della

[82] Anche nell'uso dei Protocolli come strumento per sondare profili di responsabilità in casi di *malpractice* medica, si è affermato che: «I protocolli non posso avere un valore imperativo bensì di semplice linea guida. (…) I protocolli si riferiscono a casi standard mentre nella pratica clinica molti casi sono fuori dallo standard già in partenza oppure escono dallo standard in un secondo tempo a seconda del diverso evolvere della malattia tanto che non di rado il medico è costretto a modificare più o meno estemporaneamente la procedura diagnostica o terapeutica programmata o già intrapresa» (cit. F. INTRONA, *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2007, p. 665). Analogamente si veda Cass. sez. IV, 13 febbraio 2002, n. 2865, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 459.
[83] B. FANTINI, *cit.*
[84] Critico rispetto ad un appiattimento su una valutazione meramente medicale nell'ambito della pronuncia della CEDU sul caso Gard è F. VENTURI, *Il principio del best interest of the child nel caso Gard tra paternalismo, autonomia e indeterminatezza*, in *Federalismi*, 2017.
[85] Sia consentito il riferimento a G. RAGONE – B. VIMERCATI, *Neuroscience and end-of-life decisions. New anthropological challenges for constitutional law: «Is Human Nature the only science of man»?*, in *BioLaw Journal*, 2017, p. 127: «it further runs into the science paradox: in science, the only certainty is uncertainty about the likelihood that we are accurately describing a particular phenomenon». Si rimanda, inoltre, a S.S. SILBEY (ed.), *Introduction in The International Library of Essays in Law and Society*, Padstow, 2008, XI: «This should not be taken to suggest homogeneous consensus concerning scientific facts or theories. In contrast to some popular, idealized accounts, science is not a bounded, value-free, amoral, autonomous enterprise engaged in a self-regulated search for timeless, universal, irrefutable truths. Science is the same as all other human activities: a socially constructed phenomenon – the product of collectively organized human labour and decision-making that involves contest, dispute and struggle. Scientific facts are produced under constraints that vary historically and culturally; thus scientific inquiry is both enabled and constrained by what is already known, by technological capacity and the available material resources, as well as the human capacity for work, imagination, collaboration and communication. Those constraints shape both the content of the science and the process of producing that content. Scientific facts have variable status. Some claims have proved durable and sustainable over long periods of time, generating additionally durable and sustainable observations, and explanations have developed thus constituting what we might think of as a core of scientific knowledge; other scientific facts exist in the making, and are actively challenged. Nonetheless, the process is collective and open to those who pursue the training to speak the languages of scientific discourse». Cfr., infine, M.M. MONTI – M. MARTIN – M.R. COLEMAN – A.M. OWEN,

scienza medica che viene connotata come una scienza probabilistica e non apodittica. In ambito clinico, infatti, «la prognosi è necessariamente espressa in termini probabilistici perché la conoscenza esatta del futuro è impossibile»[86] e il futuro corre, sui binari della scienza, sempre a più alte velocità.

Basti pensare ai considerevoli progressi compiuti dalle neuroscienze nell'ultimo decennio: situazioni che fino a qualche tempo fa erano classificate come stati vegetativi permanenti vengono oggi ridefinite, alla luce delle scoperte neuroscientifiche che consentono di identificare il permanere di – benché labili – tratti di coscienza. E ciononostante rimangono, al contempo, zone ancora a noi sconosciute sulle quali nemmeno le neuroscienze riescono a far luce. Queste incertezze hanno dominato, nei casi Gard ed Evans[87], anche l'accertamento della percezione del dolore, parte integrante della valutazione sulla futilità del trattamento, sulla qualità di vita e, quindi, sul *best interest of the child*[88].

Di fronte ad una simile incertezza sul piano medico-scientifico, ecco riaffacciarsi il problema etico-morale: nella impossibilità di asseverare la percezione del dolore, da una parte, e la certezza della morte, dall'altra, dove si colloca il *best interest*? Anche su questo punto le coscienze si spaccano, accogliendo posizioni di cautela nel preservare il minore da una condizione di sofferenza[89] e altre, invece, più garantiste rispetto alla irrimediabilità di una situazione che

---

Neuroimaging and the vegetative state: resolving the behavioral assessment dilemma?, in *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2008, p. 87

[86] D. RODRIGUEZ – A. APRILE, *Quando mancano evidenze scientifiche*, in *BioLaw Journal*, 2018, p 14.

[87] Cit. *Great Ormond Street Hospital v Yates and Gard* [2017] EWHC 972 (Fam), 11 aprile 2017: «No one can be certain whether or not Charlie feels pain. Certainly, the view of his parents is that he is reactive to things that he does not like such as a heel prick or having his nose suctioned. Professor A's view was that it is possible that Charlie can feel pain, but it is not demonstrated. Certainly, as he is undergoing procedures that would cause pain to other people, he might feel pain. She said that he has a sore area on his neck where he has tape on his face. He undergoes suctioning and other invasive treatments. She also expressed her opinion that if Charlie cannot express feelings of pain then this would be an indication of the apparent severity of the damage to his brain. When cross examined by Ms. Butler-Cole for Charlie's Guardian, Professor A said that Charlie is likely to have the conscious experience of pain. Professor A expressed the important need to weigh up the potential benefit of the smallest of chances (her views being that there were no chances) against the continued pain of intensive care, ventilator support and so forth. She said that it was her view and the view of other members of the team that Charlie is suffering and that that outweighs the tiny theoretical chance there may be of effective treatment. She said that she did not regard his pain of being of a low level of suffering, but something more significant».

[88] Cfr. P. COULSON-SMITH – A. FENWICK – A. LUCASSE, *In defense of Best Interest: When Parents and Clinicians Disagree*, in *The American Journal of Bioethics*, 2018, p. 68: «The level of potential harm or suffering are central to a best interest decision in the UK, and parental decisions would not be overridden "unless the child is suffering or is likely to suffer significant harm" (Ashya King 2014)».

[89] S. AMATO, *cit.*: «Se non soffre, perché privarlo della vita? Se soffre, perché costringerlo a una sopravvivenza artificiale? Dal momento che non sappiamo che cosa non sappiamo, mi pare che sia più ragionevole, più conforme al principio di beneficenza, o best interest che dir si voglia, optare per la seconda alternativa».

conduca al termine della vita e di ogni possibile sofferenza[90] dove – di fronte al dubbio – sembra doversi far prevalere un *favor vitae*[91].
Se «è proprio nei casi di complessità clinica tecnologica che la valutazione medica è imprescindibile per definire il "miglior interesse per il bambino"»[92] ciò non toglie come la valutazione non possa essere confinata ad un dato unicamente tecnico-scientifico dovendo piuttosto essere calata all'interno di un contesto più ampio, capace di tenere conto del fatto che la qualità della vita del bambino può essere toccata anche dalla dinamica relazionale parentale/familiare nella quale egli è inserito[93].
L'elemento tecnico-scientifico e l'elemento personale/sociale non devono essere quindi assolutizzati l'uno rispetto all'altro ma devono convivere per consentire di assumere una scelta che tenga conto del bene del paziente nella sua multidimensionalità. Facendo nostro il pensiero di Gadamer, «l'applicazione delle conoscenze scientifiche a campi in cui entra in gioco ciò che oggi si definisce la comprensione che l'uomo ha di se stesso, non provoca solo dei conflitti, ma mette in gioco fattori essenzialmente extra-scientifici, che rivendicano la propria legittimità»[94].

5.2. Futilità delle cure e futilità della vita: una pericolosa consequenzialità.

Un secondo rischio che si affaccia nella ponderazione dell'accanimento terapeutico è, invece, di ordine etico-morale: quando si lega il tema dell'accanimento terapeutico al concetto di qualità della vita e alla sua dignità, è rispetto alle implicazioni che può ingenerare questa concatenazione concettuale che bisogna soffermarsi, specialmente laddove tale concatenazione conduca ad applicare un giudizio di futilità non alle cure ma alla vita stessa. È rispetto alla scelta di accogliere o meno questo esito del percorso che ogni ordinamento, nel suo complesso, è posto di fronte ad una alternativa e deve scegliere quale direzione prendere.
Nei casi Gard ed Evans vi sono tracce di una oscillazione tra queste due alternative: un elemento che può lasciare perplessi nella lettura delle sentenze riguarda, infatti, alcuni commenti espressi dai giudici e da taluni medici sul concetto di futilità della vita. Pur avendo ribadito in più occasioni come, nonostante la condizione di grave malattia, la vita di Alfie non sia privata per ciò solo della

---

[90] Cfr. K. MALIK, *A court is an unfit place for a case like Alfie Evans and its moral complexity*, in *The guardian*, 29 aprile 2018: «Usually, a decision about a child's best interests involves two alternative futures. Is she, for instance, better off with her mother or father after divorce? Where courts have to decide whether to turn off life support, however, the choice is between a possible future and a definite non-future. After death, the child has no interest to debate».
[91] M.S. DAUBER, *Bioethics and the law: Should courts be allowed to make end of life decisions? Reflections on the Charlie Gard and Alfie Evans controversies*, in *Ethics, Medicine and Public Health*, 2018, p. 100: «It might be the case that we have substantial reasons to allow different rules for cases in which patient might be experiencing pain and cases in which patients are unlikely or incapable of experiencing pain. However, the fact that clinicians face significant difficulties in diagnosis and ascertaining the experiences and quality of life patients with disorders of consciousness and severe neurological damage presents a compelling practical and theoretical reason against allowing courts to withdraw life-sustaining treatment over surrogate objection as a general policy matter».
[92] L. PALAZZANI, *Alfie: un altro "caso" drammatico esistenzialmente e complesso bioeticamente*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 51.
[93] In questo senso si vedano D. RODRIGUEZ – A. APRILE, *cit.* i quali, a loro volta, citano B. CORTESE, *Aspetti etico-giuridici nella comunicazione della diagnosi e nella determinazione del percorso di cura. Il rilievo delle fonti interne ed internazionali. Considerazioni generali e riflessioni specifiche per la pratica clinica pediatrica*, in L. NOTA – S. SORESI – M.C. GINEVRA (a cura di), *Il counseling in Italia*, Padova, 2016, p. 41.
[94] H.G. GADAMER, *Dove si nasconde la salute*, Cortina, 1994, p. 14.

sua dignità ed esprimendo su questo punto il proprio disaccordo con le esternazioni del *guardian*[95], Justice Heyden arriva però a formulare un giudizio netto «I came to the conclusion, that Alfie's brain had been so corroded by neuro-degenerative disease that his life was futile».
Ancora più illuminante è il recente caso di Isaiah Haastrup[96], analogo ai casi Gard ed Evans ma non allo stesso modo balzato agli onori della cronaca, e, in particolare, i giudizi che vengono veicolati dalle parole del medico curante: «The severity of Isaiah's brain injury and his lack of improvement over 9 months indicate that, even if he were mechanically ventilated at home via a trachaeostomy, he would not be able to: (i) derive pleasure (taste, smell and texture) from eating and drinking because he would have to be fed by tube in his stomach, (ii) communicate himself by speech or sign language, because of the severity of his cerebral palsy, (iii) be able to understand speech or visual communication as his hearing is impaired and he has no usual vision as his brain is not able to process information from the retina, (iv) be able to read or use a computer, even one using visual fixation, (v) be able take part, actively, in family activities, (vi) be able to learn productive skills or follow an educational course, (vii) I am doubtful as to whether if mechanically ventilated at home via a trachaeostomy, he would derive pleasure from touch and strocking»[97].
Ed è sulla base di queste limitazioni che incideranno sulla qualità della vita futura del bambino che "his life is not worth living".
Si tratta di questioni certamente non nuove alla dimensione bioetica e biogiuridica già affrontate nel corso di tutto il '900 e ancora oggi da numerosi filosofi e bioeticisti, alcuni dei quali hanno proposto di differenziare, a seconda del grado di autocoscienza e razionalità, lo *status* morale e giuridico di soggetti identificabili come persone e soggetti, invece, qualificabili come esseri umani, facendo da ciò discendere che la morte «is a greater or lesser loss depending on factors like the extent to which the being was aware of his or her existence over time, and of course the quality of life the being was likely to have, had it continued to live»[98].

---

[95] *Alder Hey Children's NHS Foundation Trust v Evans*, [2018] EWHC 308 (Fam), 20 febbraio 2018: «She stated that in her view Alfie's life now lacks dignity and his best interests can only be met by withdrawing ventilation. This evidence from an experienced children's guardian requires to be considered very carefully. I have done so. With great respect to her I disagree with her view on Alfie's dignity. (…) In my judgment his life has true dignity».
[96] Isaiah Haastrup, come Charlie ed Alfie, è stato al centro di una battaglia legale tra i genitori e i medici del King's College Hospital. Al bambino, affetto da severi danni cerebrali a causa di alcuni episodi di ipossia occorsi durante il parto, sono state sospese tutte le cure all'esito di un lungo iter processuale conclusosi nel marzo 2018.
[97] *Kings College Hospital NHS Foundation Trust v Haastrup* [*2018*] EWHC 127 (*Fam*), 29 gennaio 2018.
[98] P. SINGER, *Speciesism and moral status*, in *Metaphilosophy*, 2009, p. 576. In altro scritto Singere afferma inoltre che: «here could be a person who is not a member of our species. There could also be members of our species who are not persons» (P. SINGER, *Practical Ethics*, Cambridge University Press, 1979, p. 76). Su presupposti affini si assestano le teorie di altri due filosofi contemporanei a Singer, Engelhardt e Rachels. Il primo attribuisce uno *status* morale inferiore a tutti coloro i quali siano privi di "una vita mentale di livello superiore", includendo in questa categoria i feti, ma anche gli infanti e le persone con disabilità mentale grave (si veda H.T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, 1991, p. 126: «Non tutti gli esseri umani sono persone. I feti, gli infanti, i ritardati mentali gravi e coloro che sono in coma senza speranza costituiscono esempi di non persone umane. Tali entità sono membri della specie umana. Non hanno *status* in sé e per sé, nella comunità morale. Non sono partecipanti primari all'impresa morale. Solo le persone umane hanno questo *status*»). Rachels, invece, è il padre putativo della distinzione tra vita biologica e vita biografica che il filosofo statunitense usa per radicare la sostenibilità morale dell'eutanasia: «essere vivi, in senso biologico, è relativamente poco importante. La nostra vita, al contrario, è

Echi di queste teorie si rinvengono anche negli studi scientifici secondo cui la morte interverrebbe in presenza della cd. morte corticale ossia a fronte di una totale compromissione delle strutture nervose corticali cui sono deputate le funzioni superiori (che caratterizzano l'essere umano) sebbene siano ancora funzionanti le strutture troncoencefaliche.

Un giudizio giuridicamente legittimo ed eticamente corretto sulla futilità di una cura e sulla opportunità di non proseguire una terapia che avrebbe come esito unicamente quello di prolungare una condizione di sofferenza insostenibile non deve trovare trasposizione in un giudizio sulla vita in sé, pur complessa, problematica, dolorosa, indipendentemente dal soggetto che esprima il giudizio, sia il genitore sulla vita del figlio sia un soggetto terzo. Dietro simili asserzioni, che possono trovare il loro germe in principi come quello di autonomia e di beneficenza, possono infatti talvolta mascherarsi letture economiciste e utilitariste, dove il valore immanente del singolo venga messo in relazione ad interessi esterni ed ulteriori[99].

Questa cautela nel sovrapporre futilità delle cure, qualità della vita e dignità della vita deve contraddistinguere soprattutto l'attività giurisdizionale nell'esprimere giudizi che, vergati in una sentenza, assumono un peso tutto particolare all'interno di un contesto ordinamentale. Quest'ultimo – nel suo complesso e lungi dall'essere etichettato come stato etico – deve decidere su quali beni, su quali valori, su quali principi vuole costruirsi[100], allocando o meno – proprio su

---

immensamente importante; è la somma delle nostre aspirazioni, decisioni, attività, progetti e relazioni umane. (…) Non c'è niente di male ad essere la causa della morte di qualcuno se la sua morte è, considerate tutte le alternative, un bene» (J. RACHELS, *The End of Life: Euthanasia and Morality*, Oxford University press, 1986, p. 11 e 124). Senza voler in alcun modo connettere le decisioni dei giudici inglesi alle tragedie perpetrate nello scorso secolo, ma solo per mettere in luce la delicatezza di certe affermazioni, si ricordi come la dignità della vita venne usata negli anni '20 da Alfred Hoche e Karl Binding nel volume *L'autorizzazione all'eliminazione delle vite non più degne di essere vissute*, considerato la base del programma di eutanasia sociale nazista. Si vedano, infine, B.M. GREEN – D. WILKER, *Brain Death and Personal Identity*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1980, p. 105; J. MCMAHAN, *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, 2002; R.M. VEATCH – C. SPICER, *Medically Futile Care. The Role of the Physician in Setting Limits*, in *American Journal of Law Medicine*, 1992, p. 15. Tra gli Autori che mettono in guardia dalle conseguenze di uno scollamento del bene della vita dal suo valore immanente, si rinvia a A. BARBERA, *Eutanasia: riflessioni etiche, storiche e comparatistiche*, in S. CANESTRARI – G. CIMBALO – G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, 2003.

[99] Cfr. L. PALAZZANI, *Alfie: un altro "caso" drammatico esistenzialmente e complesso bioeticamente*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 51: «la decisione di staccare le macchine non è motivata dal fatto che la vita è di bassa qualità, futile e costosa: queste sarebbero indubbiamente motivazioni inaccettabili che introducono una visione fortemente discriminatoria rispetto alla dignità umana (sono degne solo le vite che superano una certa soglia di qualità) ed economicistiche (riconoscendo la dignità solo sulla base della sostenibilità economica)». Cfr. altresì, O.C. SNEAD, *The Alfie Evans case is straight out of a dystopia*, in www.cnn.org, April 28, 2018.

[100] In questa prospettiva, interessante è il dibattito scaturito sulla possibile rianimazione o meno dei nati prematuri e sulla adeguatezza di fissare un limite temporale (venticinquesima settimana o altro) come linea spartiacque tra la praticabilità di interventi rianimatori o sola somministrazione di cure palliative, a partire dalla Carta di Firenze, con il Protocollo di Groeningen e la Carta di Roma. In dottrina si vedano A. JOTKOWITZ – S. GLICK – B. GESUNDHEIT, *A case against justified non-voluntary active euthanasia (the Groningen Protocol)*, in *The American Journal of Bioethics*, 2008, p. 23; M.C. DE VRIES – A.A.E. VERHAGEN, *A Case Against Something That Is Not the Case: The Groningen Protocol and the Moral Principle of Non-Maleficence*, in *The American Journal of Bioethics*, 2008, p. 29; S.S. HANSON, *Still on the Same Slope: Groningen Breaks No New Ethical Ground*, in *The American Journal of Bioethics*, 2009, p. 67; P. VOULTSOS – F. CHATZINIKOLAOU, *Involuntary euthanasia of severely ill newborns: is the*

questa base – anche parte delle sue risorse finanziarie per sostenere economicamente servizi di cura e percorsi assistenziali diretti a soggetti in *limine vitae* o in gravi condizioni cliniche.

5.3. Il vacillare di una tradizione secolare di fronte alla complessità delle sfide bioetiche e biogiuridiche.

La portata delle domande e dei nodi problematici, ancora insoluti, che si è qui provato a tratteggiare e che spesso richiedono una risposta entro tempi contingentati[101], ha portato alcuni studiosi britannici a mettere in discussione la tradizione secolare della *parens patriae jurisdiction*. I casi Gard ed Evans hanno infatti contribuito a riaccendere il dibattito sulla opportunità, in un contesto medico-clinico, che siano effettivamente i giudici i depositari dell'ultima parola o sulla possibilità che siano altrimenti ipotizzate altre procedure o altri strumenti che meglio si confanno a decisioni così complesse e delicate.

Alcuni Autori[102] guardano con ammirazione alle esperienze americane dei cd. *Hospital-based Ethics Commitee* o *Healthcare Ethics Committee*, gruppi multidisciplinari composti da soggetti rappresentativi delle diverse figure professionali ricomprese nella struttura sanitaria. Questi ultimi, a cui sono stati generalmente affidati «mere advisory, facilitate roles»[103], in misura crescente – anche se in molti Stati in assenza di previsioni esplicite – diventano i luoghi in cui vengono affrontate e risolte le *medical futility disputes*.

Tale espansione di competenze ha esposto l'operato dei *Committees* a critiche dal momento che se, da una parte, tali organi garantiscono efficienza e, di conseguenza, una riduzione dei tempi della decisione, dall'altra, mostrano carenza di equità/imparzialità mancando di espedienti procedurali capaci di garantire un giusto ed equo processo[104].

Altra proposta è quella avanzata da Hain, che si sostanzia nella costituzione del Children's Interest Panel ovverosia una sorta di comitato etico nazionale composto da soggetti con expertise trasversale, giuristi, bioeticisti e medici, la cui decisione – che «would not simply underwrite the doctor's judgment, nor would it be an uncritical endorsement of parents' wishes» – sarà da considerare vincolante per le parti[105].

Un'ulteriore proposta è quella della creazione di *quasi-judicial multi-member tribunals* o *quasi judicial bodies*, sulla scorta del *Consent and Capacity Board dell'Ontario*[106]. Quest'ultimo è un organo indipendente, attualmente composto da 162 membri di diversa estrazione professionale[107],

---

Groningen Protocol really dangerous?, in *Hippokratia*, 2014, p. 193; GRUPPO DI LAVORO SUI NATI A BASSISSIMA ETÀ GESTAZIONALE, *La "Carta di Firenze" e le sue ragioni, oggi*, 2008. Di recente, e in commento ad un caso specifico in una *Neonatal Intensive Care Unit*, si veda P.J. MARMION, *Decreasing disabilities by letting babies die*, in *Issues in Law & Medicine*, 2018, p. 3.

[101] Si veda T.M. POPE, *Guest editorial, cit.*, p. 436.

[102] Cfr. J.J. PARIS – J. AHLUWALIA – B.M. CUMMINGS – M.P. MORELAND – D.J. WILKINSON, *cit.*

[103] Si veda T.M. POPE, *The growing power of healthcare ethics committees heightens due process concerns*, in *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2014, p. 425.

[104] Cf. T.M. POPE, *cit.*, p. 442: «I have described four distinct types of risks applicable to Healthcare Ethics Committee decisions: the risk of corruption, the risk of bias, the risk of arbitrariness and the risk of carelessness».

[105] R.D.W. HAIN, *cit.*, p. 458.

[106] Cfr. E. CLOSE – L. WILLMOTT – B.P. WHITE, *Charlie Gard: in defense of the law*, in *Journal of Medical Ethics*, 2018, p. 475.

[107] Il dato sul numero dei membri del Board è aggiornato al 31 marzo 2018. Di questi 162, «in addition to the full-time Chair and two full time Vice Chairs, part-time CCB members include 9 Vice Chairs, 46

chiamato ad esercitare la sua giurisdizione sulle controversie concernenti il *Mental Health Act*, il *Substitute Decisions Act*, il *Personal Health Information Proctection Act* e il *Mandatory Blood Testing Act*[108] e le cui decisioni possono essere appellate davanti ad organi giurisdizionali[109].

6. Dai confini del giudice ai confini del diritto. Riflessioni conclusive sul rapporto medico-paziente (e diritto).

Come è stato da più parti osservato, queste decisioni – giuste o sbagliate che siano nelle loro conclusioni – fanno affiorare «il senso del limite che si coglie quando il diritto (essenzialmente quello giurisprudenziale) si trova davanti la vita concreta nella imprevedibile molteplicità delle sue manifestazioni, ne viene attraversato, scoprendo così la fragilità delle sue risorse»[110].

È per questo che, oltre a ragionare sull'opportunità o non opportunità dell'intervento di un giudice occorre forse tornare alla radice, al perché sia stato necessario l'intervento del giudice. Il fatto stesso che per la risoluzione di questi dilemmi si sia dovuto bussare alle porte dei tribunali è epifania che qualcosa nel rapporto tra medico, paziente e genitori si è rotto, si è irrimediabilmente incrinato.

Il rapporto tra medico e paziente nasce come una relazione di mero fatto, all'interno della quale due soggetti entrano in relazione tra loro, da una parte il paziente che, versando in una condizione di debolezza fisica (e fors'anche psicologica), si affida al secondo in quanto detentore di una conoscenza capace di prendersi cura del proprio male.

Nel corso dei secoli questo rapporto diventa un rapporto trilaterale grazie all'inserimento di un soggetto terzo, il diritto. Questa giuridicizzazione ha indiscutibilmente impresso e aggiunto elementi positivi al rapporto; esito e causa di tale processo è stato, infatti, la valorizzazione della libertà del paziente, attraverso lo strumento del consenso informato e, di conseguenza, il mutamento di paradigma che connota l'attività medica con l'abbandono di un approccio paternalistico e l'accoglimento di un modello di alleanza terapeutica[111].

Al contempo però, quando non correttamente incanalata, questa giuridicizzazione ha portato con sé anche impatti che si sono riversati negativamente sul rapporto originario, concorrendo – unitamente alla crescente aziendalizzazione e alla struttura organizzativa in cui si esplica oggi la

---

Lawyers, 45 Psychiatrists, 5 Physicians, 3 Nurses in the Extended Class and 51 Public members» Annual Report 2017/2018 (disponibile al link http://www.ccboard.on.ca/english/publications/documents/annualreport20172018.pdf).

[108] *Health Care Consent Act*, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sched. A, Part. V, articoli da 70 a 81.

[109] La stessa Supreme Court of Canada è intervenuta nella sentenza *Cuthbertson v. Rasouli* [2013] 3 SCR 341 riconoscendo in capo al *Consent and Capacity Board* e non agli organi giurisdizionali la competenza a decidere nei casi di conflitto tra *substitute decision makers* e medici: «The legislature has given the Board the final responsibility to decide these matters. This is not to say that the courts have no role to play. Board decisions are subject to judicial review. This mechanism for court oversight ensures that the Board acts within its mandate and in accordance with the Constitution». Si segnali, in ogni caso, la *dissenting opinion* di Karakatsanis: «Unlike the Chief Justice, I conclude that the common law, and not the Health Care Consent Act, 1996, S.O. 1996, c. 2, Sch. A (the HCCA or the Act), governs when doctors and substitute decision-makers disagree regarding the proposed withdrawal of an incapable patient's life support. Thus, the court, and not the Consent and Capacity Board, is the appropriate forum for resolving any disputes between the doctors and the incapable patient's substitute decision-maker».

[110] Cfr. A. D'ALOIA, *cit.*

[111] Si veda B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità*, *cit.*

professione medica – a tratteggiare una immagine contrattualistica e formalistica dell'attività medica e arrivando, persino, all'insorgere di fenomeni patologici di cd. medicina difensiva[112].
Quello che aiutano a mettere in luce questi casi è proprio la necessità di tornare a lavorare sul formante culturale, sulla capacità di entrare in relazione con l'altro.
Il diritto riveste un ruolo importante per la composizione di questi drammi ma non esaustivo. Indubbiamente complesso è il compito che si affida al diritto e a tutti suoi operatori; ugualmente complesso è, in un momento precedente, il compito dei genitori che di fronte alla sofferenza del figlio sono sollecitati a interrogarsi su quale sia il suo bene. E, ancora, complesso è il compito del medico. Egli, infatti, può spesso trovarsi in situazioni di confine, stretto tra, da una parte, la propria convinzione tecnica di quale sia il bene per il proprio paziente e, dall'altra, le pressioni della famiglia e dei genitori che non vogliono arrendersi, così superando talvolta i confini del razionalmente possibile, vuoi per una fiducia incondizionata nella scienza e nel suo progresso[113], vuoi per una fiducia riposta in qualcosa al di fuori, oltre la scienza stessa[114].
È proprio in questo stallo che il professionista deve essere capace di esaltare la sua competenza tecnica, la sua responsabilità e la sua libertà professionale ma anche la sua attitudine relazionale, guidando il paziente e la sua famiglia all'interno di un percorso, concedendo il tempo necessario perché la realtà possa essere colta e accolta[115].
E, per parte sua, l'apporto che può offrire il diritto è agevolare strumenti che consentano di saldare questo rapporto. Riprendendo le parole di Dauber, «It is vital to design a coherent legal and social system that provides for the orderly solution of moral dilemmas while promoting a climate of trust that the system actually promotes civil order. (..) it is also important to create a system that does not foster chaos and fear and that promotes and maintains a level-headed, trusting relationship between all decision-makers and stakeholders, including the health care institutions and government bodies involved»[116]. Un clima di fiducia che non deve essere solo funzionale alla

---

[112] Cfr. F. D'AGOSTINO, *Come leggere la legge n. 219/2017*, in *BioLaw Journal*, 2018, p. 15
[113] Negli Stati Uniti, per indicare una scienza medica nelle cui capacità si ripone una smodata fiducia, si utilizza un termine specifico "quack medicine" che deriva, a sua volta, dalla locuzione "quackery products" con cui si indicano quei prodotti farmacologici largamente impiegati ma la cui efficacia non è riconosciuta dalla FDA. Cfr. W.S. PRAY, *Ethical, Nonprescription Medications and Self-Care. Ethical, Scientific, and Educational Concerns With Unproven Medications*, in *American Journal of Pharmaceutical Education*, 2006, p. 1; M.J. SLASHINSKI – S.A. MCCURDY – L.S. ACHENBAUM – S.N. WHITNEY – A.L. MCGUIRE, "*Snake-oil", "quack medicine," and "industrially cultured organisms:" biovalue and the commercialization of human microbiome research*, in *BMC Medical Ethics*, 2012, p. 28; J.H. YOUNG, *The Medical Messiahs: A Social History of Health Quackery in 20th Century America*, Princeton University Press, 2015; R.M. WIDDER – D.C. ANDERSON, *The appeal of medical quackery: A rhetorical analysis, in Research in Social and Administrative Pharmacy*, 2015, p. 288.
[114] Alcune ricerche condotte «found that 61.3% of the public believe that a miracle can a save person in a persistent vegetative state, whereas only 20.2% of health care professionals believed the same. A total of 57.4% of the public felt that divine intervention can save a person when physicians think that treatment is futile, whereas only 19.5% of trauma professionals agreed» (cfr. L. JACOB – K. BURNS – B. BENNET-JACOBS, *Views of the public and trauma professionals on death and dying from injuries*, in *The Archives of Surgery*, 2008, p. 730 citato da R.W. SIBBALD – P. CHIDWICK, *Best interest at end of life: a review of decision made by the Consent and Capacity Board of Ontario*, in *Journal of Critical Care*, 2010, p. 171).
[115] Cfr. M.S. DAUBER, *cit.*, p. 98: «given time and reflection, decision makers often decide to withdraw treatment on their own, especially if they believe their loved one may be suffering».
[116] Cit. M.S. DAUBER, *cit.*

promozione dell'ordine civile ma che deve, innanzitutto, avere a cuore i volti concreti che si guardano, si parlano e si confrontano in questi dilemmi.

Il fine vita tra medicina e media: i risvolti dei casi Gard ed Evans.

di ***Simone Salemme*** *(Dottore in Medicina e Chirurgia),* ***Antonella Moschillo*** *(Studente presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università La Sapienza di Roma)* e ***Mattia Ballo*** *(Dottore in Medicina e Chirurgia)*

Il fine vita rappresenta uno degli aspetti di maggiore impatto nella pratica del professionista sanitario, ne è una testimonianza il ruolo centrale che la sua comunicazione ha nello sviluppo della sindrome da burnout.
Tuttavia, negli ultimi anni mass media e social media hanno aperto la porta dello studio medico esponendo la popolazione generale a questo delicato tema, spesso strumentalizzato e veicolato con sensazionalismo. Se già i professionisti sanitari si trovano non di rado impreparati a livello tecnico e/o emotivo a gestire correttamente il tema, il rischio d'errore aumenta in misura considerevole per la popolazione laica. Chiaro esempio di fallimento dell'opinione pubblica a tal proposito sono stati i casi di Charlie Gard prima e Alfie Evans dopo.
Entrambi hanno infatti portato a una netta e impropria contrapposizione tra "oppressi" – pazienti gravemente malati e loro genitori – e "oppressori" – medici e giudici.
Il divario è nato da e cresciuto con l'impiego di diversi strumenti populisti, portando al rifiuto dell'opinione degli esperti coinvolti, allontanando l'attenzione dai temi centrali del caso e precludendo la possibilità di affrontare importanti riflessioni sul fine vita.
In quest'ottica il fallimento dell'opinione pubblica si propone come il riflesso dell'idea di medicina trasmessa dai media alla popolazione laica: una medicina infallibile che salva sempre tutti, nella quale pertanto temi delicati quali la morte e il fine vita non hanno spazio.
Le dinamiche dei casi Gard ed Evans nonché la forte reazione pubblica da essi suscitata rendono evidente la necessità di affrontare diversamente, come uomini e come professionisti, simili scenari futuri.
Per queste ragioni intendiamo analizzare le ragioni e le conseguenze del fallimento dell'opinione pubblica su questi temi attraverso l'analisi della risonanza mediatica dei casi Gard ed Evans, nonché la revisione della letteratura prodotta sui due casi.

The end of life is one of the aspects with the greatest impact on healthcare workers' practice. The evidence is the central role that the related communication has in the development of the burnout syndrome.
However, in recent years mass media and social media opened the door of the doctor's office exposing the general population to this sensitive topic, which is often manipulated and sensationalized. If even healthcare workers are not infrequently unprepared at technical and/or emotional level to properly tackle the subject, the risk of error significantly increases when it comes to the general population.
The Charlie Gard and Alfie Evans cases are a prime example of the public opinion's failure about this topic. As a matter of fact, both of them led to a complete and improper contraposition between the "oppressed" – seriously ill patients and their parents – and the "oppressors" – doctors and

judges. This contraposition emerged from and increased due to the use of multiple devices of populist rhetoric, leading to the rejection of the involved experts' opinion, taking the focus away from the case's central subjects and precluding the possibility of addressing important reflections about the end of life.
Within this frame, the public opinion's failure can be seen as the reflection of the idea of medicine conveyed to the general population by media: an infallible medicine that always saves everyone, where there's no room for delicate concepts such as death and end of life.
The dynamics of Gard and Evans cases, as well as the strong public reaction arisen, make evident the need to deal with similar future scenarios in a different way, both as humans and professionals.
Therefore, we aim to investigate the reasons and consequences of the public opinion's failure by analyzing the Gard and Evans cases' media resonance, as well as by reviewing the literature.

Sommario: 1. I casi Gard ed Evans. - 1.1 Il caso Gard. - 1.2. Il caso Evans. – 1.3 L'opposizione tra genitori e medici. – 2. Media. – 2.1 Etica, moralità, religione. – 2.2 La medicina che salva sempre. – 2.3 Il miglior interesse del minore. 3. Accademia. – 3.1 Principio del superiore interesse del bambino. – 3.2 Principio di futilità. – 3.3 Principio di danno. – 4. Le conseguenze. – 5. Conclusioni

1. I casi Gard ed Evans

Negli ultimi anni mass media e social media hanno aperto la porta dello studio medico esponendo la popolazione generale al delicato tema del fine vita, spesso strumentalizzato e veicolato con sensazionalismo.[1]

Se già i professionisti sanitari si trovano non di rado impreparati a livello tecnico e/o emotivo a gestire correttamente la questione del "fine vita",[2] il rischio d'errore aumenta in misura considerevole per la popolazione laica. Chiaro esempio di fallimento dell'opinione pubblica a tal proposito sono stati i casi di Charlie Gard prima e di Alfie Evans dopo.

Entrambi hanno infatti portato a una netta e impropria contrapposizione tra "oppressi" – pazienti gravemente malati e loro congiunti – e "oppressori" – medici e giudici. La divisione è nata ed è stata alimentata dall'impiego di diversi strumenti populisti,[3] portando al rifiuto dell'opinione degli esperti coinvolti, allontanando l'attenzione dai temi centrali del caso e precludendo la possibilità di affrontare importanti riflessioni sul fine vita.

Prima di comprendere come media e accademia hanno affrontato i casi Gard ed Evans, è doveroso fare un breve – per quanto possibile – riepilogo dei punti salienti delle due vicende.

1.1 Il caso Gard.

[1] Dressler G. et Kelly S.A., 2018. Ethical implications of medical crowdfunding: the case of Charlie Gard. *J Med Ethics*; 44(7): 453-457

[2] Lee S.J. et al., 2002. Enhancing physician-patient communication. *Hematology*; 464-483

[3] Das R., 2018. Populist discourse on a British social media patient-support community: The case of the Charlie Gard support campaign on Facebook. *Discourse, context & media*; 76-84

Il primo caso è quello di Charlie Gard, un neonato affetto da sindrome da deplezione di DNA mitocondriale (MDDS) dovuta alla mutazione del gene codificante la proteina RRM2B. Si tratta di una malattia rara, progressiva e terminale.
La mancata intesa tra i genitori di Charlie e lo staff medico del Great Ormond Street Hospital (GOSH) è sfociata nel famoso caso mediatico e legale di "best interest".
Nonostante le due parti concordassero sull'insostenibilità della condizione clinica e della qualità di vita di Charlie, i genitori non convenivano sulla futilità di intraprendere ulteriori trattamenti: i coniugi Gard volevano infatti sottoporre il figlio a una terapia sperimentale – la terapia nucleosidica, fino ad allora testata solo su una forma meno aggressiva e geneticamente diversa da quella di Charlie.
Da notare che il rifiuto da parte dei medici del GOSH a intraprendere la terapia nucleosidica fu successivo alla constatazione dell'irreversibilità della condizione neurologica di Charlie, condizione confermata in un secondo momento anche dal Dott. Hirano, il medico coinvolto nella sperimentazione della terapia nucleosidica. Altro aspetto degno di nota è l'affermazione dello stesso Hirano, riportata nel testo della sentenza, secondo la quale avrebbe somministrato la terapia a Charlie anche in assenza di sostanziali prospettive di benefici, dando quindi priorità alla possibilità economica dei genitori di accedere alla sperimentazione.[4]
Il caso, oltre ad arrivare a coinvolgere tutti i possibili gradi di giudizio inglesi e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), ha avuto una risonanza mediatica così ampia da coinvolgere anche personalità del calibro del Papa e del Presidente degli Stati Uniti. Gli avvenimenti salienti [5] del caso sono riportati nella Figura 1.

Figura 1 - Timeline eventi del caso Gard

[4] Great Ormond Street Hospital -v- Yates and Gard: EWHC 972 (Fam), 2017
[5] Hammond-Browning N., 2017. When Doctors and Parents Don't Agree: The story of Charlie Gard. *J Bioeth Ing*; 14(4):461-468

1.2 Il caso Evans.

Quello di Alfie Evans è un altro caso britannico arrivato agli onori delle cronache, che è quasi sfociato in un caso diplomatico. Nato apparentemente sano il 4 maggio 2016, già dopo i primissimi mesi di vita Alfie cominciò a destare i primi segni di una potenziale malattia in via d'esordio. L'inizio del declino della sua salute avvenne però il 14 dicembre 2016 quando, in seguito a un episodio epilettico concomitante a un'infezione virale, Alfie venne ricoverato all'Alder Hey Children's Hospital, dove rimase in uno stato semi-vegetativo fino alla sua morte, avvenuta il 28 aprile 2018.

La contrapposizione tra il parere dei medici e la volontà dei coniugi Evans di trasferire il figlio all'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù di Roma per svolgere ulteriori accertamenti e mantenere i trattamenti vitali portò l'Alder Hey Children's Hospital ad appellarsi alla High Court of Justice il 19 dicembre 2017. In forza alle evidenze cliniche e strumentali che dimostravano una situazione di degenerazione cerebrale irreversibile e progressiva, descritta come "catastrofica"[6], si reputava futile qualsiasi altro accertamento diagnostico o provvedimento terapeutico e pertanto si riteneva essere nel miglior interesse di Alfie interrompere la ventilazione meccanica.

Anche in questo caso, come in quello di Charlie, si passò per tutti i gradi di giudizio inglesi, dalla High Court alla Supreme Court, passando per la Court of Appeal. I genitori si appellarono inoltre alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il 28 marzo 2017, la quale reputò tuttavia inammissibile la loro richiesta non rilevando alcuna violazione dei diritti umani.

L'eco mediatica della triste vicenda fu tale che, da una parte, Papa Francesco ricevette ad aprile il padre di Alfie per un incontro di 20 minuti e dall'altra l'allora Ministro degli Affari Esteri italiano si espose concedendo la cittadinanza italiana ad Alfie in modo da facilitarne "l'immediato trasferimento in Italia".

Gli avvenimenti salienti[7,8] del caso sono riportati nella Figura 2.

Figura 2- Timeline eventi del caso Evans

[6] Alder Hey Children's NHS Foundation Trust -v- Evans and James: EWHC 308 (Fam), 2018

[7] Phillimore S., (2018, April 29). Alfie Evans: Summary and useful links. Retrieved from: http://www.transparencyproject.org.uk/alfie-evans-summary-and-useful-links/

[8] Timeline: key events in the legal battle over Alfie Evans. (2018, April 28). Retrieved from: https://www.theguardian.com/society/2018/apr/28/alfie-evans-timeline-of-key-events

1.3 L'opposizione tra genitori e medici.

Un elemento che accomuna i casi Gard ed Evans è la ragione della nascita del contenzioso: il disaccordo tra medici e genitori in merito all'accesso a un dato trattamento.

Nel caso Gard i trattamenti richiesti dai genitori erano un farmaco sperimentale per la rara condizione di cui era affetto il figlio e il sostegno artificiale necessario a mantenerlo in vita, nel caso di Alfie si trattava invece del solo sostegno artificiale.

In entrambi i casi un gruppo multidisciplinare di esperti ha valutato non essere nel miglior interesse del bambino iniziare o proseguire il trattamento, trovando però nei genitori un'opposizione che non si è riuscita a risolvere tra le mura dell'ospedale e che è quindi arrivata nelle aule di tribunale.

L'accesso a determinati trattamenti è un tema di frequente riscontro nel fine vita. Già di delicata gestione nel paziente adulto, risulta ulteriormente complesso nel paziente pediatrico.

2. Media.

Delle storie di Charlie Gard e Alfie Evans si sono occupati in molti: dalle principali testate giornalistiche di tutto il mondo ai salotti televisivi più o meno popolari, a una larga fetta degli utenti dei principali social media (ovvero Twitter, Facebook e Instagram).

The Wall Street Journal, The New York Times, The Guardian, The Independent sono tutte testate internazionali che hanno dedicato spazi importanti alla discussione di due casi dirimenti per l'opinione pubblica.

La risonanza mediatica è stata enorme e ha trasformato le tragedie mediche di due famiglie in un dibattito pubblico globale che ha visto la sua acme nelle prese di posizione, manifestate via Twitter, di Papa Francesco e del Presidente Donald Trump, in seguito alle quali anche i picchi di ricerca sulle vicende hanno avuto crescite enormi[9].

"Difendere la vita umana, soprattutto quando é ferita dalla malattia, é un impegno d'amore che Dio affida ad ogni uomo."[10] – Papa Francesco (@Pontifex.it) 30 giugno 2017

"Se possiamo aiutare il piccolo #CharlieGard, come i nostri amici in Inghilterra e il Papa, saremmo lieti di farlo."[11] – Donald J. Trump (@realDonaldTrump) 3 luglio 2017

Lo stesso giudice della High Court Nicholas Francis, coinvolto nel caso Gard, ha commentato l'eccezionale interesse mediatico:

"Il mondo dei social media ha indubbiamente molti aspetti positivi, ma una delle sue insidie, secondo me, è che quando casi come questo diventano virali, ciascuno si sente in diritto di esprimere opinioni, indipendentemente dal fatto che siano suffragate da dati certi." [9]

---

[9] Garrison C., (2017, July 27). #CharlieGard: social medial turns family tragedy into global war of words. Retrieved from: https://www.reuters.com/article/us-britain-baby-socialmedia/charliegard-social-media-turns-family-tragedy-into-global-war-of-words-idUSKBN1AC23A

[10] Pontifex_it, (2017, June 30). Difendere la vita umana, soprattutto quando é ferita dalla malattia, é un impegno d'amore che Dio affida ad ogni uomo. Retrieved from: https://twitter.com/Pontifex_it/status/880856292247601152?s=20

[11] realDonaldTrump, (2017, July 3). If we can help little #CharlieGard, as per our friends in the U.K. and the Pope, we would be delighted to do so. Retrieved from: https://twitter.com/realDonaldTrump/status/881875263700783104

L'interesse mediatico non è infatti sempre mezzo attraverso il quale si diffondono notizie veritiere e utili a promuove un dibattito costruttivo.
Analizzare e sintetizzare nel merito i contenuti dell'onda mediatica che si è innalzata in modo così dirompente intorno alle vicende Gard ed Evans è piuttosto complicato, soprattutto alla luce dei diversi sfondi su cui le storie sono state commentate, seguite e raccontate.
Riteniamo che l'opinione pubblica si sia sviluppata principalmente attorno a 3 macro-temi: i) l'eticità e la moralità dei fatti; ii) l'infallibilità della medicina; iii) il miglior interesse del minore.

2.1 Etica, Moralità e Religione

Il cuore pulsante delle argomentazioni mosse sui social media è stato il tentativo di definire l'eticità delle scelte dei medici prima e dei giudici dopo.
Di seguito due esempi di tweet particolarmente popolari che mettono entrambi in discussione l'eticità di scelte di vita o di morte relative al minore da parte di persone diverse dai suoi genitori.
"I nostri cuori piangono per #CharlieGard. Le nostre preghiere vanno a lui. Leggete e chiedete PERCHÉ il governo dovrebbe avere il potere di decidere chi vive e chi muore. È sbagliato."[12]– Ted Cruz (@tedcruz) 24 luglio 2017
"Il sistema medico inglese ha fatto fronte comune contro i genitori di #CharlieGard e lo stato li ha privati dei propri diritti. Urge un cambiamento. Che terribile disgrazia."[13] – Nigel Farage (@Nigel_Farage) 24 luglio 2017
Accanto ai tweet di singole persone, della stessa natura sono stati i pareri espressi da associazioni pro-life e organizzazioni religiose, le quali si sono opposte alle decisioni di medici e giudici focalizzando spesso il dibattito sul concetto di vita meritevole di essere vissuta in quanto dono, indipendentemente dalla sua forma.
A tal proposito si riportano le parole del Cardinale Bassetti che, in un'intervista alla Radio Vaticana, riprende quanto espresso dal Papa affermando:
"[…] non esiste nessuna vita che non sia degna di essere vissuta. Altrimenti cadiamo nella cultura dello scarto, e questo è terribile perché ciò che si scarta vuol dire che è inutile."[14]
Tali termini forti e polarizzanti corrono il rischio di ridurre le riflessioni etico-scientifiche sui concetti di "vita meritevole di essere vissuta" e "morte dignitosa" – temi centrali del fine vita – a un "culto della qualità di vita"[15] responsabile, nell'ottica cristiana, della "cultura dello scarto", senza entrare nel merito del concetto di accanimento terapeutico.

[12] tedcruz, (2017, July 24). Our hearts weep for #CharlieGard Our prayers are w/ him. Pls read & ask WHY govt should have power to decide who lives & dies. It's wrong. Retrieved from: https://twitter.com/tedcruz/status/889621865161011208
[13] Nigel_Farage, (2017, July 24). UK medical establishment closed ranks on #CharlieGard's parents & the state took away their rights. Change required. What a total disgrace. Retrieved from: https://twitter.com/Nigel_Farage/status/889601759374708736/video/1
[14] Charlie. Il cardinale Bassetti: ogni vita va difesa anche se gravemente malata. (2017, July 21). Retrieved from: https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/Pagine/cardinale-bassetti-sul-caso-charlie-londra
[15] Marcelli G., (2017, August 14). Charlie, domande ancora aperte /1. "Qualità della vita", un culto che esige vittime. Retrieved from: https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/Pagine/charlie-domande-aperte-1

2.2 La Medicina che salva sempre.

Una delle premesse da cui molti commenti e dibattiti sui media sono partiti è inoltre il concetto – ormai desueto – di infallibilità della medicina, ovvero di scienza in grado di salvare tutti, sempre e comunque.

"I genitori di Charlie Gard dicono "troppo tardi" per tentare una terapia per salvarlo
Tradotto: se il governo inglese non si fosse messo in mezzo, Charlie forse sarebbe vivo. Tragico."[16] – Liz Wheeler (@Liz_Wheeler) 24 luglio 2017

Testate giornalistiche e media hanno non di rado confuso e sovrapposto i concetti di terapia e guarigione, continuando ad alimentare il concetto erroneo di medicina infallibile. Un trattamento medico però non necessariamente conduce alla guarigione del paziente.

Comprendere i limiti delle terapie disponibili, nonché stabilire obiettivi realistici alla luce di questi, è un momento critico nella gestione del fine vita di un paziente, soprattutto in ambito pediatrico. Tale passaggio è inoltre uno degli elementi necessari per raggiungere un accordo terapeutico che sia nel miglior interesse del paziente minore.

2.3 Il miglior interesse del minore.

Il migliore interesse del minore, tema delicato e di difficile gestione già all'interno delle strutture ospedaliere, si carica di ulteriore complessità nel momento in cui medici e genitori del paziente minore hanno opinioni contrastanti e inconciliabili, al punto che lo scontro deve essere risolto nelle aule di tribunale, come accaduto per i casi Gard ed Evans.

Quando poi i media creano un dibattito che pretende di essere impattante sulla decisione ultima, gestire la pressione che ne deriva diviene un elemento di ulteriore difficoltà, se non di pericolosità. Articoli come quelli apparsi su The Wall Street Journal e su The Washington Post – di cui si riportano due estratti[17] – hanno contribuito ad alimentare il dissenso e le critiche dell'opinione pubblica verso le decisioni dei tribunali e l'impegno dell'ospedale, attribuendo la capacità di agire nel migliore interesse del minore ai soli genitori.

"[…] a causa di un sistema che ha dato maggiore importanza all'opinione di un giudice su ciò che è meglio per Charlie scavalcando i suoi genitori amorevoli. Pochi dovrebbero sorprendersi, perché la brutale realtà è che quando lo stato è responsabile di quasi tutte le spese sanitarie, inevitabilmente si assume la responsabilità anche di decisioni di vita e di morte." – The Wall Street Journal

"I genitori hanno maggiore probabilità di agire nel migliore interesse del figlio." – The Washington Post

Il miglior interesse di un paziente, spesso inteso semplicisticamente dai media come "vita a tutti i costi", è in realtà un concetto estremamente complesso (si veda paragrafo "Principio del superiore interesse del bambino"), che spazia in diversi ambiti e risente del sistema di valori di

[16] Liz_Wheeler, (2017, July 24). Charlie Gard's parents say "too late" to try therapy to save him Translation: if UK govt hadn't stood in the way, Charlie might live. Tragic. Retrieved from: https://twitter.com/Liz_Wheeler/status/889503991494660096

[17] Hurley R., 2017. How a fight for Charlie Gard became a fight against the state. *BMJ*; 358:j3675

chi è coinvolto nella sua valutazione, nonché della sua capacità di analizzare criticamente le criticità del singolo caso.

3 Accademia.

I casi Gard ed Evans hanno riscontrato un vivo interesse anche nel mondo accademico, nel quale numerosi esperti in diversi settori hanno contribuito a un dibatto incentrato sulle principali criticità emerse nei due casi.

Filo conduttore del dibattito accademico è stato il tema dell'accesso a un determinato trattamento, tema di frequente riscontro nel fine vita ulteriormente complicato nei casi Gard ed Evans dall'età e dalle condizioni cliniche dei due pazienti minori.

In relazione all'accesso a un trattamento nel fine vita, sono emersi 3 elementi chiave nei casi Gard ed Evans, distinti ma strettamente interconnessi: il principio del superiore interesse del bambino, il principio del danno e il principio di futilità.

3.1 Principio del superiore interesse del bambino.

"In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente." – Art. 3 della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia.

L'interesse superiore del bambino è un concetto che spazia attraverso diversi campi: dall'educativo all'affettivo e al medico.

Proprio in virtù del principio del superiore interesse del bambino, medici e giudici coinvolti nei casi Gard ed Evans si sono opposti all'accesso ai trattamenti richiesti dai genitori dei pazienti minori.

Lontano dall'essere appannaggio del solo ambito giuridico, il principio del superiore interesse del bambino è uno degli elementi che guida il ragionamento clinico del medico nel proporre o, al contrario, nel negare l'accesso a un trattamento.

Diekema[18] riconosce questa duplicità nel principio del superiore interesse del bambino: da una parte punto di partenza che guida il medico alla ricerca del trattamento che meglio risponde alle esigenze del paziente minore, dall'altra strumento tramite il quale il giudice risolve conflitti tra medici e genitori riguardo al trattamento del paziente minore.

Sebbene il principio del superiore interesse del bambino debba rappresentare un punto di partenza per il ragionamento clinico del medico, risultante nella produzione di proposte terapeutiche che, in quanto tali, verranno discusse insieme ai genitori del paziente minore in un modello definito Shared Decision Making, secondo alcuni autori[19] tale principio potrebbe non essere il più solido quando si tratta di bypassare le decisioni dei genitori relative al trattamento del paziente minore.

Stabilire quale sia il migliore interesse per un bambino implica necessariamente interpretare la situazione alla luce non solo delle proprie competenze tecniche, ma anche del proprio sistema di valori, fatto che lo rende dunque soggettivo.

[18] Diekema D.S., 2011. Revisiting the best interest standard: uses and misuses. *J Clinic Ethics*; 22(2):128-33

I casi Gard ed Evans sono accomunati dalla presenza di una grave e irreversibile condizione neurologica che, oltre a rendere i pazienti minori dipendenti da un sostegno artificiale, ne impedisce l'interazione col mondo esterno.
Se da una parte la mancanza di interazione con l'esterno rende ulteriormente complessa la gestione del paziente minore, poiché priva medici e genitori di quel feedback necessario a comprendere quale sia il livello di elaborazione cosciente del dolore e, nel caso vi fosse, quale sia il livello di discomfort provato dal paziente minore, dall'altra rappresenta un determinante nella scelta di non proseguire il sostegno artificiale della vita. Ed è questo uno degli elementi di criticità del principio del superiore interesse del bambino identificato da Shah e collaboratori[19]: la vita di per sé può essere considerata il "miglior interesse" indipendentemente da come viene vissuta? O piuttosto esiste una soglia (nei casi Gard ed Evans la totale mancanza di interazione con l'ambiente circostante) al di sotto della quale la vita non è più il miglior interesse?
Questi sono interrogativi che portano con sé i concetti di "vita meritevole di essere vissuta" e "morte dignitosa", entrambi di difficile definizione e strettamente legati al personale sistema di valori.

3.2 Principio di futilità.
Secondo Pellegrino[20] un trattamento per non ricadere nel futile deve soddisfare tre criteri: (i) efficacia – miglioramento della storia naturale o della sintomatologia; (ii) beneficio globale – ciò che il paziente o il suo tutore legale percepisce come bene; e (iii) gravame – i costi globali del trattamento e le ripercussioni degli stessi sul paziente, sui medici e sulla società.
I criteri identificati da Pellegrino sono il risultato del tentativo di combinare elementi oggettivi (efficacia e gravame) ad elementi soggettivi (beneficio globale e gravame) nella valutazione della futilità di un trattamento.
Il criterio di maggior difficoltà interpretativa sembrerebbe essere il beneficio globale. Laddove subentrano i genitori a esercitare decisioni che non possono essere prese dal paziente minore per età ed eventualmente per la natura della patologia che lo affligge, il beneficio globale ha infatti una forte sovrapposizione col principio del benessere superiore del bambino.
Nei casi Gard ed Evans il prolungamento della vita tramite l'impiego del sostegno artificiale era percepito dai genitori come il beneficio globalmente migliore per i propri figli, percezione non condivisa dagli esperti che avevano valutato le criticità delle patologie che li affliggevano.
Il caso Gard dimostra inoltre come un ulteriore criterio dovrebbe essere tenuto in considerazione nella valutazione della futilità di un trattamento: l'avanzamento scientifico.
I genitori di Charlie avevano infatti richiesto di accedere a un trattamento sperimentale i cui benefici teorici erano stati promossi dal Dott. Hirano, il quale aveva testato tale terapia in una forma meno grave – e geneticamente differente – della patologia di Charlie.
Nell'ottica della valutazione della futilità del trattamento, intraprendere la sperimentazione della terapia nucleosidica avrebbe potuto contribuire all'avanzamento scientifico nella ricerca su una patologia estremamente rara, per la quale sono disponibili dunque poche opportunità di testare in

[19] Shah S.K. et al., 2017. Charlie Gard and the Limits of Best Interests. *JAMA Pediatr*; 171(10):937-938
[20] Pellegrino E.D., 2005. Decisions at the End of Life: The Use and Abuse of the Concept of Futility. Retrieved from: http://www.uffl.org/vol10/pellegrino10.pdf

vivo un eventuale trattamento. D'altra parte, bisogna però considerare che risultati utili a futuri pazienti con la stessa patologia di Charlie avrebbero potuto essere ottenuti solamente attraverso l'arruolamento in un trial clinico robusto e di alta qualità, opzione che non sembra essere stata discussa dal Dott. Hirano.

3.3 Principio di danno.

Gli autori che identificano nel principio del benessere superiore del bambino un elemento non sufficientemente solido per imporre al nucleo familiare le decisioni dei medici propongono il principio di danno come suo sostituto.[19,21]

Secondo Diekema in caso di opposizione tra medici e genitori la domanda a cui rispondere non sarebbe "Il trattamento è nel miglior interesse del bambino?", bensì "La decisione dei genitori aumenta in modo significativo la probabilità di un danno grave rispetto alle altre opzioni?"[21]

Il passaggio dal principio del superiore interesse del bambino al principio di danno comporterebbe un maggiore riconoscimento del diritto decisionale dei genitori, limitando l'intervento di medici e giudici solamente nel caso in cui la decisione dei genitori ponga il paziente minore a un rischio non trascurabile di danno grave.

Sebbene il principio di danno permetta in teoria di limitare i contenziosi ai soli casi in cui si prospetta un danno grave, la definizione di danno grave risente di limiti analoghi a quelli riscontrati nella valutazione del miglior interesse.

In primis, a livello individuale, stabilire la soglia di danno oltre alla quale imporre la decisione dei medici risente del sistema di valori delle persone coinvolte. Da un lato può essere considerata danno la prosecuzione tramite sostegno artificiale di una "vita non meritevole di essere vissuta" e beneficio l'accompagnamento alla "morte dignitosa" tramite il passaggio alle cure palliative. Dall'altro, la morte può essere percepita come il maggiore dei danni e la prosecuzione delle cure intensive, con prolungamento della vita non affiancato da un incremento della qualità di vita, un beneficio.

In secundis, a livello di società, l'accesso a un costoso trattamento sperimentale potrebbe essere interpretato come un danno economico. In quest'ottica merita una breve digressione la raccolta fondi che i genitori di Charlie avevano intrapreso per poter sostenere in autonomia i costi del trattamento sperimentale.

Come discusso da Dressler e Kelly[1], sebbene la raccolta fondi sia etica di per sé, quando intercalata in ambito sanitario può ledere la privacy del paziente minore e alterare le dinamiche di distribuzione delle risorse in modo non equo.

Nell'articolo vengono identificate 4 principali criticità della raccolta fondi a scopo medico: (i) perdita della privacy del paziente minore; (ii) impossibilità di verificare la veridicità degli intenti di chi raccoglie fondi; (iii) maggiore facilità di raccolta di fondi per coloro che hanno maggiore accesso ai media, nonché per determinate categorie di popolazione – in base a sesso, razza, ceto sociale; e (iv) minore spinta a colmare eventuali mancanze del sistema sanitario. Oltre ai punti sopraelencati, tutt'altro che trascurabile è l'influenza che le compagnie di raccolta fondi hanno nel successo di una data campagna, potendo decidere quali campagne approvare e a quali dare

[21] Diekema D.S., 2004. Parental refusals of medical treatment: the harm principle as threshold for state intervention. *Theor Med Bioeth*; 25(4):243-64

maggiore visibilità. L'accesso al trattamento dunque non sarebbe più basato solo su criteri etico-scientifici, bensì verrebbero introdotte anche norme di mercato.
Inoltre, Truog [22] fa notare come, sebbene la raccolta fondi possa essere sufficiente a coprire le spese della terapia del singolo paziente, si deve considerare che l'esistenza di centri di terzo livello in cui vengono sviluppati farmaci sperimentali dipende da contributi di tutti i cittadini, con costi notevolmente maggiori al singolo trattamento offerto.
Alla luce di questi due fattori permettere a qualcuno di accedere a un trattamento sperimentale privo di benefici significativi solo perché in grado di coprire con fondi propri il costo del singolo trattamento potrebbe essere interpretato come un danno alla società.
In ultimo, a livello di avanzamento scientifico l'accesso a un trattamento non ancora testato sul modello animale potrebbe essere interpretato come un danno alla ricerca scientifica nel momento in cui avviene al di fuori di un trial clinico robusto.
Come evidenziato da Bender et al.[23] intendere un farmaco sperimentale come una terapia e non come una molecola da testare è un errore che può avere importanti ripercussioni sulla società e sulla ricerca.
Eventuali risultati positivi del trattamento sperimentale ottenuti al di fuori di un trial clinico di alta qualità, oltre a non poter costituire una base solida per futuri pazienti con la stessa patologia, potrebbero innescare una pericolosa reazione a catena fungendo da precedente per bypassare la sperimentazione clinica e, di fatto, riducendo le opportunità che quest'ultima venga intrapresa nei tempi e modi corretti.

4. Le conseguenze.

Se i contenuti prodotti sulle vicende Gard ed Evans sono di difficile analisi, ancor più complessa è l'analisi delle conseguenze dei due casi.
Significative sono le informazioni raccolte ed elaborate dalla Professoressa Ranjana Das, esperta di Social Media e Comunicazione che ha messo in luce: (i) il massivo utilizzo di parole violente sui social media quali "omicidio" e "ucciso" in associazione al GOSH dove Charlie era ricoverato; (ii) i numerosi Twitterstorm (improvvisi e notevoli aumenti dei tweet relativi a un argomento) in cui sono state ripetute più volte le stesse parole che evocano immagini di violenza inflitta a un individuo vulnerabile da parte dell'ospedale; e (iii) il ruolo di personaggi populisti nel rinvigorire periodicamente questi enormi flussi di commenti polarizzati e polarizzanti.[24]
Sull'onda della contestazione generale di massa che si sviluppa tra i social media è facile commettere – volutamente o no – errori che si traducono in un secondo momento in opinioni personali deviate e a loro volta devianti.

---

[22] Truog R.D., 2017. The United Kingdom Sets Limits on Experimental Treatments: The Case of Charlie Gard. *JAMA*; 318(11):1001-1002

[23] Bender S. et al., 2007. Access for the terminally ill to experimental medical innovations: a three-pronged threat. *Am J Bioeth*; 7(10):3-6

[24] Das R., (2017, August 4). The Charlie Gard twitterstorm: a violent and negative impact (new research). [Blog post] Retrieved from: http://blogs.lse.ac.uk/polis/2017/08/04/the-charlie-gard-twitterstorm-a-violent-and-negative-impact-new-research/

Sui casi Gard ed Evans le notizie diffuse – anche di natura scientifica – sono state accompagnate da imprecisioni e approssimazioni. Tuttavia storie così complesse non possono che trarre svantaggio da tali imprecisioni e approssimazioni.
Non adottare un approccio critico nella valutazione e interpretazione dei fatti è un errore che si corre sui social media pur di esprimere la propria opinione, senza pensare a come la stessa possa incidere su un'onda di disinformazione allarmante.
I dati raccolti dalla Professoressa Das, unitamente agli episodi di minacce ricevute da parte dei medici, dimostrano come i social media possano condurre a veri e propri "eventi sociali di massa" in cui, se le premesse non sono rigorose e trasparenti, può prevalere il lato emotivo con tutto il suo impeto e i rischi associati.
Tra tali rischi è certamente d'impatto sulla pratica clinica la perdita di fiducia e di rispetto tra genitori e medici.
Fiducia e rispetto sono elementi cruciali del rapporto medico-paziente. Qualora persi diventa difficile ristabilirli e ogni decisione riguardo al minore si carica di maggiore difficoltà, col rischio di non riuscire ad agire nel migliore interesse del bambino.
Stammers, esperto di bioetica, evidenzia come una perdita di fiducia nei medici da parte dei genitori possa essere alimentata da un uso incorretto dei social media e come possa condurre in ultimo, come nel caso di Charlie, a un danno per entrambe le parti. *"La lezione più importante da imparare è quanto facilmente una perdita di fiducia tra i genitori di un bambino malato e i medici possa degenerare in un conflitto lesivo per tutte le parti, un conflitto che si compie sotto i riflettori dei media internazionali"*[25]
Nel momento in cui l'opposizione tra genitori e medici valica i confini dell'ospedale e giunge alle porte del tribunale, entrambe le parti ne escono inesorabilmente perdenti. Infatti, sebbene di difficile interpretazione, il miglior interesse del bambino non risiede sicuramente nei lunghi tempi di un procedimento giudiziario e nelle attese che ne conseguono.

5. Conclusioni

I delicati temi riguardo al fine vita messi in luce dai casi Gard ed Evans hanno suscitato il vivo interesse di due mondi paralleli: media e accademia.
L'elevata risonanza mediatica dei due casi testimonia al contempo l'interesse e l'impreparazione – tecnica ed emotiva – della popolazione generale riguardo al fine vita.
Se l'interesse è un fattore positivo in quanto promotore di un confronto, questo può risentire in modo negativo dell'impreparazione tecnica ed emotiva, soprattutto quando affiancato dalla perdita di fiducia nei confronti degli esperti e/o dalla valutazione di dati incompleti o distorti, volutamente o non.
Il vivo interesse della popolazione riguardo a questi temi dovrebbe trovare nel mondo accademico un elemento in grado di incanalarne l'energia per arrivare a riflessioni approfondite sul fine vita.
A tal fine è importante promuovere la creazione di punti di contatto tra i due mondi paralleli in cui gli esperti possano incontrare la popolazione generale fornendole i dati corretti e i giusti mezzi per sviluppare un dibattito costruttivo.

[25] Gallagher A., 2017. What can we learn from the case of Charlie Gard? Perspectives from an inter-disciplinary panel discussion. *Nurs Ethics*; 24(7):775-777

Al contatto tra i due mondi dovrebbero contribuire sia gli esperti, tramite un attivo coinvolgimento nel rendere quanto più intellegibili possibile le criticità identificate e le argomentazioni avanzate riguardo a temi delicati e complessi, sia i media, tramite una visibilità a tali esperti almeno pari a quella data all'opinione di persone con accesso a informazioni parziali, se non distorte.
La speranza è quella di ridurre la possibilità che in futuro si creino nuovamente le condizioni che hanno portato all'ingiusta e lesiva distinzione tra oppressi e oppressori in scenari simili, accorciando anzi la distanza tra esperti e popolazione in un momento delicato quale il fine vita.

L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano

di ***Arianna Carminati*** *(ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Brescia)*

Il principio di autodeterminazione terapeutica, privo di riscontro testuale in Costituzione, si è affermato nel nostro ordinamento "all'ombra" del diritto alla salute, che è stato accolto in termini ampi fino a giustificare anche atti medici non strettamente curativi e persino lesivi dell'integrità fisica, legittimando al contempo l'intervento del sanitario che li compie. La sovrapposizione di questi due principi – autodeterminazione e salute – ha però finito col confondere e rendere ambiguo il paradigma di riferimento dal quale ha preso le mosse il legislatore per mettere "sotto tutela" talune pratiche mediche e addossare al "paziente" i costi di una certa "socializzazione" di libere scelte individuali dirette alla soddisfazione di bisogni intimi e privatissimi. Questa impostazione ha altresì talvolta forzato il medico a svolgere il ruolo improprio di custode dell'etica pubblica e di un'accezione condivisa della salute e della dignità personali che, senza ricadute per la collettività, servono solo a "proteggere" l'individuo da "sé stesso" anche quando sia pienamente capace di selezionare in modo consapevole gli interessi da tutelare e quelli da sacrificare per la propria realizzazione esistenziale. L'articolo, partendo dall'esplicito richiamo del principio di autodeterminazione contenuto nella recente legge n. 219 del 2017 sul consenso informato, vuole mettere in evidenza, da una prospettiva costituzionalistica, i limiti sottesi a tale commistione e – nel solco della distinzione tracciata nella Carta dei diritti UE tra tutela dell'integrità psico-fisica e accesso ai servizi sanitari – mira a disarticolare il principio di autodeterminazione sul proprio corpo dal diritto alla salute. Tale distinguo può servire a riconoscere nuovi e più ampi diritti di libertà, specie con riferimento alle scelte di fine vita, e a contestare l'ambigua posizione di garanzia di matrice penalistica che viene normalmente riconosciuta al medico nel rapporto col paziente.

The principle of therapeutic self-determination, which has not a textual recognition in the Italian Constitution, has been affirmed in our legal system "in the shadow" of the right to health. Indeed, even medical acts that are not strictly curative and that can damage the physical integrity have been justified through the interpretation of the latter, also legitimizing interventions of this kind of the medical staff.
The overlap between these two principles has led to confusion about the reference parameters to consider by the legislator in order to give legal protection to some particular medical procedures. This approach has sometimes forced physicians to assume the inappropriate role of "guardians" of public ethics, making them decide for their patients even when the latter are fully capable to choose for themselves in relation to their existential realization.
This paper, starting from the explicit reference to the principle of self-determination contained in the law n. 219/2017 on informed consent, wants to highlight, from a constitutional perspective, the limits of this interpretive perspective. At the same time this work try to underline – following

the distinction between the protection of psycho-physical integrity and access to health service indicated in the EU Charter of Fundamental Rights – the importance to consider separately the principle of self-determination in the medical field from the right to health.
This distinction can be useful in order to recognize new rights of freedom, also concerning "end-of-life choices". Moreover, this differentiation is essential to better framework the ambiguous safeguards in criminal proceedings of practitioners in their relationships with patients.

Sommario: **1.** L'inclusione del principio di autodeterminazione tra i riferimenti costituzionali della legge n. 219 del 2017 sul consenso informato. – **2.** Autodeterminazione, salute, e diritto al consenso informato nella lettura della Corte costituzionale. – **3.** La violazione del consenso informato come indebita manomissione dell'integrità personale e la sua sottovalutazione nella giurisprudenza comune. – **4.** La salute come impropria giustificazione degli atti medici non terapeutici e come pretesto per piegare il consenso informato in funzione di controllo sulle decisioni individuali. – **5.** Il potenziale espansivo del principio di autodeterminazione in campo biomedico.

1. L'inclusione del principio di autodeterminazione tra i riferimenti costituzionali della legge n. 219 del 2017 sul consenso informato.

Quasi sul finire della XVII legislatura il Parlamento ha approvato la legge n. 219 del 2017 recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», intervenendo a fare chiarezza su un terreno – quello del rapporto medico-paziente, specie con riguardo alle fasi finali della vita – fortemente intriso di questioni etiche e da anni al centro del dibattito pubblico. Tale disciplina di portata generale mira a valorizzare la volontà della persona, anche nei momenti di maggiore fragilità, attraverso il diritto al consenso informato la cui tutela è rafforzata a partire dall'individuazione di *una base costituzionale ampia* sulla quale esso viene fatto poggiare. Infatti il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017 si richiama ai «principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», che proteggono il «diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona».
Il legislatore sceglie dunque di esordire mettendo in chiaro i suoi riferimenti, in modo niente affatto scontato[1]. In particolare, fra i presupposti indicati nel testo della legge fa finalmente la sua

[1] Parla di una previsione, nel suo insieme, «tutt'altro, per così dire, che di "maniera"», G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *Riv. BioDiritto*, 2018, 2, p. 102. In dottrina si sottolinea inoltre la novità di questo *incipit* rispetto a quello indicato nel precedente (controverso) disegno di legge "Calabrò" (si trattava dell'A.C. 3596 recante «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento», presentato alla Camera dei deputati il 9 febbraio 2008 e mai definitivamente approvato, sul quale, criticamente, v. C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato "Calabrò"sul consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Forum cost.*, 2009). Sul punto cfr. A. LO CALZO, *Il consenso informato alla luce della nuova normativa tra diritto e dovere alla salute*, in *Riv. GdP*, 2018, p. 10, che osserva come il ddl "Calabrò" fosse ispirato ad un'etica totalmente diversa da quella dell'attuale legge poiché si riferiva alla «tutela della vita umana, quale diritto inviolabile e indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nelle ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi previsti dalla legge».

comparsa anche l'autodeterminazione come autonomo principio fondamentale, accanto e in dialogo con gli altri principi costituzionali elencati nell'*incipit*.
Questo esplicito richiamo legislativo deve essere particolarmente apprezzato tenendo conto del fatto che parte della dottrina costituzionalistica esclude che il principio di autodeterminazione in materia sanitaria possa essere utilizzato, nel nostro ordinamento, come parametro di portata generale dal quale far discendere la tutela giuridica di generiche pretese in ordine al governo del corpo, se esse non siano anche specificamente e puntualmente contemplate nei singoli diritti di libertà riconosciuti dalla Costituzione[2]. E del resto occorre ammettere, con questa dottrina, che del concetto di autodeterminazione terapeutica è stato fatto, finora, un uso moderato[3], anche a livello giurisprudenziale, solo di recente intensificatosi[4], ma senza che sia ancora stato chiarito

[2] Cfr., specialmente, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria dir. e St.*, 2009, 2, p. 258 sgg., il quale ritiene che in base alla Costituzione «non di "autodeterminazione" dell'individuo si dovrebbe parlare, ai fini di una valutazione sulla meritevolezza della tutela costituzionale, ma delle singole scelte e decisioni che questo assume o compie». In senso analogo, cfr. L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO, *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Giuffrè, 2012, p. 11 sgg. e G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, 2014, p. 27 sgg. Questa dottrina, pur non abbracciando un'interpretazione necessariamente originalista della Costituzione, sottolinea tuttavia come i costituenti non avessero inteso consacrare nell'art. 32 Cost. il principio di autonomia rispetto alle cure come specificazione di un più generale principio di libertà che informerebbe l'intera Costituzione, mentre miravano soltanto ad escludere il ripetersi di alcuni drammatici episodi di utilizzo delle persone a fini sperimentali, i quali erano stati perpetrati specialmente (ma non soltanto) durante il regime nazifascista. In senso nettamente contrario cfr. V. POCAR, *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in *Soc. dir.*, 2009, 3, p. 159 sgg., il quale si oppone a tale riduttiva lettura dei lavori dell'Assemblea Costituente e ne ripercorre analiticamente le tappe, giungendo a dimostrare il fondamento anche originario del principio della libera disponibilità del corpo che i costituenti avrebbero stabilito in via generale, ai sensi dell'art. 13 Cost. e, nell'ambito specifico della salute, ai sensi dell'art. 32 Cost. Per una ricostruzione del dibattito costituente sull'art. 32 Cost. cfr. anche S. MORATTI, *Il diritto al rifiuto delle cure salvavita: il dibattito tra i Padri Costituenti sull'art. 32.2 della Costituzione*, in *Politeia*, 2012, p. 29 sgg.
[3] L. ANTONINI, *cit.*, p. 23.
[4] Cfr. spec. Cons. St., Sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058, in *Foro it.*, 2017, 7-8, III, col. 377, e Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748, in *Giust. Civ.*, 2008, 7-8, p. 1727 sgg. Nella giurisprudenza costituzionale v. da ultimo l'ord. n. 207 del 2018 che rinvia di un anno la tuttora pendente decisione in ordine alla legittimità del reato di aiuto al suicidio previsto dall'art. 580 c.p. In questo pronunciamento la Corte costituzionale richiama la necessità di tutelare la «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.». Va detto che in premessa l'ordinanza esclude che «un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita» debba sempre prevalere e che sia dunque precluso al legislatore dare invece rilievo, contemperandoli, ad altri interessi costituzionalmente rilevanti. La Corte fa salva, conseguentemente, la possibilità di vietare penalmente ogni forma di aiuto al suicida, come indiretta limitazione dell'autodeterminazione di quest'ultimo, per la necessità di «scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere». Si vuole, dunque, in primo luogo proteggere la *genuinità della volontà* dell'individuo da eventuali tentativi di "eterodeterminazione" da parte di chi approfitti della debolezza delle persone malate in modo grave o irreversibile. In questo senso, secondo la Consulta, la scelta di punire chi cooperi anche solo materialmente alla dissoluzione della vita altrui non appare in astratto eccessiva, poiché la mancata sanzione di tale condotta da parte dell'ordinamento potrebbe a sua volta condizionare la volontà della persona fragile. La scelta suicidaria infatti – osserva la Corte – non incontrando ostacoli "indiretti", potrebbe d'altro canto risultare indebitamente rafforzata da tale "vuoto normativo".

fino in fondo il rapporto tra tale riferimento e il diritto alla salute e all'integrità psico-fisica, termini che sono spesso impiegati in modo confuso e sovrapposto[5].

Le riflessioni qui di seguito proposte prendono le mosse dalla constatazione che «l'autodeterminazione in ambito medico è solo un'espressione particolare di un generale potere di disposizione del proprio corpo che, originariamente affermato dall'art. 5 del codice civile con importanti limitazioni, si è poi via via liberato di tutte quelle imposizioni sociali che non resistevano all'applicazione in ambito giuridico del principio consequenzialista di John Stuart Mill, secondo il quale una limitazione della libertà individuale è giustificata solo se l'esercizio di quella libertà arreca danno a terzi»[6].

Nel condividere tale premessa, si deve però aggiungere che la libertà di disporre del proprio corpo si pone effettivamente in termini problematici non solo (e non tanto, quanto alla relazione di cura) quando si sostanzi in attività che possano arrecare danno a terzi, o quando essa entri direttamente in conflitto con l'interesse alla salute collettiva[7]. Il problema sta piuttosto nel fatto che la libertà di realizzare le proprie aspirazioni utilizzando gli strumenti della medicina, anche quando si tratti di interventi che restano circoscritti entro la sfera individuale, comporta normalmente di dover coinvolgere «un'altra persona e il diritto deve qualificare i comportamenti di quest'ultima»[8]. Il focus, dunque, dev'essere puntato sul medico e cioè sul soggetto che partecipa con un proprio atto professionale al perseguimento del benessere psico-fisico della persona. Occorre in particolare comprendere in che termini e in che misura il diritto di ciascuno ad autodeterminarsi legittimi e possa forgiare il contenuto di interventi *manu alius*, e specialmente da parte di chi abbia la competenza e l'autorizzazione ad esercitare la professione medica[9].

La circostanza stessa che la possibilità di autodeterminarsi accedendo a determinati trattamenti sanitari si esprima nella forma del consenso informato, a ben vedere, mette subito in risalto come si tratti di regolare i termini di una *relazione* nella quale la libertà individuale deve comporsi e coordinarsi con lo "statuto costituzionale" del medico, il quale opera in regime di autonomia e al contempo risponde della sua attività sul piano civile, penale, e deontologico. Infatti, come ha

---

[5] Parla di «giurisprudenza non sempre limpida nel ricorso alle nozioni di salute e di integrità fisica», D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, 2002, p. 118. Analogamente, P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ – P. ZATTI, *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C.M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI, Giuffrè, 2011, I, p. 164, valuta che «le sfere riservate all'autodeterminazione e ai diritti all'integrità fisica, alla libertà personale e alla salute si siano ormai progressivamente avvicinate, finendo – *talvolta* – per sovrapporsi e confondersi».

[6] A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, 2016, p. 113. In ordine invece alla necessità di conciliare la prospettiva «individualistica-libertaria» dell'autodeterminazione con quella «eterocentrico-altruistica» che si esprimerebbe nel principio di solidarietà, in quanto si tratterebbe di due visioni poste entrambe a fondamento del costituzionalismo contemporaneo, cfr. A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Pol. dir.*, 2014, 3, p. 403 sgg. L'A. propone inoltre di fare riferimento, piuttosto che al principio di autodeterminazione – giudicato potenzialmente «aggressivo» – al più mite concetto di libertà di coscienza, per porsi in una prospettiva dalla quale, a suo avviso, sia più facile cogliere «l'idea di un «io» che cerca di convivere armonicamente con un «noi»» (Id., p. 444).

[7] G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure e interessi diversi dalla salute pubblica*, in *Riv. AIC*, 2017, 2.

[8] A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, p. 271.

[9] In argomento sia consentito rinviare a A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Cacucci, 2018.

osservato la Corte costituzionale in più occasioni, a partire dal 2002[10], «in materia di pratica terapeutica la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»[11]. Il medico, in particolare, da un lato risponde, sul piano operativo, della conformità delle sue valutazioni e dei suoi interventi ai dettami della scienza e, dunque, degli eventuali danni colpevolmente causati al paziente. Dall'altro lato, ogni attività medica, anche la più banale, deve essere personalizzata, e richiede di dedicare alla relazione di cura un tempo adeguato[12] non solo allo scopo di adattare da un punto di vista clinico le terapie standard alle caratteristiche specifiche del caso concreto, ma prima ancora per la necessità di raccogliere il consenso del paziente dopo averlo adeguatamente informato rispetto ai contenuti della cura proposta e alle eventuali possibili alternative.
Così, anche quando la decisione clinica fosse il risultato della «semplice applicazione di uno stato dell'arte consolidato», per cui il medico tende a non porsi «troppe domande sulla desiderabilità dei possibili esiti per il paziente e sulle probabilità in gioco», eventuali difficoltà potrebbero nascere da un rifiuto, per quanto raro, del paziente di prestare il proprio consenso all'atto medico. Il medico, non tarda a comprendere, nella sua pratica quotidiana, i limiti dell'applicabilità al singolo paziente dello stato dell'arte[13].
D'altro canto, il personale sanitario non deve acconsentire alla richiesta di una prescrizione al solo scopo di compiacere il paziente, né può rendersi disponibile a prestare «trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»[14].
In definitiva la figura del professionista appare essere "stretta" tra diversi fuochi: le regole tecniche dell'autorità scientifica e quelle deontologiche dell'ordine professionale; i vincoli imposti dall'ordinamento giuridico e dall'organizzazione sanitaria di appartenenza; l'affidamento e le rivendicazioni di pazienti sempre meno supini e sempre più esigenti, i quali sono per di più nelle condizioni di informarsi anche attraverso propri canali[15]. Come ammoniva già qualche anno fa il Comitato nazionale di Bioetica: «La posizione del medico nella società è da considerarsi da sempre collocata in un'area di ambiguità che non solo non si è dissipata nel corso dei secoli ma

[10] Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 3, p. 2015 sgg., con commenti di A. D'ATENA, *La Consulta parla… e la riforma del Titolo V entra in vigore*, e D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*.
[11] Gli stessi presupposti dell'atto medico indicati dalla Corte costituzionale vengono ora richiamati al comma 2 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017, che stabilisce: «È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico».
[12] Come specifica il comma 8 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».
[13] Così P. CASALI, *L'informazione per una decisione clinica razionale*, in A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, Giuffrè, 1996, p. 76 sgg.
[14] Secondo quanto ora dispone il comma 6 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017.
[15] La diffusione di internet, in particolare, fa emergere un nuovo modello di accesso alle cure in cui lo storico rapporto di fiducia tra medico e paziente viene profondamente trasformato dalla possibilità di acquisire informazioni e persino di intrattenere relazioni con specialisti attraverso le comunità virtuali. In argomento v. L. RUFO, *Social media e consulto medico: tra opportunità e rischi per i pazienti*, in *Inf. Dir.*, 2017, 1-2, p. 383 sgg.

sta accentuandosi alla fine di questo secolo prospettando scenari futuri forse ancora più difficili»[16].

In questo contesto, ora, l'affermazione esplicita del principio di autodeterminazione terapeutica contenuta nella legge n. 219 del 2017 contribuisce a disegnare nuove coordinate entro le quali il medico dovrà muoversi con ancora maggiore cautela, alla ricerca di una sempre più difficile conciliazione del bisogno di cura, per come identificato dall'assistito, con l'appropriatezza clinica ed economica delle prestazioni erogate[17], per di più maneggiando strumenti del progresso tecnologico che aprono prospettive inedite di gestione del corpo[18], e dovendo inoltre tenere conto della complessa realtà organizzativa (pubblica o privata convenzionata) nella quale la professione sanitaria principalmente si svolge[19].

2. Autodeterminazione, salute, e diritto al consenso informato nella lettura della Corte costituzionale.

La Costituzione italiana non contiene un riferimento esplicito al principio di autodeterminazione terapeutica, né al principio del rispetto della vita privata e familiare dal quale, nell'esperienza giuridica nord-americana, è anzitempo gemmato tale principio[20].

Il secondo comma dell'art. 32 Cost.[21] contempla, in effetti, la libertà di cura solo in forma di divieto (negativo e tendenzialmente assoluto) di subire un determinato trattamento sanitario contro la propria volontà. Tale libertà, quando resti confinata entro la semplice pretesa di non interferenza nella sfera personale, è opponibile *erga omnes* e va dunque riconosciuta anche nel

---

[16] Comitato nazionale di Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, parere del 14 dicembre 2001.

[17] Ai sensi dell'art. 14 del Cod. deont. Med. (2014) la proposta terapeutica deve «fondarsi sulle evidenze scientifiche disponibili, sull'uso ottimale delle risorse e sul rispetto dei principi di efficacia clinica, di sicurezza e di appropriatezza»

[18] Le acquisizioni tecnico-scientifiche, inoltre, espongono gli individui a nuovi e maggiori rischi di restare "imprigionati" in sofisticati meccanismi invasivi che consentono il prolungamento "innaturale" dell'esistenza umana. Su questi argomenti v. già I. ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute*, Mondadori, 2004.

[19] Su questi diversi profili, cfr. i contributi pubblicati in M. SESTA, *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Maggioli, 2014. V. inoltre A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 2, p. 424.

[20] In riferimento al diritto alla *privacy* sul quale fanno leva gli ordinamenti di stampo liberale per affermare il diritto all'autodeterminazione individuale v. L. ANTONINI, *cit.*, p. 16 sgg. Anche il sistema della CEDU, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo, riconosce il principio di autodeterminazione come espressione, specialmente, dell'art. 8 della Convenzione sul rispetto della vita privata e familiare. La giurisprudenza europea ha utilizzato tale principio soprattutto in materia di "fine vita". Cfr. in proposito G. RAZZANO, *cit.*, p. 53 sgg., E. CRIVELLI, Koch c. Germania*: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge*, in *Riv. AIC*, 2012, 4 e Id., Gross c. Svizzera*: la Corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, in *Riv. AIC*, 2013, 3. Per una ricostruzione in chiave storica e filosofica delle riflessioni giuridiche intorno al corpo e ai diritti sulla propria persona cfr. V. MARZOCCO, *"Dominum sui". Il corpo tra proprietà e personalità*, Ed. Scientifica, 2012.

[21] Sulla possibilità di fondare il diritto al consenso informato esclusivamente nell'art. 32 Cost., in relazione specialmente al diritto a non essere sottoposti a trattamenti sanitari contro la propria volontà, cfr., nella dottrina costituzionalistica, D. MORANA, *op. ult. cit.*, p. 4972; C. TRIPODINA, *cit.*, p. 329 sgg., A. SIMONCINI – E. LONGO, *Commento all'Art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Giappichelli, 2006, p. 665 sgg.

rapporto medico-paziente implicando, da parte del primo soggetto, un semplice dovere di inattività.

L'articolo 32 Cost., tuttavia, non risolve in modo altrettanto chiaro tutta una serie di situazioni nelle quali, invece, la volontà del paziente si dovrebbe realizzare attraverso un'azione positiva del medico, a partire da quella che parrebbe una mera riproposizione del diritto di rifiutare le cure, ossia la revoca del consenso inizialmente prestato e, dunque, la richiesta rivolta al medico di *interrompere* una terapia già in atto[22].

D'altro canto, se ci si limitasse ad inquadrare la libertà di cura solo come diritto negativo di escludere interventi non voluti sul proprio corpo, inevitabilmente resterebbe compromessa l'essenza stessa del diritto alla salute come diritto fondamentale[23] di potersi curare[24].

Invero, sebbene non esplicitamente, anche tali aspetti della relazione medica sono però sostanzialmente ricavabili dall'art. 32 Cost. Infatti, la necessità di acquisire il consenso del paziente quale presupposto che legittima l'atto medico si deduce con un mero ragionamento a contrario: «se i trattamenti obbligatori devono essere imposti per legge, tutti gli altri non possono ritenersi obbligatori, e quindi devono corrispondere ad una manifestazione di volontà dell'interessato»[25]. Tale accezione del consenso per così dire *autorizzativa* dell'attività medica è pacifica e, del resto, risponde ad un principio deontologico antico quanto la stessa medicina[26].

---

[22] «Tale richiesta coinvolge, infatti, di necessità almeno un'altra persona e pertanto esce dall'autonomia e rientra nella eteronomia, nel dominio dei rapporti intersoggettivi di cui primariamente si occupa il diritto» (L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 759 sg.). Cfr. inoltre G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubb.*, 2008, p. 85 sgg. Dal punto di vista del medico l'atto interruttivo di una terapia salvavita va comunque considerato come una condotta eutanasica secondo G. RAZZANO, *cit.*, p. 94 sgg.

[23] Sottolinea l'importanza della qualifica «diritto fondamentale» che la Costituzione destina soltanto al diritto alla salute, e che lo contraddistingue rispetto agli altri diritti inviolabili sanciti nel testo costituzionale, D. MORANA, *op. ult. cit.*, p. 4972, la quale critica l'assimilazione del primo concetto nel secondo, per effetto di una giurisprudenza costituzionale giudicata «poco attenta». Per F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 378, «mentre la subordinazione dell'attività terapeutica alla semplice approvazione del soggetto assistito mirava a garantire unicamente contro il pericolo, per il vero estremo e poco realistico, di terapie coattivamente imposte dal medico, il requisito del consenso informato intende scongiurare altresì che, sospinto dalla necessità di una cura, il paziente accetti il trattamento medico in assenza di una chiara e consapevole rappresentazione del rapporto tra i possibili costi e gli sperati benefici della terapia».

[24] E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Riv. AIC*, 2011, 4, p. 6, sottolinea che si è poco riflettuto sulla «funzione di "cerniera" o di "switch-off" del consenso informato» che collega le due dimensioni del diritto alla salute, come diritto "negativo", «da intendersi come pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi intervento pregiudizievole», e come diritto "positivo", «connesso alla pretesa dell'interessato di utilizzare i mezzi terapeutici disponibili e necessari per la tutela della propria salute». Mediante il consenso informato «il soggetto ha la possibilità di decidere di quale delle due dimensioni del diritto richiede tutela. Egli può decidere di rifiutare un determinato trattamento proposto, ed in tal caso viene garantito nel suo diritto a che terzi (in questo caso, il personale medico) si astengano da un trattamento sul proprio corpo; ovvero può decidere di consentire al trattamento, ed in tal caso deve essergli garantito il suo diritto alle cure».

[25] E. ROSSI, *cit.*, p. 6.

[26] A. FIORI, *Per un riequilibrio tra dovere di globale beneficialità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 1144 sgg., contesta la «*presunta novità dell'esigenza deontologica del consenso informato, che viene contrapposto all' "obsoleto paternalismo" dei tempi antichi*» (corsivo dell'A.) osservando, invece, che «risale addirittura al Corpus Ippocratico il

Secondo autorevole dottrina, inoltre, la citata disposizione costituzionale è sufficiente anche ad integrare un altro aspetto relativo alla relazione medico-paziente, ossia «il diritto del paziente di essere sufficientemente informato ed il collegato obbligo del medico di informarlo»[27], sebbene a rigore la Costituzione non dica nulla sul punto. In effetti è ragionevole e difficilmente contestabile sostenere che la possibilità di consentire e, prima ancora, il diritto di rifiutare una proposta terapeutica presuppongano anche il diritto, strumentale e pregiudiziale, di conoscere preventivamente le caratteristiche del trattamento sanitario in questione[28].

Il requisito del consenso informato, tuttavia – per come è andato delineandosi nella giurisprudenza, nelle carte internazionali, nei codici deontologici, nei singoli interventi normativi "sparsi" nel nostro ordinamento e, da ultimo, nella disciplina generale introdotta con la legge n. 219 del 2017 –, non è solo il presupposto legittimante l'attività medica e riconducibile al diritto di rifiutare le cure, ma sottintende qualcosa di più e di diverso. Secondo la più progredita elaborazione del rapporto medico-paziente che si è fatta strada a partire dagli ultimi due decenni del secolo scorso[29], infatti, il consenso informato permette al paziente di compartecipare alla decisione medica[30] in un contesto relazionale che non contempla soltanto l'adesione alla proposta curativa unilateralmente formulata dal medico ma che prevede, altresì, la definizione condivisa della cura da erogare[31]. Questo diverso approccio ha inciso radicalmente sui contenuti della

---

principio, ritenuto essenziale per la cura, della collaborazione tra medico e paziente, il quale ultimo informa il proprio curante dell'andamento della malattia e ne ottiene ulteriori suggerimenti». In senso contrario G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, 2008, p. 3 sg., secondo il quale c'è una netta discontinuità tra il concetto, storicamente risalente, di consenso – limitato al fatto «che l'operato medico dovesse essere approvato dal malato» – e quello attuale che si esprime nel consenso informato.

[27] G. U. RESCIGNO, *cit.*, p. 91, il quale osserva: «il diritto alla sufficiente informazione è implicitamente contenuto nella Costituzione». Sulla necessaria correlazione tra il principio del consenso all'atto medico e il diritto a ricevere un'adeguata informazione v. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute. Profili costituzionali*, in *Dir. e soc.* 1985, pp. 42-43. V. inoltre D. MORANA, *op. ult. cit.*, p. 4975, che parla di «diritto all'informazione per la tutela della salute».

[28] G. U. RESCIGNO, *cit.*, p. 91.

[29] Cfr. G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Giuffrè, 2012, p. 19 sg. Sull'origine americana del principio del consenso informato v. G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, *cit.*, p. 7 sg. Osserva M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 212, che bisogna «attendere la seconda metà del ventesimo secolo perché il consenso informato del paziente si affermi a pieno titolo come corollario dell'autonomia che si deve riconoscere alla persona in ambito medico».

[30] L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale segna «il passaggio da una dimensione puramente passiva del diritto individuale, come diritto alla protezione della propria sfera personale (fisica e psichica) ad una sua dimensione attiva vale a dire come diritto e libertà di essere, di disporre di sé e di autodeterminarsi» (così A. APOSTOLI, *Il fondamentale diritto alla salute nell'ordinamento italiano*, in A. ZAGLIO (a cura di), *Trattato di legislazione ospedaliera*, Padova, 2009, p. 8).

[31] L'articolo 5 della legge n. 219 del 2017 parla testualmente di *condivisione* della scelta curativa tra medico e paziente con riguardo alla pianificazione preventiva delle cure da praticare quando il paziente non sia più in grado di esprimere il proprio consenso. Inoltre, ai sensi dell'art. 20 del CDM del 2014: «La relazione tra medico e paziente è costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità. Il medico nella relazione persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura».

professione sanitaria, allargando il campo della valutazione medica[32] alla considerazione di aspetti nuovi e più complessi. Si è infatti imposto un cambiamento anche "interno" dello scopo della decisione clinica che deve perseguire la realizzazione di un esito favorevole per il paziente per essere considerata come benefica.

A tale diversa accezione del consenso informato, che si distacca decisamente da quella meramente giustificativa dell'atto medico[33], si è approdati seguendo un percorso che – prendendo le mosse dalla necessità di legittimare, come si dirà[34], taluni interventi sanitari privi di finalità terapeutica in senso stretto – ha dapprima ridefinito il concetto giuridico di salute, rimanendo dunque nel solco dell'art. 32 Cost., per ricomprendervi (in linea con la definizione di salute contenuta nella Carta fondativa dell'OMS[35]) la tutela del più generale benessere psico-fisico dell'individuo. La nozione costituzionale di salute come diritto fondamentale è stata progressivamente sganciata dal suo mero «significato "normativo" legato a standard»[36], fino al punto di far prevalere la dimensione psichica su quella fisica, come accade ad esempio negli interventi di rettificazione del sesso o di sterilizzazione volontaria. Il diritto alla salute non si limita perciò a preservare il corpo nella sua funzionalità organica[37] ma abbraccia anche altri aspetti della persona considerata nella sua interezza, fino a "sciogliersi" e a confondersi nell'identità individuale[38]. Ne consegue che

---

[32] A. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute. Da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Not. Pol.*, 1997, p. 31.

[33] Si tratta di aspetti certamente connessi, ma che conviene tenere distinti per comprenderne appieno le implicazioni. Sul punto G. PELLEGRINO, *Il consenso informato all'attività del medico. Fondamenti, struttura*, Key ed., 2015, p. 178, osserva: «l'individuazione di due distinti consensi, uno al contratto [di prestazione sanitaria], rilevante ex art. 1225 cc, ed uno alla prestazione, previsto dall'art. 32 Cost., è acquisizione della massima importanza. Infatti, la loro sovrapposizione è stata per decenni ciò che ha negato al tema del consenso informato un autonomo rilievo, e che ha ingenerato confusione tra i due tipi di consenso». Sull'ambiguità dell'istituto del consenso informato che può essere inteso come «mezzo di tutela del medico» o come «espressione della libertà personale del paziente», cfr. A. SANTOSUOSSO, *Situazioni giuridiche critiche nel rapporto medico-paziente: una ricostruzione giuridica*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 181 sgg.

[34] V. oltre, § 4.

[35] Pongono in questione il tentativo di descrivere la salute con un'unica definizione globalmente accettata A.R. JADAD – L. O'GRADY, *How should Health be defined?*, in *BMJ*, 2008, 337, p. 2900 sgg. Parte della dottrina sottopone a critica la definizione accolta dall'OMS perché la ritiene adatta piuttosto a descrivere lo stato emotivo, totalmente soggettivo, della felicità anziché la condizione personale, misurabile e osservabile, di salute. In questo senso v. ad es. R. SARACCI, *The World Health Organisation needs to reconsider its definition of Health*, in *BMJ*, 1997, 314, 1409 sg.

[36] P. ZATTI, *Rapporto medico paziente e integrità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 12, p. 403 sgg.

[37] G. GEMMA, voce *Integrità fisica*, in *Dig. disc. pubb.*, UTET, 1993, VIII, p. 452. M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 779, osserva che l'equazione salute-integrità fisica – secondo la quale «oggetto del diritto alla salute, sia nella sua dimensione individualistica che in quella pubblicistica e sociale, è quantomeno la complessiva integrità fisica dell'individuo» – che era già accolta prima dell'entrata in vigore della Costituzione, non sarebbe stata modificata in *peius* ma sarebbe stata ampliata. L'A., in particolare, si serve di questa premessa per allargare la tutela della salute prevalentemente verso la dimensione esterna all'individuo, e ricomprendervi anche il «diritto all'ambiente (salubre)».

[38] P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 406. Per C. M. D'ARRIGO, voce *Integrità fisica*, in *Enc. dir., Agg. IV*, Giuffrè, 2000, p. 723, il «concetto di salute si rivela quindi sul piano giuridico assai più ampio di quanto non lo sia nell'ambito medico» e, del resto, il «sistema costituzionale riconosce e garantisce altri valori della persona – pur essi riferibili al vasto tema della corporeità – antagonisti della protezione ad oltranza della salute individuale».

l'utilità complessiva dell'intervento, così intesa, può essere in ultimo stabilita solo dal paziente per sé stesso[39], perché intrisa di elementi che non appartengono immediatamente alla sfera dell'osservabile[40].

Anche la giurisprudenza costituzionale ha contribuito in modo importante a questa elaborazione, arricchendola però di un ulteriore, decisivo, passaggio. In particolare, quando la Corte costituzionale con la sentenza n. 438 del 2008[41] ha affrontato per la prima volta il tema del fondamento costituzionale del consenso informato agli atti medici lo ha fatto – osserva la dottrina – in modo inatteso e innovativo[42]. Per comprendere appieno la portata di questo pronunciamento va tenuto presente, innanzi tutto, che nell'occasione era in discussione la legittimità di una legge regionale in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti. Mosso dalla "buona intenzione"[43] di rafforzare la tutela di soggetti deboli e considerati giuridicamente non in grado di decidere da soli della propria salute, il legislatore voleva assicurare il coinvolgimento, da parte del medico, dei terzi esercenti la potestà sul minore. Si era perciò nel campo delle attività curative in senso stretto e la disciplina contestata riguardava la tutela del consenso informato espresso da una persona diversa dal destinatario delle terapie e, quindi, a stretto rigore, ci si riferiva ad un'ipotesi di "eterodeterminazione"[44] volta al perseguimento della salute altrui.

Ciò nonostante, in quella circostanza la Corte costituzionale – in maniera più precisa rispetto ai propri precedenti e per certi versi in maniera persino più netta anche rispetto agli spunti, certo importanti, tratti dalla giurisprudenza di legittimità[45] – affermava «l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso»[46], il cui fondamento veniva rintracciato anche fuori dall'art. 32 Cost., nel combinato disposto con i

---

[39] P. CASALI, *cit.*, p. 72.

[40] P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 237 sgg.. Come annota MARINI G., *Il consenso*, in S. RODOTÀ – M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del Biodiritto*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, 2010, p. 365, le potenzialità espansive del diritto alla salute «cominciano ad entrare in azione quando alla dimensione fisica di salute viene gradualmente affiancata quella psichica».

[41] Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 6, p. 4946 sgg., con commenti di R. BALDUZZI – D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, p. 4953 sgg., e di D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, p. 4970 sgg.

[42] R. BALDUZZI – D. PARIS, *cit.*, p. 4960.

[43] Così B. LELLI, *Consenso informato e attitudini garantistiche delle regioni*, in *Consulta on line*, 2008, p. 1.

[44] Sul tema dei pericoli insiti nell'enfatizzazione del principio di autodeterminazione che potrebbe nascondere la legittimazione del diritto di altri a decidere sulla vita o la salute dell'individuo, cfr. L. MINGARDO, *L'autonomia illusoria. Il diritto di autodeterminazione tra le maglie dell'eterodeterminazione*, in *Tigor: Riv. sc. com.*, 2010, 1, p. 120.

[45] Il più importante precedente al quale il giudice costituzionale attinge consiste nella cit. sent. Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748, sul "caso Englaro", nella quale si afferma la possibilità di ricostruire presuntivamente la volontà della persona in stato vegetativo permanente in ordine alla decisione di porre fine a trattamenti di sostegno vitale, poiché «Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta». In dottrina v. C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. Cost.*, 2008, 3, p. 545 sgg.

[46] R. BALDUZZI – D. PARIS, *cit.*, p. 4960. In senso analogo cfr. G. GRASSO, *cit.*, p. 42 sgg.

principi espressi dall'art. 2 Cost., che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona, e soprattutto nell'art. 13, primo comma, Cost. Secondo il giudice costituzionale, infatti, tale disposizione non contempla solo la libertà dagli arresti, ma in essa «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo»[47] e di perseguire, ai sensi dell'art. 2 Cost., il pieno sviluppo di sé come singolo e nelle relazioni con gli altri. La libertà di decidere del proprio corpo costituisce dunque una parte essenziale della libertà personale anche nel suo risvolto attivo (la *libertà di*[48]), e in campo biomedico si traduce nel diritto di scegliere se, come, dove e quando curarsi, accedendo[49] ad una prestazione sanitaria che, pur appropriata dal punto di vista clinico, sia al contempo adattata alle esigenze formulate dal paziente.
La sentenza giunge ad un approdo importante, frutto di un percorso argomentativo complesso all'esito del quale la libertà di cura è uscita dalla sfera meramente interna e negativa dello *ius excludendi alios*, per esprimersi, attraverso il principio di autodeterminazione individuale, anche nel diritto di scegliere modalità di cura il più possibile aderenti alle proprie preferenze e aspirazioni[50], e rafforzarsi, tramite il diritto fondamentale alla salute, nel diritto ad accedere[51] a tali terapie. Innestata nel contesto di una democrazia sociale, poi, la libertà di cura si perfeziona e

[47] La sentenza in commento si richiama, sul punto, alla motivazione con la quale, nella sentenza n. 471 del 22 ottobre 1990, la stessa Corte costituzionale aveva già individuato nell'art. 13 Cost. il riconoscimento della libertà di disporre in positivo del proprio corpo, sia pure in relazione al diverso ambito della tutela giurisdizionale (ed in particolare per legittimare le ispezioni personali eseguite a richiesta o previo consenso di colui che vi si sottopone volontariamente). La decisione era stata sottolineata in dottrina per la novità con la quale la Corte costituzionale aveva lasciato intravvedere l'operatività del principio di autodeterminazione non solo per illuminare il lato passivo o negativo della libertà di cura – intesa come *libertà da* – ma anche per riconnettervi la possibilità di disporre del proprio corpo come *libertà di*, ritrovandone il fondamento nell'art. 13, primo comma, Cost. (cfr. specialmente, R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" e in quello "passivo"*, in Foro it., 1, 1991, p. 15 sgg.). Sul consenso al trattamento sanitario come espressione del diritto alla disponibilità del proprio corpo cfr., inoltre, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 426.
[48] Cfr. R. ROMBOLI, *cit.*, p. 16.
[49] L'accessibilità non deve però necessariamente avvenire a spese della collettività, tanto più se la soddisfazione delle richieste del paziente comporti dei costi aggiuntivi rispetto alle prestazioni normalmente erogate dal sistema sanitario pubblico in situazioni analoghe. Resta infatti da stabilire entro quali limiti il diritto del paziente di optare per cure diverse da quelle normalmente prestate debba trovare soddisfazione da parte del S.S.N. a prescindere dai costi e dalle esigenze organizzative delle strutture sanitarie. Così, nell'esempio dei Testimoni di Geova che rifiutano l'emotrasfusione, è cronaca recente il caso di un paziente trasferito con aereo-ambulanza in un ospedale torinese per essere sottoposto ad un intervento con la tecnica operatoria sperimentale c.d. *bloodless* (A. MONDO, *Testimone di Geova operato all'aorta senza trasfusione di sangue*, in «La Stampa», ed. Torino, 23 gennaio 2018). L'intervento – riuscito – ha senz'altro comportato un aggravio di spesa e un impegno organizzativo maggiore rispetto a quelli normalmente praticati per le medesime patologie.
[50] Sulla necessità di ricostruire persino il concetto di accanimento terapeutico anche alla luce della volontà del paziente cfr. C. CASONATO, *Consenso e rifiuto cit.*, p. 574. V. inoltre, A. CARMINATI, *cit.*, p. 67 sgg.
[51] Rinviene nella nozione di diritto alla salute come diritto ad essere curati «plurimi profili» di tutela differenti per contenuto ed estensione C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2009, p. 325. Da questo punto di vista, infatti, il polisenso articolo 32 Cost. può essere ulteriormente scomposto ne: «1) *il diritto a ricevere cure tout court*, che può essere esercitato tanto nei confronti delle strutture pubbliche che dei privati, alla sola condizione di avere la capacità economica di sopportarne i costi» e «2) *il diritto a ricevere cure gratuite* (o pagate in prevalenza con denaro pubblico*) da parte delle strutture pubbliche, anche se non si è in condizioni di indigenza*».

si completa concretandosi, in forza dell'art. 32 Cost.[52], nella pretesa verso lo Stato che siano predisposti i beni e i servizi strumentali rispetto a tale scopo[53].
La Consulta descrive significativamente il consenso informato come strumento di *sintesi* di due diritti fondamentali della persona: il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione[54]. Si tratta di principi che operano normalmente in modo sinergico ma, nel distinguerli, si lascia intravedere la possibilità eventualmente di contrapporli e di bilanciarli, se necessario, per mettere meglio a fuoco gli interessi da tutelare e quelli da sacrificare in situazioni nelle quali la risposta medica non sia coincidente con le scelte esistenziali individuali. Situazioni nelle quali può diventare allora decisivo constatare che «solo l'autodeterminazione del soggetto può risolvere il problema della prevalenza tra valori riferiti alla stessa persona»[55], con talune importanti conseguenze sul piano pratico e giuridico che, come si dirà, stentano invece ad imporsi[56].

3. La violazione del consenso informato come indebita manomissione dell'integrità personale e la sua sottovalutazione nella giurisprudenza comune.

Come ebbe a rilevare il Consiglio di Stato, il consenso informato «presenta la duplice e paradossale caratteristica di essere un diritto fortemente affermato, ma debolmente tutelato»[57] nella quotidiana prassi professionale e, occorre aggiungere, che non viene quasi mai sanzionato in via giurisprudenziale.
Invero, il filone della responsabilità medica per violazione del consenso informato, che affianca quello per *medical malpractice*[58], assai raramente si traduce in forme concrete di garanzia per il paziente sia sul piano penale, dove l'atto medico arbitrario è sostanzialmente privo di rilevanza, sia sul piano della responsabilità civile, dove la risarcibilità della violazione del consenso informato è fortemente ristretta (per l'operare delle regole probatorie e per la considerazione delle

[52] La Corte costituzionale abbraccia dunque la tesi, sostenuta anche in dottrina, del "combinato disposto" che individua il fondamento del consenso informato nella sintesi degli artt. 2, 13 e 32 Cost. (cfr. A. LO CALZO, *cit.*, p. 4).
[53] B. PEZZINI, *cit.*, p. 25.
[54] Osserva infatti la Corte: «La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute».
[55] V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI-G. FERRANDO-C.M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, p. 597.
[56] Cfr. ad es. le conclusioni alle quali perviene G. RAZZANO, *cit.*, p. 108, secondo la quale: «Il "consenso dell'avente diritto" e la stessa inammissibilità dell'obbligo di sottoposizione ad un determinato trattamento sanitario valgono, a ben vedere, per ipotesi molto limitate: quelle in cui vi è una espressa e consapevole volontà di non volersi sottoporre ad uno specifico trattamento. Non possono dunque essere assolutizzati e isolati fino a divenire l'unico riferimento giuridico e costituzionale. Ne risulterebbe una assai riduttiva interpretazione del concetto per cui la salute è anche fondamentale interesse della collettività».
[57] Cons. St., III, sent. 2 settembre 2014, n. 4460. Per un commento in dottrina cfr. M. AMITRANO ZINGALE, *L'obiezione di coscienza nell'esercizio della funzione pubblica sanitaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 3, p. 1099 sgg.
[58] Sulla distinzione tra i due profili di responsabilità penale – per *medical malpractice* e per mancata acquisizione del consenso informato – cfr. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per* medical malpractice, in *Corr. del mer.*, 2006, p. 961.

voci di danno risarcibile)[59]. Pur con esiti in parte diversi, e numerose oscillazioni al loro interno, infatti, la giurisprudenza penale[60] e quella civile[61] sostanzialmente convergono sulla necessità di dare comunque rilievo ad un concetto *oggettivo* di salute quando si tratti di valutare la condotta del medico che abbia agito in difetto di consenso informato. Ciò porta, specialmente, ad alleggerire la sanzione dell'atto arbitrario che sia stato eseguito con perizia e, conseguentemente, al medico non possa essere addossato alcun addebito di colpa diverso dall'omessa informazione[62]. Così, le valutazioni sulla liceità del trattamento sanitario prendono le mosse, talora persino esplicitamente, dall'idea che la peculiare considerazione costituzionale per il diritto alla salute,

---

[59] Cfr. N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, in *Amm. camm.*, 2013; F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cas. pen.*, 2009, p. 1811 sgg.; ID., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2004, p. 140 sgg.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 377 sgg.; A. CAPPELLINI, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg*, 2016, p. 933 sgg.; G. IADECOLA, *Violazione consapevole della regola del consenso del paziente e responsabilità penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1325 sgg.; E. PALERMO FABRIS - S. RIONDATO, *Sull'atipicità penale dell'atto medico-chirurgico non consentito ma fausto nell'esito*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, 9, p. 395 sgg.; E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Cedam, 2000, C. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc pen*., 2014, p. 225 sgg.; A. VALSECCHI, *Una nuova pronuncia della Suprema Corte in tema di responsabilità del medico per trattamento chirurgico in assenza di valido consenso del paziente*, in *Dir. pen. cont*., 2012; G. GUERRA, *Lo "spazio risarcitorio" per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2010, p. 617 sgg.; L. VAGNI, *L'omessa informazione dei rischi del trattamento sanitario: spunti comparatistici*, in *Comparazionecivile.it*; R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, 2010; I. PIZZIMENTI, *Responsabilità civile del medico per violazione del dovere d'informazione: il crinale della necessità dell'intervento*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, p. 1176 sgg.; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008.

[60] M. BARNI, *I doveri del medico*, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ – P. ZATTI, v. III, *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI, Giuffrè, 2011. p. 152, osserva: «dopo un travaglio quasi ventennale, la cassazione penale va inoltre precisando come il non espresso dissenso o il difetto di consenso, in particolari circostanze quali si sviluppano nell'attività medica, non possano essere considerati produttivi di illiceità penale di un intervento anche diverso e ultroneo rispetto a quello convenuto, specialmente quando non ne derivi un danno e, ancora meno, quando ne derivi invece un beneficio per il paziente». Critica tale approdo giurisprudenziale C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari tra livello statale e livello regionale*, in *Le Reg.*, 2009, 3-4, p. 631, osservando la discrasia che si viene a creare tra la giurisprudenza costituzionale – che ricostruisce il consenso informato come principio fondamentale in materia di tutela della salute – e la giurisprudenza penale, nel cui ambito esso non trova alcuna tutela equivalente.

[61] Cfr. G. ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, 1817B; S. CACACE, *Ma quanto è debole il consenso informato! L'ultima giurisprudenza sul rifiuto dell'emotrasfusione. Apologia di un principio inutile (e qualche tentativo esegetico)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1, p. 18 sgg.

[62] Per una rassegna delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto si rinvia a A. CARMINATI, *cit.*, p. 37 sgg.

quale diritto fondamentale dell'individuo, si rifletta in un'assoluta specialità degli interventi terapeutici rispetto ad altre forme (illecite) di interferenza sul corpo della persona[63].
Dalla stessa prospettiva sembra muovere la sottolineatura dell'insanabile contraddizione tra la finalità di cura e l'*animus nocendi* del medico. Essa poggia sull'idea dell'intrinseca, oggettiva beneficialità dell'attività terapeutica che troverebbe conforto, di nuovo, nel rilievo costituzionale che si ritiene ad essa attribuito perché strumentale alla realizzazione del diritto alla salute[64].
Analogamente, l'ambivalenza che contraddistingue la professione medica (nel perseguire la salute come diritto individuale e come interesse collettivo) fa sì che l'ordinamento affidi al personale sanitario un ruolo di garanzia di matrice penalistica[65], che ne caratterizza l'attività e che è fonte di «responsabilità per omissione nell'adempimento di regole doverose di condotta finalizzate, per l'appunto, alla protezione dei beni affidati al personale sanitario»[66]. In questa chiave si possono leggere, del resto, anche alcune disposizioni della legge n. 219 del 2017 che, tradendo in parte le citate premesse di principio da cui muove la riforma, rimandano ad un'idea del rapporto medico-paziente di stampo paternalistico nella misura in cui ammettono che il medico sia comunque gravato di un autonomo obbligo di attivarsi a presidio della salute altrui.
Così, il comma 6 dell'art. 1 inquadra il rifiuto alla cura opposto dal paziente come una causa di esenzione della responsabilità del medico – la disposizione recita testualmente che il medico «è esente da responsabilità civile o penale» se asseconda il paziente che nega il consenso –, e sembra perciò degradare il consenso informato a semplice causa di giustificazione di un comportamento altrimenti doveroso e sostanzialmente autolegittimato. Da questo punto di vista l'astensione o la desistenza del medico in mancanza di consenso – il linea con la discutibile soluzione del "caso

---

[63] G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Cedam, 1998.
[64] Cfr., ad es., A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, p. 871 sgg. «Di qui, dalla particolare rilevanza del bisogno che connota l'intervento medico per ragioni di salute, si può ricavare una direttiva ai fini della determinazione in generale del risultato dovuto nell'obbligazione medica. Infatti, data la funzione sociale dell'attività medica correlata alla rilevanza costituzionale della salute vi è un interesse della collettività a non fomentare litigiosità e a non scoraggiare il medico».
[65] Sulla posizione di garanzia del medico in relazione all'art. 40, secondo comma, c.p. che attribuisce al sanitario l'obbligo di *attivarsi* a presidio della salute altrui, cfr. S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico bioetico e deontologico*, Giuffrè, 2013 e G. IADECOLA, *cit.*, p.120 sgg. A sua volta, concorda la giurisprudenza, il fondamento dell'art. 40, secondo comma, c.p., nel caso del medico, sarebbe da ricercare nei principi solidaristici riconducibili all'art. 2 Cost. in combinato con l'art. 32 Cost. (v., ad esempio, Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2005 n. 9739: «gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici, sono tutti "ex lege" portatori dì una posizione dì garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex articolo 2 e 32 della Costituzione nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità; e l'obbligo di protezione perdura per l'intero tempo del turno di lavoro»). Nella prospettiva civilistica, l'idea della preesistenza di un obbligo di attivarsi del sanitario, costituzionalmente fondato, rispetto all'instaurazione del rapporto medico-paziente si traduce nella figura dell'obbligazione da contatto sociale come fonte idonea a fondare la responsabilità contrattuale del medico. Sul superamento di tale inquadramento per effetto della legge c.d. Gelli-Bianco cfr. G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2015, 8-9, p. 816 sgg. e R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, 4, p. 161 sgg.
[66] G. LA MONACA – C. SARTEA – S. ANZILOTTI, *Tra autonomia professionale e autonomia del paziente: discrezionalità nelle scelte terapeutiche e posizioni di garanzia. Limiti e doveri del medico alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, *Dir. fam.*, 2010, 3, p. 1391.

Welby"[67] – sembra essere stata inquadrata non tanto come imprescindibile dovere, quanto piuttosto come fatto penalmente rilevante ma sostanzialmente scriminato. Analogamente, il comma 7 dell'art. 1 dispone che «nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e l'equipe assicurano le cure necessarie nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla». Detta disposizione – affiancando all'emergenza anche solo l'urgenza – sembra in effetti riferirsi a casi che vanno oltre lo stato di necessità[68] e legittimare perciò, in maniera forse troppo ampia e indefinita, tutti gli interventi comunque utili per la salute della persona interessata ma per i quali non sia stato possibile raccogliere tempestivamente la volontà del paziente.

Si tratta, credo, di ambiguità da respingere, perché se si torna all'*incipit* – per niente ridondante – della legge n. 219, non può che osservarsi che se proprio deve parlarsi di un dovere di garanzia del medico, esso non è quello di impedire la morte o di assicurare sempre comunque la salute del paziente, ma piuttosto quello di «impedire che il paziente rimanga privo della corretta offerta dei trattamenti possibili e dell'attuazione di quelli che accetta»[69].

È probabile che l'enfasi con la quale la giurisprudenza ha considerato la protezione costituzionale del diritto alla salute abbia però al contempo indotto a sottovalutare l'importanza della sottostante lesione (derivante dall'indebita intrusione) dell'integrità corporea che consegue all'atto medico arbitrario, benché curativo[70].

---

[67] G.u.p. Trib. Roma, 23 luglio 2007 n. 2049. Per un commento alla decisione cfr. A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie cit.*, p. 82. Sottopone a critica l'argomentazione che sorregge detto pronunciamento assolutorio in base al riconoscimento di una causa di giustificazione in capo all'anestesista che ha proceduto al distacco del respiratore artificiale, interrompendo un trattamento medico rifiutato dal paziente, C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, 5, p. 1807 sgg. L'A. prospetta invece una soluzione assolutoria alternativa, in termini di radicale atipicità della condotta del sanitario. Cfr. inoltre N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita tra testo costituzionale e applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. soc.*, 2011, 1, p. 159 sgg.

[68] Occorre per di più notare che il riferimento all'art. 54 del codice penale «in materia di stato di necessità ha giocato spesso un ruolo centrale nel riconoscere come di fronte al pericolo di vita, il medico avesse ampia discrezionalità nel considerare superato o non più attuale il rifiuto opposto dal paziente divenuto incapace di esprimersi» (C. CASONATO, *Consenso e rifiuto cit.*, p. 557).

[69] Così L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, 2008, 2, p. 759. In argomento v. anche S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, 2015, p. 80 sgg. Per A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *Riv. BioDiritto*, 2018, 1, p. 86, la formulazione del comma 6 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017 dovrebbe comunque servire a «tranquillizzare i medici circa la possibilità di subire misure repressive» in quanto «a fronte del rifiuto del paziente, non ricorrono gli estremi dello stato di necessità (art. 54 c.p.) o della cosiddetta posizione di garanzia (art. 40 c.p.), come giustificazioni per pratiche mediche interventistiche, ispirate a una malintesa medicina difensiva».

[70] In questo senso v. F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso cit.*, p. 1827, il quale osserva: «il diritto sancito dall'art. 32, comma 2 Cost., non è solo un diritto di libertà, la cui tutela debba essere affidata a un'apposita futura incriminazione situata – per l'appunto – nel capo dei delitti contro la libertà individuale, […]. il diritto in questione è anche, e direi in primo luogo, un corollario del più ampio diritto all'integrità fisica, inteso come diritto all'inviolabilità del proprio corpo». Ritiene invece opportuno percorrere la strada dei «delitti contro la libertà di autodeterminazione» ed inquadrare così, *de jure condendo*, il delitto di atto medico arbitrario, G. IADECOLA, *Violazione consapevole della regola del consenso del paziente*, cit., p. 1333. Merita peraltro ricordare che la connessione tra integrità e autodeterminazione è ben presente nella giurisprudenza della Corte EDU. Cfr. ad es. il caso *Pretty v. Uk*, 29 aprile 2002, par. 63: «In ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente condurre a un esito

Occorre allora domandarsi che rapporto ci sia, nel disegno costituzionale, tra integrità e salute[71], a seconda dei diversi contesti «in cui si tratta di porre regole riguardo alla salute – da quello del governo del proprio corpo (ivi compresa la questione dell'aborto), a quello del rapporto interindividuale medico-paziente, a quello dell'organizzazione sanitaria e della distribuzione (macro e micro) di risorse»[72]. Tali contesti, che risultano tutti compresi nel «caleidoscopio» di situazioni sottese all'art. 32 Cost.[73], sono stati invece separati nella Carta dei diritti dell'UE: con scelta felice il legislatore comunitario ha identificato e distinto il diritto fondamentale alla salute, che si esprime nella libertà individuale di disporre del proprio corpo in relazione ai trattamenti medici, dalla dimensione pubblica della tutela della salute collettiva, dalla quale origina il diritto sociale ad ottenere trattamenti sanitari erogati dallo Stato[74]. Soprattutto, nella prima prospettiva, la Carta non parla di diritto alla salute, ma di «diritto alla propria integrità psico-fisica» e specifica che, nell'ambito della medicina e della biologia, essa è tutelata proprio attraverso lo strumento del «consenso libero e informato della persona interessata» (art. 3). L'integrità è considerata elemento essenziale della dignità umana e, come tale, viene collocata fra i primi principi della Carta dei diritti[75]. Di contro, l'esigenza di protezione della salute che fonda il diritto di accesso ai servizi sanitari di prevenzione e di cura apprestati dagli Stati nazionali è tenuta normativamente distinta ed ascritta fra i diritti sociali che realizzano il principio di solidarietà (art. 35 del titolo IV della Carta).

In questo quadro, l'integrità del corpo non è un valore che può prescindere dall'autodeterminazione individuale e diventare oggetto di tutela da parte di terzi in virtù di un concetto di salute estraneo al sentire del paziente[76]. Detto altrimenti, quando la Carta europea indica nel consenso informato lo strumento primario di tutela dell'integrità nel campo della

---

fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, se è un adulto e sano di mente, costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art. 8, par. 1, della Convenzione», ossia il diritto al rispetto della vita privata e familiare che, come già osservato (v. sopra, nt. 20), nel sistema della Convenzione, rappresenta la base per il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione.

[71] Pone la domanda in termini analoghi R. ZATTI, *Rapporto medico-paziente cit.*, p. 403.

[72] ID., p. 405.

[73] F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 1825. Già B. PEZZINI, *cit.*, p. 25, osservava: «l'analisi del disposto dell'art. 32 cost. – punto di riferimento centrale per una riflessione sulla tutela della salute nell'ordinamento vigente – pone in rilievo immediatamente l'esistenza di una *posizione giuridica soggettiva complessa*, nella quale cioè assumono rilievo, contemporaneamente ed intrecciate tra loro, pretese a determinati comportamenti pubblici, pretese di astensione, situazioni soggettive di svantaggio».

[74] «Il dovere dello Stato di esercitare la funzione sanitaria per la tutela della salute della collettività ed insieme della salute di ogni individuo» è infatti correlato al diritto dei singoli «di pretendere dallo Stato la predisposizione dei beni e dei servizi strumentali rispetto a tale scopo: in questa prospettiva il *diritto alla salute*, inteso come diritto a determinate prestazioni da parte dello Stato, appare rientrare nella categoria dei *diritti sociali*» (B. PEZZINI, *cit.*, p. 25).

[75] Cfr. M. CARTABIA-P. TANZARELLA, *Integrità personale e tutela della salute*, in P. GIANNITI, *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2013, p. 682 sgg.

[76] Per una lettura, al contrario, preoccupata del collegamento che la Carta europea traccia tra consenso informato e tutela dell'integrità della persona, la quale rappresenterebbe un fondamento troppo debole per contrastare «gli interventi che non siano lesivi in sé, e che siano, invece, non desiderati, o che non corrispondano alla volontà della persona o al suo sistema di valori e alla sua visione del mondo» cfr. A. SANTOSUOSSO, *L'integrità della persona nell'ambito della medicina e della biologia: a proposito dell'art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 809 sgg.

biologia e della medicina «significa che non si può disintegrare il valore della salute da quello della libertà, e assegnare a scopo del rapporto terapeutico il primo valore, e a funzione di tutela della libertà del paziente il secondo», posto che «la "legge" del rapporto, l'obiettivo della collaborazione tra medico e paziente è l'integrità, che l'autodeterminazione non solo custodisce ma realizza e concretizza». L'autodeterminazione – si osserva – «è l'espressione della stessa integrità nel suo gioco dinamico»[77].

Proprio questa rilettura dell'integrità personale in rapporto al principio di autodeterminazione porta così a concludere che la mancanza di assenso specifico e consapevole alla terapia prestata, sebbene non rifiutata espressamente, non può dirsi lesiva del solo profilo della libertà di cura che attiene alla libertà di scegliere come curarsi (i.e. l'autodeterminazione), ma viola insieme e contemporaneamente – come un tutto inscindibile – anche l'aspetto primigenio della salute come diritto di libertà, ossia il diritto a non subire prestazioni sanitarie sul proprio corpo contro la propria volontà (i.e. l'inviolabilità corporea)[78]. Ed è forse proprio questo, al fondo, il senso delle parole della Corte costituzionale quando, nella citata sentenza 438 del 2008, pur non menzionando il bene dell'integrità, assegna come detto al consenso informato la funzione di *sintesi* tra i principi dell'autodeterminazione e della salute, come a fare da cerniera e ad unire la pretesa negativa di escludere interferenze non volute sul corpo e quella positiva di scegliere come tutelare la propria salute avvalendosi dei mezzi terapeutici disponibili[79]. Perciò, ogni volta che il consenso prestato sia, per qualche ragione, inidoneo ad assolvere questo secondo compito, di strumento per autodeterminarsi in positivo, risultano in effetti violate entrambe le prerogative e per entrambe l'ordinamento dovrebbe prestare efficace rimedio[80].

4. La salute come impropria giustificazione degli atti medici non terapeutici e come pretesto per piegare il consenso informato in funzione di controllo sulle decisioni individuali.

L'istituzione del Servizio sanitario nazionale avvenuta con la legge n. 833 del 1978, come noto, sanciva il passaggio dal sistema mutualistico ad un sistema di tutela pubblica della salute – incentrato sui principi di universalità, uguaglianza ed equità – che mirava ad estendere l'assistenza

[77] P. ZATTI, *op. ult. ci.*, p. 408. Anche F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 1827 sottolinea come nella Carta europea dei diritti dell'uomo, che raccoglie le tradizioni costituzionali comuni, la necessità del consenso libero ed informato ad ogni procedura sanitaria sia concepito quale corollario del diritto fondamentale all'integrità fisica, «inteso come diritto all'*inviolabilità del proprio corpo*», prima ancora che essere strumento di espressione della propria libertà individuale.

[78] Si tratta delle due direttrici fondamentali del diritto alla salute come libertà (così A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *Riv. BioDiritto*, 2014, 1, p. 88).

[79] E. ROSSI, *op. cit.*, p. 6. Analogamente, G. GRASSO, *op. cit.*, p. 42 sgg., «I due articoli costituzionali di riferimento sono, in tutta evidenza, l'art. 13, sulla libertà personale, e l'art. 32, sulla tutela della salute, mentre i valori costituzionali in gioco sono, da un lato, l'integrità fisica della persona e, dall'altro, la libertà di autodeterminazione rispetto al proprio corpo». Già F. MODUGNO, *cit.*, p. 318, osservava che il diritto fondamentale alla salute e alla disponibilità del proprio corpo sono «le due facce della stessa medaglia».

[80] Analogamente P. BORSELLINO, *Consenso informato. Una riflessione filosofico-giuridica sul tema*, in *Sal. e soc.*, 2012, 3, p. 23, osserva: «la responsabilità degli operatori sanitari per i danni non solo alla vita, ma anche alla salute, causati da comportamenti dolosi e colposi, crea i presupposti per una responsabilità (civile e penale) specificamente collegata al consenso informato, la cui omissione si traduce, di fatto, in una vera e propria lesione dell'integrità personale di ogni individuo che non sia stato posto nella condizione di accettare o di rifiutare un trattamento, oppure che abbia visto disatteso il proprio rifiuto».

sanitaria ai cittadini secondo un modello più avanzato di Stato sociale[81]. La relazione medico-paziente restava invece sullo sfondo di tali riforme, e il nostro ordinamento faceva segnare su questo fronte un certo innegabile ritardo[82]. L'art. 33 della legge n. 833 si limitava infatti a stabilire, in apertura della disposizione sui trattamenti sanitari obbligatori, «il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari», e faceva riferimento solo in tali casi alla necessità di accompagnare i trattamenti imposti per legge da iniziative «rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato»[83]. Fino al recentissimo intervento legislativo della legge n. 219 del 2017, del resto, era «vano cercare riferimenti testuali generali al "consenso informato" nelle norme scritte italiane sull'esercizio della medicina»[84], mentre l'esigenza di specificare in via normativa il dovere del medico di raccogliere il previo consenso al trattamento sanitario era stata prevalentemente avvertita dal legislatore solo con riguardo agli interventi medici senza finalità curativa[85].

Così, i primi richiami compaiono nella disciplina dei trapianti e delle emotrasfusioni[86] – che diverranno più completi, anche con riguardo alla informativa da prestare, man mano che la relativa legislazione di settore verrà, col tempo, riformata –, i quali prescrivono l'acquisizione del previo consenso da parte del donante, cioè di un soggetto che accetta un'invasione della propria integrità fisica a favore di altri. Analogamente, la legge sulle sperimentazioni cliniche «fornisce una significativa definizione di consenso informato»[87] che deve essere espresso da colui che si candida ad essere incluso in una sperimentazione i cui risultati andranno, in primo luogo, a beneficio dell'intera collettività. Ancor più, con riguardo all'accesso ai trattamenti sanitari di interruzione di gravidanza[88], di adeguamento chirurgico degli organi sessuali[89] e di procreazione assistita[90] – che sono perciò rivolti a favore del richiedente, ma che non sono dettati da ragioni strettamente terapeutiche – il legislatore si diffonde in una serie di prescrizioni procedurali per

[81] Per una lettura storica delle linee di indirizzo sottese alla legge n. 833 del 1978 cfr. F. TARONI, *Politiche sanitarie in Italia*, Il Pensiero Scientifico, 2011.

[82] A. SANTOSUOSSO, *Introduzione*, in A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato* cit., p. 13.

[83] Enfatizza invece il significato generale che avrebbe questa disposizione, tanto da «tracciare una netta rottura rispetto al modello sanitario precedente, improntato al paternalismo medico, delineando un nuovo corso – organizzativo e relazionale – del sistema sanitario «costituzionalmente orientato»», S. ROSSI, *Consenso informato*, in *Dig. Disc. priv. (civ.)*, VII Agg., Utet, 2012, p. 193.

[84] Cfr. M. GRAZIADEI, *cit.*, p. 195.

[85] Cfr. R. ROMBOLI, *cit.*, pgg. 241-242.

[86] Cfr. art. 3, legge n. 107 del 1990. Per una rassegna dei riferimenti normativi al consenso del paziente, inclusi però anche quelli che mirano solo ad escludere la natura obbligatoria del trattamento, v. G. GRASSO, *cit.*, p. 56 sgg.

[87] G. GRASSO, *cit.*, p. 60 sgg.

[88] Artt. 5 e 12, legge n. 194 del 1978.

[89] Art. 3, legge n. 164 del 1982, confluito nell'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011 che prevede addirittura un'autorizzazione giudiziale dell'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari, da disporre con sentenza passata in giudicato. Sul coinvolgimento del giudice nella valutazione della necessità dell'intervento medico e sul suo superamento, come conseguenza della giurisprudenza costituzionale che non ritiene necessario l'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica del sesso cfr. L. FERRARO, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?*, in *Quest. giust.*, 2016, 2, p. 220 s.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, Milano, 2013, p. 57. Egualmente S. PATTI, voce *Transessualismo*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civile, Torino, 1999, p. 425, evidenzia come l'autorizzazione del Tribunale all'atto medico-chirurgico abbia «acquistato nella prassi carattere facoltativo».

[90] Art. 6, legge n. 40 del 2004.

attestare la consapevole volontà di chi vi si sottopone. Quanto invece al contenuto delle informazioni, la comunicazione degli aspetti che attengono all'appropriatezza clinica dell'intervento, ed in particolare di quelli relativi al rapporto costi-benefici, veniva richiesta inizialmente dal legislatore solo per le attività mediche particolarmente rischiose che, peraltro, erano le uniche per le quali, in taluni casi, anche il malato bisognoso di cura era specificamente incluso fra i soggetti che dovevano rendere il consenso al trattamento medico[91].

Il descritto quadro normativo – nella misura in cui trascurava quasi del tutto di occuparsi della volontà del paziente sottoposto alle "tradizionali" cure mediche (ivi comprese quelle particolarmente invasive, come la chirurgia) – appariva essere il portato della visione della scienza medica come attività ontologicamente volta al bene della persona; attività che doveva pertanto restare affidata solo al giudizio obbiettivo dell'esperto, in quanto capace di operare la scelta migliore per il caso concreto[92].

D'altro canto, l'attività del medico avente carattere non strettamente curativo (specie con riguardo agli atti certamente lesivi dell'integrità fisica) aveva da subito richiesto, invece, di essere legittimata sia sul versante interno al rapporto – certificando col consenso informato la consapevole volontà del soggetto passivo – sia sul versante esterno, individuando un fondamento sufficiente a controbilanciare i beni della persona (o dell'embrione, per i trattamenti che lo coinvolgono) messi in gioco.

In tutti questi casi, come è già stato sottolineato, il discorso si è incentrato sul diritto fondamentale alla salute sfruttandone al massimo le potenzialità applicative, al contempo sottacendo o comunque non enfatizzando la diversa possibile matrice di tali pretese che si sostanzia nella rivendicazione del diritto ad autodeterminarsi.

Si trattò di un'operazione utile, forse persino storicamente necessaria per superare la diffusa riprovazione di determinate scelte personali e per rimuovere i vincoli, anche di rango penale, per lo più ereditati dall'ordinamento previgente la Costituzione, che impedivano l'accesso alle prestazioni mediche dirette a perseguire interessi diversi dalla cura di patologie organiche[93].

Tuttavia questa impostazione, al fondo ambigua, ha avuto indubbie ricadute in termini di effettività delle tutele apprestate in questi casi, finendo inoltre per condizionare la coerenza degli ulteriori sviluppi normativi e, in parte, anche di quelli giurisprudenziali.

Così, in virtù del diritto alla salute tali attività sono state rese lecite o persino incluse fra le prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale ma al prezzo di escludere, per quelle socialmente più controverse, che si tratti anche di attività mediche liberamente fruibili ed accessibili all'interno della consueta relazione medico-paziente. Il legislatore, in particolare, è intervenuto a procedimentalizzare le regole che governano tale relazione – vale a dire il consenso informato del paziente e la responsabilità del medico – ma non tanto al fine di meglio tutelare la

---

[91] D.m. 15 gennaio 1991 in materia di emotrasfusioni. Per C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, ESI, 2004, p. 142 e nt. 57, questo regolamento sarebbe anche la prima fonte normativa a parlare di consenso informato, quanto meno con riguardo agli interventi medici aventi carattere (anche) curativo.

[92] «I principi etici alla base del paternalismo sono il principio di beneficenza – che prescrive l'obbligo di agire per il bene del paziente – ed il principio di non maleficenza – che esprime l'obbligo di non arrecare danno al paziente», M. ADVERSI-R.M. MELOTTI, *Il principio di appropriatezza clinica*, in M. SESTA, *cit.*, p. 362.

[93] In argomento v. A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, cit.*, p. 43 sgg.

volontà dell'assistito e nemmeno in chiave, per così dire, difensiva del medico, quanto, piuttosto, per poter esercitare una forma di controllo statale di ascendenza autoritaria o comunque paternalista sulle scelte individuali che si discostano dalla morale comune. In questa logica l'acquisizione del consenso informato ha rappresentato una sorta di pretesto per "costringere" la persona a vagliare insieme al medico e al personale sanitario[94], al di là degli aspetti tecnici della prestazione, soprattutto gli aspetti etici e le conseguenze giuridiche della decisione da assumere, nonché tutte le possibili alternative disponibili, comprese quelle che attengono al piano delle valutazioni squisitamente esistenziali[95].

A ben vedere, questi «percorsi di consenso informato»[96] finiscono per ingenerare una strana dinamica prodromica all'alleanza terapeutica, per la quale il momento del consenso può paradossalmente ritorcersi a danno del richiedente, diventando un passaggio gravoso e fonte di possibili ingerenze in questioni che attengono alla sfera totalmente privata della vita delle persone. Ciò appare particolarmente evidente nel procedimento per l'accesso all'interruzione di gravidanza, così come definito dalla legge n. 194 del 1978, che impone alla donna di "socializzare", attraverso il colloquio col medico e col personale del consultorio, le ragioni più intime di una decisione esistenziale normalmente (ma non necessariamente) dolorosa, nonché a rigore di spiegare ai suoi interlocutori i riflessi negativi che la prosecuzione della gravidanza potrebbe determinare sul proprio stato di salute psichico, sostanzialmente autocertificando tale risvolto. Al contempo, e di riflesso, si richiede al medico, da un lato, di fornire un'informazione ultronea rispetto alle proprie competenze e di svolgere, dall'altro lato, il ruolo improprio di dissuasore del soggetto richiedente la prestazione[97].

L'incertezza circa il bene giuridico tutelato (la salute o piuttosto l'autodeterminazione) produce situazioni equivoche, dalle quali possono facilmente derivare indebite invasioni della sfera

---

[94] Sull'incerto ruolo dell'autorità giudiziaria che autorizza il trattamento medico-chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali quando sia necessario cfr. A. LORENZETTI, *cit.*, p. 54 sgg., la quale sottolinea il rischio che questo passaggio procedurale possa sfociare in valutazioni di «carattere paternalistico, implicitamente presupposte se l'autorizzazione fosse intesa quale verifica autoritativa».

[95] Con riguardo alle informazioni che devono essere rese alla coppia che richiede l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004, osserva E. ROSSI, *cit.*, p. 2: «si tratta di un obbligo di informazione che si estende a numerosi aspetti (da quelli più propriamente medico-sanitari a quelli etici, da quelli giuridici a quelli relativi al costo economico, ma anche alla possibilità di far ricorso a forme di adozione , affido ecc.), e che sembra rispondere, più che alla necessità di un consenso informato, alla volontà del legislatore di dissuadere gli interessati dal ricorso alle tecniche previste dalla stessa legge».

[96] G. GRASSO, *cit.*, p. 22. Tale procedimentalizzazione ha riguardato soprattutto le pratiche mediche inerenti alla sessualità e la riproduzione umane, ossia settori da sempre al centro del discorso religioso e che costringono il legislatore a confrontarsi con il problema etico della considerazione giuridica da riconoscere eventualmente all'embrione e di stabilire quale sia il momento di inizio della vita.

[97] Per rilievi critici sull'impostazione accolta nella legge n. 194 del 1978 che inquadra l'interruzione di gravidanza come intervento avente sempre finalità curativa – peraltro recependo le indicazioni della Corte costituzionale che, nella sent. 18 febbraio 1975 n. 27, aveva ancorato l'intervento abortivo al diritto alla salute della gestante, onde poter giustificare la soppressione dell'embrione – si rinvia a A. CARMINATI, *La decisione del Comitato europeo dei diritti sociali richiama l'Italia ad una corretta applicazione della legge194 del 1978*, in *Oss. A.I.C.*, 2014, 2, e alla bibliografia ivi citata. Occorre peraltro sottolineare che tale impostazione è stata ulteriormente avallata dalla stessa Corte costituzionale che, con la sentenza 10 febbraio 1997 n. 35, ha qualificato la disciplina della legge n. 194 a contenuto costituzionalmente necessario.

personale[98], oppure rischia di relegare alcune prestazioni in un limbo dove non è affatto chiaro il confine tra il lecito e l'illecito[99]. Tale incertezza si scarica soprattutto sulle spalle degli operatori sanitari resi impropriamente custodi dell'etica pubblica e chiamati a "proteggere" l'individuo da "sé stesso", per imporgli valori non necessariamente universali, anche quando sia una persona pienamente capace di selezionare in modo consapevole gli interessi da tutelare e quelli da sacrificare per la propria realizzazione esistenziale[100].

5. Il potenziale espansivo del principio di autodeterminazione in campo biomedico.

Il diritto all'autodeterminazione, dunque, «nasce e si costruisce all'interno e all'ombra del diritto alla salute», e i due principi sono stati per lungo tempo «compagni di viaggio»[101]. L'uso congiunto e sinergico di questi «arnesi con i quali l'uomo può meglio forgiare la sua "identità"»[102] ha progressivamente esteso le possibilità di tutela della persona, contribuendo a ridefinire il concetto di beneficialità al quale l'azione del medico resta pur sempre assoggettata. Ed in effetti la cit. sentenza n. 438 del 2008, nel richiamare anche l'art. 13 Cost., come si è visto, ha messo meglio a fuoco ciò che si poteva ricavare argomentando esclusivamente in base al concetto di salute "allargato" ai sensi del "caleidoscopico" articolo 32 Cost., e ha valorizzato il comune rinvio di entrambi i principi «a un'idea ampia di libertà personale»[103].

D'altro canto, è anche emerso che si tratta di due parametri solo in parte convergenti mentre «alcune differenze, fonti di possibili conflitti, comunque permangono»[104].

Per meglio affrontare tali conflitti sembra perciò giunto finalmente il tempo di attribuire all'autodeterminazione terapeutica, in particolare, uno statuto suo proprio e distinto dal diritto alla salute. Così – nelle pieghe della nostra Costituzione, negli arresti della giurisprudenza comune, costituzionale, e comunitaria e, da ultimo, nelle disposizioni della recente legge n. 219 del 2017

---

[98] Si consideri, ad esempio, la motivazione con la quale la Corte di cassazione, con riferimento al procedimento di mutamento del sesso, pur escludendo la necessità di ricorso all'intervento chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali primari, ritiene di condizionare la rettifica dei dati anagrafici alla presenza, oltre che di una diagnosi medica di disforia di genere (così optando per la qualifica della sindrome transessuale come "malattia"), alla presenza comunque di una modificazione certa dei caratteri sessuali secondari «attraverso interventi di chirurgia estetica e terapie ormonali» (Cass. Civ., Sez. I, 20 luglio 2015, n.15138). In argomento cfr. G. CARDACI, *Per un "giusto processo" di mutamento di sesso*, in *Dir. fam.*, 2015, 4, p. 1459 sgg.

[99] Sui dubbi circa la liceità delle pratiche di sterilizzazione volontaria quale conseguenza dell'abrogazione del titolo X del codice penale avvenuta con la legge n. 194 del 1978 cfr. C. BEDOGNI – D. CLERICO – F. LAVAGNA – F. QUARANTA – R. RIVETTI, in *Arch. Med. Leg. Soc. crim.*, 2004, 4, p. 445 sgg. In argomento v., inoltre, G. GLADIO, *La procurata impotenza non è sempre reato*, in *Giur. mer.*, 1976, 2, p. 54; S. RAGONE, *Percorso di ricostruzione della sterilizzazione volontaria in termini di libertà*, in U. BRECCIA – A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. ROMBOLI, Plus, 2007, p. 179 sgg.

[100] Analogamente P. VERONESI, *cit.*, p. 165 sottolinea l'importanza della corretta declinazione dei percorsi procedurali diretti ad accertare i necessari presupposti per l'accesso a determinate pratiche, ivi comprese le pratiche mediche eutanasiche di tipo consensuale, onde «evitare che essi diano luogo a stratagemmi finalizzati soltanto a ostacolare il raggiungimento dei legittimi obiettivi che il singolo persegue (dando quindi vita a una sostanziale imposizione di convincimenti altrui sul suo corpo)».

[101] A. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute. Da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, p. 27 sgg.

[102] Così R. FATTIBENE, *Il potenziamento cognitivo tra autodeterminazione e salute: tutele costituzionali tradizionali per possibilità scientifiche nuove*, in *Riv. BioDir.*, 2014, 3, p. 56.

[103] A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza cit.*, p. 68.

[104] A. SANTOSUOSSO, *Ibid*.

– si fa strada un'idea di autodeterminazione che, ancorata alla libertà personale, si collega al bene personalissimo dell'integrità psico-fisica e si distingue da quello (più equivocabile) della salute. Tale prospettiva serve a mettere meglio a fuoco i beni giuridici violati da ogni atto medico arbitrario, per quanto necessario, e dischiude maggiori possibilità di realizzazione dell'identità dell'individuo che si esprime nel corpo, fino ad attribuire al principio di libertà personale il valore (generale) di nuovo *habeas corpus*[105] comprensivo della stessa libertà di cura.
Così, ad esempio, il principio di autodeterminazione non cessa di operare anche a prescindere dalla possibilità della persona di manifestare la propria volontà in modo attuale e consapevole, e dunque consente di soprassedere allo stesso strumento del consenso informato dando direttamente voce all' identità dell'individuo[106]. In virtù di tale riconoscimento si apre inoltre la possibilità di riconsiderare la ragionevolezza dei divieti penali che impediscono al malato terminale di pianificare col medico, oltre che le proprie cure, anche la gestione del proprio fine vita.
Chi si oppone al riconoscimento di un autonomo diritto di autodeterminazione avverte, preoccupato, che esso «potrebbe preludere all'apertura a nuovi diritti, sulla scorta di quanto accaduto altrove: l'autodeterminazione potrebbe rappresentare il punto d'appoggio per sostenere tale espansione» indiscriminata e potenzialmente in grado di rompere i legami sociali, per lasciare spazio solo ad un individualismo esasperato[107].
In effetti, è necessario tenere presente il rischi insiti in tale apertura, fra i quali spesso si segnalano: la protezione dei soggetti più deboli e più esposti ai condizionamenti che possono influenzarne impropriamente la volontà[108]; la solitudine decisionale del paziente che potrebbe sostituirsi alla decisione unilaterale del medico, senza fondare una vera alleanza[109]; la "china pericolosa" che, assolutizzando la libertà, può paradossalmente far scivolare verso la sua negazione[110]; la

[105] S. RODOTÀ, *Il nuovo* habeas corpus*: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ – M. TALLACCHINI, *Ambito e fonti cit.*, p. 177.
[106] Cfr. P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello* ius quo utimur *in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, p. 22.
[107] L. ANTONINI, *cit.*, p. 25.
[108] M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa al secondo comma dell'art. 32 cost.*, in *Quad. Cost.*, 2012, p. 464, evidenzia come «l'immagine del soggetto protetto dalla «libertà terapeutica» è un soggetto razionale, capace di scegliere con consapevolezza, in grado di portare la responsabilità delle conseguenze delle proprie scelte, autonomo e indipendente. La giurisprudenza costituzionale ha dato il suo contributo a far emergere un tale soggetto, a liberarlo e ad emanciparlo da indebite costrizioni. Questa doverosa preoccupazione della cultura giuridica contemporanea non deve però oscurare l'attenzione, di cui è intriso anche il tessuto costituzionale italiano, per i soggetti deboli e vulnerabili. In particolare non si può dimenticare che il malato si trova di fatto in una condizione di debolezza, vulnerabilità, dipendenza e bisogno, cosicché enfatizzare solo la sua capacità di autodeterminazione, finisce col produrre l'effetto paradossale di lasciarlo solo con le sue scelte drammatiche o, peggio, di metterlo in balia di chi, nel momento di debolezza, può esercitare un potere, anche solo morale, su di lui. Le nuove frontiere della salute come diritto di libertà corrono, mi pare, lungo questo vertiginoso crinale della difesa della libertà di persone che, per definizione, si trovano in stato di bisogno».
[109] C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Dir. pub. comp. eu.*, 2009, 3, p. 1052 sgg.
[110] Sulla circostanza che «in nessun ordinamento contemporaneo, compresi quelli rientranti all'interno della forma di Stato di derivazione liberale, l'individuo sia riconosciuto quale padrone assoluto e incondizionato della propria esistenza e del proprio destino biologico», cfr. C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pub. comp. eu.*, 1, 2018, p. 6.

difficoltà, specie in un sistema che garantisce l'assistenza sanitaria come diritto sociale, di rendere i soggetti pienamente responsabili delle proprie scelte in materia di salute[111].
Mi pare però che si tratti di una prospettiva irrinunciabile per il pieno inveramento dei valori espressi dalla Costituzione repubblicana, i quali in ultimo convergono tutti verso il pieno sviluppo della persona, ciascuna accolta nella sua specifica, singola individualità[112].

[111] A. D'ALOIA, *cit.*, p. 90.
[112] In questo senso v. S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sul fine vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in *Federalismi*, 2012, 9, p. 8, secondo il quale anche il riferimento alla dignità dell'uomo non può essere inteso come valore "supercostituzionale" o "precostituzionale" o "metacostituzionale", in opposizione all'idea che ciascuno ha di sé, ma solo nel senso fatto proprio dalla Costituzione, e dunque la dignità «è concepibile solo come connessa al perdurare della persona nella sua unicità e irripetibilità e nella libera determinazione del suo progetto di vita».

Il corpo come conflitto: fine vita e diritto costituzionale verso un orizzonte biopolitico.

di ***Andrea Venanzoni*** *(Dottorando di ricerca in Diritto pubblico e costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre)*

Giudicare se la vita valga o non valga la pena di essere vissuta è rispondere al quesito fondamentale della filosofia, ha scritto Camus ne Il Mito di Sisifo.
Nelle dinamiche evolutive di una società in cui le tecnologie, non solo medicali, stanno imprimendo un significante nuovo al concetto stesso di vita, trasformandola in uno "spazio libero e giuridicamente nuovo", per dirla alla Schmitt, si assiste ad un (ri)posizionamento parimenti radicale dei processi di giuridificazione del corpo e della sua disponibilità individuale.
Pur prendendo atto della chiusura costituente ad ipotesi di formulazione di un autentico diritto di morire, l'analisi si appunta sulla evanescenza del corpo nella costruzione foucaultiana delle istituzioni totali, sull'essenza storico-sostanziale del suicidio e riflette sugli archetipi fondanti dei canoni auto-sovrani, come la dignità, connettendo tra loro pronunce giudiziali aventi ad oggetto proprio l' inferenza tra corporeità e determinazione individuale: dalla riaffermazione di un principio solidaristico insito nella auto-determinazione a partire dalla dichiarazione di incostituzionalità del reato di plagio nel 1981, basata proprio su una raffinata ricostruzione della reificazione e della soggezione come conflitto tra autorità e libertà, alla giurisprudenza costituzionale (e non solo) più recente, con il conflitto tra poteri e il silenzio glaciale delle Camere sul caso Englaro passando per Welby fino alla recentissima e tuttora in corso vicenda processuale di Marco Cappato.
La pietas costituzionale, nella ermeneutica evolutiva della libertà individuale e nella sua connessione solidaristica al dato sociale importata dai formanti tecnologici, schiude a Costituzione invariata un orizzonte di libertà, non tanto di decidere arbitrariamente di uccidersi quanto a certe, precise condizioni di congedarsi dal mondo e di affermare, come atto politico individuale totale, la propria libertà di rimanere un essere umano degno.

To question if life is really worth living is to answer to the fundamental question in philosophy, as Albert Camus pointed out in his The Myth of Sisyphus.
According to the evolving social dynamics, high technology, and not only the medical one, is replacing the deep meaning and the whole concept of life and it is transforming it in "a void space and a juridically brand new thing", to quote Carl Schmitt. There's a radical change in the main topics related to the juridification of the body and to the core of individual self-possession.
The italian Constitution doesn't allow a real right to die, so the essay focuses on the foucaultian theory of total institutions, on the historical and cultural bases of suicide and euthanasia, on the fundamental archetypes of self-sovereignty such as dignity as a form of pure intersection between social biases and processual statements, trying to develop a socio-constitutional theory in which the right to die is replaced with a full right to remain a human being, with political rights, dignity

and self-consciousness: from the appalling and emerging principle of solidarity we can find in the italian Corte Costituzionale's judgment with whom the supreme judges deleted the crime of plagiarism from the italian criminal code back in 1981, a judgment based mainly on the analysis of reification and subjection, to the judicial statements about power conflicts, over the Englaro's case, and not forgetting the painful Welby's case, and the recent Cappato's trial.
Constitutional pietas, according to the evolving interpretation of individual freedom and social rights as they are intrinsically changed by the massive use of technology, means a horizon of freedom of choice; this doesn't involve the right to plainly kill oneself but, at certain conditions, to take oneself's life with his own hands, and to remain, at every cost, a homo dignus.

Sommario: **1.** La lotta biopolitica per la vita: il corpo tra solidarietà e autorità. - **1.1** Il suicidio come fatto sociale. - **1.2** Il paradigma biopolitico. 1.3 Il corpo tra conflitto e istituzione totale: nascita della clinica. - **2.** La libertà di congedarsi dal mondo; l'articolo 580 c.p. come dispositivo di controllo sociale. - **2.1** Suicidio modo d'uso: la criminalizzazione dell'autodeterminazione individuale. - **2.2** *Enfermer le dehors*: suicidio, prostituzione, plagio. - **2.3** La soglia di determinazione biologica della modernità: personalismo, solidarietà e dignità contro la riduzione biopolitica del corpo a esperimento diffuso. - **3**. Il diritto costituzionale e gli infermi: malattia, tecnica e dato politico. - **3.1** Senso e consenso: legge sul consenso informato e valorizzazione degli articoli 2 e 13 Cost. - **3.2.** Nostalgia dell'origine: il caso Dj Fabo/Cappato. - **4**. Una conclusione: per una democrazia del fine vita

"*Non vi sbagliate sulle persone che si buttano dalle finestre in fiamme. Il loro terrore di cadere da una grande altezza è lo stesso che proveremmo voi o io se ci trovassimo davanti alla stessa finestra per dare una occhiata al paesaggio; cioè la paura di cadere rimane una costante. Qui la variabile è l'altro terrore, le fiamme del fuoco: quando le fiamme sono vicine, morire per una caduta diventa il meno terribile dei due terrori. Non è il desiderio di buttarsi; è il terrore delle fiamme*"

D. F. WALLACE, *Infinite Jest*, Einaudi, 2006

1. La lotta biopolitica per la vita: il corpo tra solidarietà e autorità.

1.1 Il suicidio come fatto sociale.

Vi è solamente un problema filosofico veramente serio: quello del suicidio. Giudicare se la vita valga o non valga la pena di essere vissuta, è rispondere al quesito fondamentale della filosofia[1]. L'abissale quesito sollevato da Camus pone un duplice ordine di problemi; in primo luogo, con questa opera del 1942, il pensatore francese tenta un superamento delle teoriche sociologiche e filosofiche che vedevano nell'azione suicidaria una frattura dell'ordinamento sociale, un gesto che per riprendere una delle sfumature della partizione teorica durkheimiana diveniva a tutti gli effetti anomico.

[1] A. CAMUS, *Il Mito di Sisifo*, Bompiani, 2000, p. 7.

Ma c'è un ulteriore dato degno di menzione nell'analisi camusiana, ovvero il concetto di vita degna di esser vissuta.
Nella sua elaborazione, Camus affresca la figura dell'uomo assurdo, l'uomo cioè che è in lotta permanente con il mondo e che non si toglie la vita per disperazione ma come atto di rivendicazione politica totale, di affermazione di se stessi a fronte delle dinamiche relazionali e sociali di controllo, fossero esse politico-ideologiche o religiose. Questo individuo non consiste in un futuro connesso a fumose idee di speranza ma si sostanzia nel qui ed ora, prendendo la vita con le sue stesse mani.
Echeggiano, in questa ricostruzione, i versi di John Donne sull'afferrare con le mani le chiavi della propria esistenza[2]. Una sfida titanica contro la natura stessa e che in certa misura accompagna nel corso della storia la edificazione di moltissime istituzioni giuridiche[3].
Se per Enrico Morselli[4] e successivamente Durkheim[5], che sulle statistiche di Morselli aveva fondato la sua elaborazione pur discostandosi dagli approdi concettuali del primo, il suicidio aveva rappresentato un atto di deviazione dal canone di continenza sociale, una rottura dell'ordine istituzionale, Camus spezza questa tradizione e pone l'accento sulla consapevolezza dell'esserci, di un uomo consapevole di non essere Dio ma consapevole anche del controllo capillare esercitato dai dispositivi istituzionali sulle sue scelte e sulle sue attitudini.
La dignità della vita è un canone particolarmente intenso negli anni in cui il pensatore francese inizia a redigere la sua riflessione sul suicidio.
Nel 1911 il politico socialista francese Paul Lafargue si tolse la vita assieme alla moglie Laura, figlia di Karl Marx; nonostante Lafargue avesse lasciato una dettagliata lettera nella quale dava conto di essere sano di corpo e di spirito, il gesto venne duramente condannato dagli ambienti marxisti[6].
Pochi anni dopo, nell'insorgere della rivoluzione bolscevica in Russia, uno dei primi provvedimenti adottati dagli avanzanti rivoluzionari fu quello di contrastare i suicidi e di dettare canoni ermeneutici nuovi per spiegare i fenomeni suicidari.
Essi venivano ricondotti alla lotta duale e spietata tra la realtà fenomenica circostante e l'interiorità umana, con una prevalenza necessitata del dato biologico; una volta preso il potere, i Bolscevichi misero nero su bianco che nessuno poteva darsi la morte e che essa era un fatto sociale, solo il potere del collettivo avrebbe potuto decretare la fine di un individuo o di un gruppo di individui[7].

---

[2] P. BERNARDINI, "*I have the keys of my prisons in myne own hand". Prime note sul Biathanatos di John Donne*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, pp. 3 e ss.
[3] Come è stato rilevato, il timore dei suicidi spiega da solo parecchie istituzioni giuridiche importanti, così, EM. JOBBÈ-DUVAL, *Les morts malfaisants. Larvae, Lemures d'apres le droit et les croyans populaires des Romains*, Sirey, 1924, p. 73.
[4] E. MORSELLI, *Il Suicidio*, Dumolard, 1879.
[5] Addirittura come noto, Durkheim arriva a rilevare la tendenziale e asserita indifferenza delle motivazioni individuali del suicida, E. DURKHEIM, *Il suicidio. L'educazione morale,* UTET, 1969, p. 62.
[6] U. GRASHOFF, *In einem Anfall von Depression: Selbsttotungen in der Ddr*, Links Verlag, 2006, p. 276, ricorda come il marxista Franz Mehring vergando una sorta di epitaffio dei due coniugi suicidi riprese la metafora marziale resa celebre da Cicerone, condannando il gesto e asserendo come neppure il più grande veterano nella lotta per la libertà e per la emancipazione vantasse il diritto di chiamarsene fuori.
[7] K. M. PINNOW, *Violence against the collective self and the problem of social integration in early bolschevick Russia*, in *Kritika. Explorations in Russian and Eurasian History*, 2003, p. 661.

Nel 1920, venne data alla stampe in Germania una piccola *plaquette, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens: ihr Mass und ihre Form* a firma congiunta del giurista Karl Binding e dello psichiatra Alfred Hoche[8]; si trattava di una opera destinata ad esercitare una influenza enorme non solo sul pensiero successivo ma anche sui moduli procedurali, organizzativi e pragmatici della biopolitica eugenica del Terzo Reich[9].
Il fulcro della teorica dell'opera era proprio quello ruotante attorno alla figura della vita degna o non degna di essere vissuta[10]. Lo spirito che animava i due autori era non solo quello di una bonifica sociale generalizzata ma anche di un umanitario ausilio al *welfare state* e alle famiglie dei malati incapaci di provvedere a sé; quella che veniva proposta era una *buona* morte.
Il concetto di bontà della morte era però declinato in chiave de-soggettivizzante[11], era cioè la sfera pubblica, non tenendo in alcuna considerazione la effettiva volontà del singolo, a decidere per lui. Ma l'opera dei due scienziati sociali conteneva un altro elemento di assoluto interesse; la dimensione valoriale incistata nella determinazione della scelta finale, in questo caso di cui viene spogliato il singolo portatore del corpo e la sua sostituzione procedurale con un valore consustanziale alla dimensione pubblica. Non è solo lo Stato a decidere, il corpo rifluisce, si ripiega su se stesso, cessa di essere vita politica e diviene un ingranaggio spezzato della macchina statale.

---

[8] E. DE CRISTOFARO - E. SALETTI, *Precursori dello sterminio. Binding e Hoche all'origine della eutanasia dei malati di mente in Germania*, Ombre Corte, 2011, G. ALY, *Zavorre. Storia dell'Aktion T4: l'eutanasia nella Germania nazista 1939-1945*, Einaudi, 2017.
[9] R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, 2004, p. 115.
[10] In senso solo parzialmente diverso, la qualificazione di esseri umani non persone proposta di recente da chi come H. T. ENGELHARDT J.r, *Manuale di Bioetica*, Saggiatore, 1999, p. 205 giustifica l'infanticidio ad opera dei genitori del proprio figlio portatore di grave handicap.
[11] Come ha notato P. SINGER, *L'etica della sacralità della vita è una malata terminale*, in ID., *La vita come si dovrebbe*, Il saggiatore, 2001, p.201, nella vicenda del giovane tifoso di calcio Tony Bland rimasto in seguito alla tragedia dello stadio di Hillsborough in stato vegetativo, la House of Lords, nel caso Airedale N.H.S. trust v. Bland, del 4 febbraio 1993, ha dovuto, in assenza di qualunque parametro individuale che permettesse di ricostruire la volontà dello stesso Bland, ricorrere a parametri oggettivi, arrivando a decidere che quella esistenza non era nell'interesse di Bland. Non diversamente da quanto avvenuto nelle decisioni delle Corti americane nei casi Cruzan e Schiavo e nel caso Lambert deciso dalla CEDU nel 2015; la sostituzione della ricostruzione effettiva della volontà del singolo con visioni valoriali oggettivizzate o con il criterio dell'interesse collettivo conducono alla dimensione dell'orizzonte biopolitico, sulla cui linea si staglia la visione della vita indegna di essere vissuta. Nel caso Cruzan, Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of health (No. 88-1503), 1990, la Lower Court del Missouri ha elaborato una gradazione delle soluzioni ricorrendo a tre criteri discretivi, al cui interno comparivano chiare forme oggettivizzate di interesse al cui apice si situava il giudizio sostitutivo.

1.2 Il paradigma biopolitico.

Il corpo malato muta in uno stato di eccezione permanente sedimentato in un conflitto valoriale[12], in cui all'arretramento di un valore se ne espande un altro[13]: è il passaggio da uno Stato territoriale a uno Stato biologico, fondato sulla dimensione antropico-biologica[14].

Nella de-territorializzazione, o meglio nella fludità viralmente espansiva delle frontiere e delle barriere e nell'emergere incessante della questione bio-corporea, il potere sovrano viene articolato in segmenti funzionali al mantenimento dell'ordine costituito; nella Germania hitleriana la dimensione finita e reclusa del campo di concentramento riproduce il dispositivo di dominio sul corpo del malato internato in clinica.

Non casualmente il prodromo organizzativo del momento olocaustico è generalmente ricondotto proprio alle politiche eugenetiche attive tese alla eliminazione fisica dei soggetti ritenuti indegni di vivere; l'Aktion T4[15] celebrò la scomparsa, sociale e fisica, del corpo indesiderabile, malato, facendolo divenire una particella inscindibile dal plesso istituzionale in cui i malati venivano internati

Il corpo malato, tecnicamente inserito in procedimenti finalizzati alla sua cura, viene occultato dalle dinamiche socio-relazionali e portato a divenire altro: la spersonalizzazione rende inaccettabile qualunque ipotesi di autodeterminazione, di cui il suicidio rappresenta epitome.

Non a caso l'hitlerismo condanna severamente le prassi suicidarie, riservandone l'accettazione a limitatissime ipotesi valoriali guerriere [16] conformi alla auto-rappresentazione del potere sovrano[17].

---

[12] Secondo B. LATOUR, *Politiche della natura. Per una democrazia delle scienze*, Raffaello Cortina, 2000, p. 119 il richiamo ai valori finisce con l'ingenerare una polarizzazione delle opzioni e delle parti interessate al discorso con la contestuale scomparsa/esclusione di volta in volta delle parti meno avvantaggiate, ovvero la mancanza di considerazione di ulteriori proposizioni nel criterio di assolutizzazione del postulato sposato sin dall'inizio dalla parte proponente,

[13] Non a caso proprio per questa commistione conflittuale tra valori, l'opera suscitò l'interesse di Carl Schmitt, G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, 2005, p. 151

[14] M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, 2009, pp. 208 e ss. sottolinea come la società inizi a delineare dispositivi di controllo non più sul corpo individualizzato ma sull'uomo come specie; sono processi resi possibili dalla tecnica e dalla sua capillare incidenza nel dato sociale. Ad ogni elemento medicale, innovativo, teso alla dimensione vitale, se ne contrappone uno distruttivo e di controllo: è la tecnica istituzionalizzata che rende possibile la cura delle grandi malattie e al tempo stesso gli stermini di massa, mediante la loro industrializzazione.

[15] Una delle figure cardine dell'Aktion T4, unitamente al Dottor Karl Brandt, alto ufficiale delle SS, fu il futuro comandante del campo di Treblinka, Franz Stangl, sul fondamento organizzativo, culturale e con ampie conversazioni con lo stesso Stangl, detenuto al termine del conflitto, G. SERENY, *In quelle tenebre*, Adelphi, 1994, specialmente pp. 80 e ss..

[16] E' il caso di sottolineare come nel diritto romano, a far tempo dall'Imperatore Tiberio e in un clima generale in cui l'incidenza concreta dei suicidi era particolarmente elevata, il suicidio dell'individuo ritenuto indegno o sottoposto a processo e a rischio di condanna a morte venisse duramente riprovato dall'ordinamento, tanto da importare la perdita del patrimonio che non poteva quindi essere trasmesso per via ereditaria A. D. MANFREDINI, *Il suicidio. Studi di diritto romano*, Giappichelli, 2008, p. 217.

[17] Paradigmatica la concessione dell' "onore" del suicidio a Erwin Rommel, superficialmente coinvolto nella congiura che avrebbe portato ad attentare alla vita del *Fuhrer* il 20 Luglio 1944. O all'ordine emanato da Adolf Hitler e rivolto al Generale Von Paulus, comandante della VI Armata tedesca accerchiata e prossima all'annientamento nell'assedio di Stalingrado: Hitler ordinò a Von Paulus di resistere fino all'ultimo uomo e poi di suicidarsi con vero spirito prussiano per non cadere vivo nelle mani del nemico.

Quando, a partire dal 1943, i primi rovesci bellici iniziarono ad incrinare la fiducia dell'esercito tedesco nella vittoria finale e la durezza del conflitto soprattutto nelle sue brutali conseguenze sul fronte dell'Est si riverberò dalla taiga russa al cuore pulsante della Germania, le autorità tedesche corsero ai ripari emanando una serie di disposizioni tese a reprimere duramente i suicidi.
Da un lato venne prevista la fucilazione per chi aveva solo tentato senza riuscirvi , dall'altro vennero emanate misure punitive incidenti sull'assistenza economica ai congiunti, come ad esempio la privazione della pensione riservata alla vedova del soldato suicida[18].
Simbolicamente ancora più interessanti, poiché traspiranti una chiara aura medioevale, le misure adottate dal *Reichsfuhrer* delle SS Heinrich Himmler, il quale arrivò a disporre che il soldato suicida venisse sepolto senza onori e con le mani legate[19].
La tensione repressiva dell'anelito autodeterminativo del singolo raggiungeva la sua massima e più perfezionata espressione nei campi di concentramento, in cui il punto focale della industrializzazione applicata al *thanatos* inglobava tutti i reclusi in una unica macchina-corpo governata da un principio di totale asservimento alla logica della produzione; il corpo, spogliato della sua caratterizzazione personalistica, recedeva a dato eminentemente se non esclusivamente biologico, ingenerando meccanismi di coercizione psicologica che rendevano inconcepibile il gesto suicida[20].
La costruzione del campo come confine del corpo, modulato sulla finitezza, sulla limitazione spaziale, sul rendere unica prigione il corpo stesso, è un elemento che accomuna il totalitarismo hitleriano con quello sovietico; la vita condotta nel gulag, inumana, spersonalizzante, devoluta alla costituzione totalizzante di un organismo unico di vita e pensiero e produzione solo raramente riusciva a culminare con il suicidio[21].
L'eliminazione dall'orizzonte delle possibilità della speranza e la riconducibilità del quotidiano ad una dimensione meccanizzata segnalano come il campo di concentramento rappresenti la sublimazione terribile ma efficace della tecnica, e del connesso potere, trasfuso nella biologia: una inesausta ricerca di dominio sociale declinata nel senso della sovranità collettiva, in luogo di liberazioni auto-sovrane rappresentate dalla libera scelta del suicidio.
E proprio in questa consapevole auto-nullificazione risiede il nudo potere della sovranità individuale, la fatalità di ciò che è intimamente sovrano, poiché ciò che è sovrano non può darsi se non nella negazione di se stesso, o nell'istante durevole della morte[22].

Si era soliti parlare a questo proposito di *Selbstmord auf Befehl*, di suicidio a comando, in questo senso A. ENZI, *Il lessico della violenza nella Germania nazista*, R. Paron, 1971, p. 372.
[18] C. MALAPARTE, *Kaputt*, Mondadori, 1979, p. 328.
[19] C. MALAPARTE, *Kaputt*, cit., p. 350.
[20] Come sottolineato da H. ARENDT, nei campi di sterminio vi era una sorprendente rarità di azioni suicidarie, *Le origini del totalitarismo*, Comunità, 1996, p. 623. Si veda anche T. BRONISCH, *Suicidality in german concentration camps*, in *Archives of suicide research*, 1996, pp. 129 e ss.
[21] A. SOLZENICYN, *Arcipelago Gulag*, Mondadori, 2001, vol. I, p. 1430, per analoghe considerazioni sulla stupefacente rarità dei suicidi nei gulag.
[22] Così G. BATAILLE, *La letteratura e il Male*, SE, 2006, p. 145 il quale più oltre continua asserendo che la morte è l'unico modo per evitare alla sovranità l'abdicazione. Non c'è più schiavitù nella morte: nella morte non vi è più nulla. Di sovranità nel corpo e sul corpo parla diffusamente P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, 2011, p. 128.

1.3 Il corpo tra conflitto e istituzione totale; nascita della clinica.

Proprio questo canone della sovranità assoluta come esercizio di autodeterminazione ci porta a dover inferire come il controllo bio-politico sul corpo non sia una esclusiva del totalitarismo; nel totalitarismo si assiste ad una fusione procedurale tra dato tecnico e controllo sociale, ma anche nel sistema liberale permane la sfera di indisponibilità del proprio corpo, poiché lo stesso viene incardinato in un intreccio socio-relazionale intenso, in cui alla mancanza di regola si sostituisce la razionalità tecnica a-umana.

Ciò che nell'ordine liberale non viene regolato viene lasciato, fluttuante, a rispondere delle razionalità intrinseche e parziali dei singoli sistemi, come ad esempio quello della scienza medica, governato da sue regole proprie che non sempre collimano con i valori liberal-democratici.

Il controllo sul corpo viene ratificato proprio dalla proceduralizzazione [23] esercitata dalle istituzioni su di esso.

D'altronde, anche volendo prescindere dalla razionalità tecnica, il fondamento cristiano[24] della cultura occidentale ha da sempre guardato con profonda sfiducia alla libertà assoluta del singolo, culminante appunto nel gesto suicidario[25].

La morte, in assoluto, oltre che una liberazione arbitraria finisce con l'incarnare un ordine di autorità superiore rispetto a quella del patto sociale, e come tale diviene intollerabile per un ordinamento che postula la sua assoluta finitezza regolamentare e assiologica[26]

Permane uno scetticismo di fondo su un gesto che nella migliore delle ipotesi incrina l'ordinata convivenza civile, minandone i costrutti fondanti perché finisce con il metterli in questione: magistrale in questo senso la polemica interna agli ambienti liberali che infuocò il panorama giuridico italiano di fine ottocento[27].

---

[23] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Tipografia Giusti, 1872, p. 1153 in nota ricorda come una antica legge della città di Marsiglia dichiarava permesso il suicidio a condizione che chi ne avesse volontà chiedesse facoltà di commetterlo al Consiglio dei seicento che reggeva la repubblica, manifestandogli le ragioni che a ciò lo inducevano: se il Consiglio le riteneva meritevoli accordava il permesso suicidario.

[24] Per una ampia ricostruzione delle concezioni filosofiche del suicidio nella antichità, R. MARRA, *Suicidio, diritto e anomia. Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, ESI, 1987, pp. 16 e ss.

[25] F. SCLAFANI – O. GIRAUD – G. BALBI, *Istigazione o aiuto al suicidio – profili giuridici, criminologici, psicopatologici*, ESI, 1997, p. 7 sottolineano come la radicalizzazione del riconoscimento del disvalore etico e giuridico dell'azione suicidaria sia coincisa per indubbio tramite della opera ermeneutica e concettuale dei canonisti con l'affermazione della dottrina cristiana. Il Concilio di Arles nel 452 d.C. ricondusse il suicidio al *furor diabolicus*, il Concilio di Braga del 563 d.C. determinò il divieto di commemorazione del defunto, mentre nel 693 d. C. il Concilio di Toledo negò al suicida la sepoltura cristiana stabilendo altresì la scomunica per chi avesse vanamente attentato alla propria vita.

[26] A. KOJÉVE, *La nozione di autorità*, Adelphi, 2011, p. 27, sottolinea come la impossibilità di reazione da parte di una collettività organizzata contro un morto faccia sì che il morto stesso acquisisca una autorità divina, in quanto l'esercizio della autorità viene svolta dalla figura del defunto senza alcun rischio o responsabilità.

[27] Sulla concezione liberale del suicidio e sulla polemica ferriana di fine ottocento su omicidio e suicidio, ampiamente A. CADOPPI, *Una polemica fin de siecle sul dovere di vivere: Enrico Ferri e la teoria dell'omicidio-suicidio*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, 1992, p. 125.

Ma mentre nel totalitarismo biopolitico il potere pretende di esercitare un controllo assoluto sulla nuda vita del soggetto[28], restringendo lo spazio fino ad annullare il singolo nella totalità di un organismo che fagocita le singole identità[29], nel liberalismo permane lo spazio di sopravvivenza, per quanto conchiuso nella *carta,* ovvero nel riconoscimento formale e burocratico, della identità come momento di separazione tra mero *bios* e soggetto politico e titolare di diritti.
C'è però un momento in cui i due fenomeni, totalitarismo e liberalismo, si connettono e si congiungono in una danza macabra di pura essenza biopolitica[30]; è quello della nascita e dello sviluppo della istituzione totale[31]. Nel caso che qui interessa, la clinica[32].
Nella clinica, intendendosi per tale il processo di istituzionalizzazione del corpo anche mediante percorsi di medicalizzazione casalinga, e quindi non solo attraverso la erezione materiale dell'ospedale che pure di certo costituisce l'elemento principe del discorso e della esperienza, suicidio e eutanasia vengono ridotti ad unità, vengono burocratizzati e proceduralizzati; essi, spogliati dell'afflato auto-determinativo, iniziano a competere a soggetti terzi, che agiscono nel nome di un bene collettivo in genere sottratto al potere decisionale del singolo e risultante dalla razionalità scientifica[33].
La reazione liberale alla biopolitica totalitaria è di segno contrario ma di uguale intensità, finendo per rovesciarne non tanto i postulati quanto i meri effetti; se nella biopolitica totalitaria, il corpo del singolo è dominato da un assetto di riduzione al tutto organico della legge vivente, nel

[28] La distinzione intercorrente tra soggetto e persona consiste proprio nella peculiare considerazione che nel secondo caso rivestono le particolarità costitutive fisiche e morali, mentre nel primo caso ci si trova davanti un centro di imputazione di situazioni giuridicamente rilevanti, così C. M. BIANCA, *Diritto civile. La norma. I soggetti*, I, Giuffrè, 2002, p. 136. Nell'approccio biopolitico permane quindi il soggetto, mentre recede la persona; la caratterizzazione individuale smette di avere rilevanza per l'ordinamento e rimane solo un centro di imputazione di ordini, comandi, interessi. La rilevanza della distinzione ha portato non casualmente una parte della dottrina a postulare la necessità di un passaggio "dal soggetto alla persona", in questo senso S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Feltrinelli, 2006, p. 25.
[29] E. RESTA, *L'identità nel corpo*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, 2011, p. 10, rileva l'importanza della dimensione spaziale e di quella temporale nel percorso di costruzione della identità e nella sua relazionalità con il corpo.
[30] Sottolinea con energia la emersione della istanza biopolitica come perdita di ogni consistenza intrinseca alla nuda vita, totale malleabilità e permeabilità del concetto di *bios* da parte della incidenza del potere pubblico, F. D'AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, 2011, p. 55.

[31] In una celebre lettera rivolta a Francesco Crispi, lo scienziato svedese Alfred Nobel chiedeva che venissero create e istituite in Italia due cliniche destinate a progetti eutanasici, a mezzo gas venefico, onde porre fine alle gravi sofferenze di malati incurabili. Crispi declinò l'offerta. L'elemento che emerge da questa vicenda è l'attenzione progettuale che Nobel dedicò e il sotteso umanitario, che però finiva per essere un umanitarismo di salute pubblica in cui il bene del malato veniva sostituito con ciò che Nobel riteneva fosse preferibile per loro. Appare interessante anche notare come Nobel parlasse proprio di due "istituti" del costo di 250 lire ciascuno, ovvero due cliniche della buona morte. Su questa vicenda, M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Il Mulino, 2015, p. 149.
[32] La clinica, sottolinea Gilles Deleuze, istituisce una identità di struttura tra il visibile e l'enunciabile, il sintomo e il segno, lo spettacolo e la parola. E', in altre parole, come nel caso della prigione, il frutto di un orizzonte disciplinare, non giuridico, G. DELEUZE, *Foucault*, Cronopio, 2009, p. 86.
[33] Nel momento in cui il liberalismo importa la *deregulation* e la mancanza di intervento legislativo, il soggetto viene lasciato nelle mani dei sistemi parziali, come quello medico; ogni sistema parziale è dotato di una propria logica, di un proprio linguaggio, di una propria auto-normazione che finisce per prevalere sulla volontà del singolo. Il rischio biopolitico liberale è la sottrazione del corpo al riconoscimento di espresse garanzie legislative che tutelino il corpo stesso nella fase terminale della sua vita.

liberalismo, nell'intento di non far gravare sulle spalle del singolo l'apparato pubblico e le sue decisioni, il corpo viene abbandonato alla sua sofferenza oppure fatto scomparire quando non più *utile*.

Per questo, nel costituzionalismo liberal-democratico non ci si accontenta e non ci si deve accontentare di sovvertire l'esito della biopolitica totalitaria, ma al contrario si deve erigere un sistema di garanzie effettive ed efficaci che valorizzino la volontà del singolo e che la tengano ferma e pura anche nel suo ingresso nella logica chiusa della istituzione totale.

In questa infatti, il corpo malato si de-identifica, recede ad uno stadio immerso in una coltre di non rappresentazione, da cui deriva che il soggetto malato è la caratterizzazione negativa del fattore malattia[34], perdendo nei fatti la sua connotazione di soggetto politico: non casualmente lo spazio della malattia[35] oltre che spazio finito, limitato e chiuso, è uno spazio governato da regole comunicative e informative centralizzate in senso organicistico[36].

La malattia e l'istituzione totale che ne reca il segno corporeo tendono a divenire una sola cosa. La scomparsa del malato dalla sfera sociale, nel totalitarismo, rende la legge vivente incarnata dal despota al tempo stesso assassinio e magia, poiché desacralizza il corpo e lo rende vittima facendolo scomparire dalla socialità stessa[37]: ma anche nella liberal-democrazia il corpo incurabile, divenuto altro dalla identità soggettivizzante viene relegato in spazi impermeabili[38] poiché appare sempre più evidente, anche ad un sistema che si è dotato di garanzie giuridiche, la interscambiabilità funzionale tra corpo della malattia e corpo della persona malata[39].

L'anello connettivo tra dimensione biopolitica e istituzione totale è determinato dalla tecnica, anzi dal dominio della tecnica: la riduzione del corpo a nuda vita, priva di qualunque sovra-struttura politico-soggettivizzante, precede infatti la comparsa dei totalitarismi, ed è in certa misura consustanziale alla produzione scientifica priva di regolazione politica.

Come ci ricorda Agamben[40], durante lo svolgimento del processo ai medici nazisti che si tenne a Norimberga subito dopo quello celebrato a carico delle massime strutture e degli alti vertici del Terzo Reich, persino gli scienziati di chiara fede anti-nazista che avrebbero dovuto testimoniare a carico degli imputati riconobbero che gli atroci esperimenti posti in essere sui prigionieri e sugli internati erano stati *meravigliosamente* concepiti e preparati.

La meraviglia, come termine, lascia sgomenti, perché da un lato è riferita ad un carnevale di orrore e sofferenza incistato di determinazioni scientifiche, dall'altro perché riecheggia il momento in

---

[34] M. FOUCAULT, *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, Einaudi, 1998, p. 27.

[35] Sul generale rifiuto culturale della sofferenza, della morte e della malattia nella cultura occidentale, come momento topico determinatosi dopo una tendenziale esibizione della morte stessa, diffusamente P. ARIES, *Storia della morte in occidente*, BUR, 2006, pp. 226 e ss.

[36] Come sottolineato da G. BENN, *Lo smalto sul nulla*, Adelphi, 1992, p. 264, non esiste più l'uomo con un contenuto o la necessità che egli debba averne, ne esistono solo i sintomi. Vero è che la razionalità del nichilismo tecnico finisce per rendere in pari intensità la logica della biopolitica totalitaria.

[37] B. MAGNI, *I confini del corpo*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, 2011, p. 39.

[38] M. FOUCAULT, *Nascita della clinica*, cit. p. 173, mette in luce come la malattia prende corpo in uno spazio che coincide con quello dell'organismo, essa ne segue le linee e la sagoma, si organizza secondo le sue linee generali, si piega parimenti nel senso delle sue singolarità. E' quindi nel momento in cui morte e malattia appartengono ad un luogo tecnico che la malattia stessa viene spazializzata.

[39] M. FOUCAULT, *Nascita della clinica*, cit. p. 15.

[40] G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit. p. 154.

cui la nuda vita è sottoposta all'esercizio assoluto dello stato di eccezione, che finisce per sostanziarsi nella determinatezza ordinamentale del campo.
Ma ancor più sgomenti resero giudici e uditorio di quelle ferali, convulse giornate dibattimentali tenute a Norimberga le vivide narrazioni addotte dagli avvocati della difesa tutte tese a delineare come la sperimentazione sugli esseri viventi, esseri viventi spogliati della loro dignità politica, e del loro essere soggetti e *politikon zoos*, ridotti ad estensione delle istituzioni totali carcerarie o cliniche che li fagocitavano e dentro cui erano stati gettati, fosse stata una consuetudine molto diffusa, prima ancora dell'avvento del Terzo Reich, negli stessi Stati Uniti[41].
Venne delineata una dettagliata e abbacinante mostra delle atrocità a base di cavie umane, detenuti, malati mentali, su cui erano state diffuse in America le spore e i bacilli della febbre petecchiale e di altre tremende infezioni e malattie: centinaia di persone spogliate del loro *status* di individui-persone erano stati immersi nella coltre nebbiosa della indistinzione tra potere e suo esercizio, divenendo meri ingranaggi biologici di una sperimentazione diffusa, in cui la coincidenza era assoluta tra dispositivo scientifico e norma posta.
La questione è pertanto meno consolatoria di quanto possa sembrare; se anche Stati di matrice liberale, presidiati da garanzie giurisdizionali, dalla partecipazione popolare, dalla presenza di una vivace opinione pubblica, hanno potuto inabissarsi nel canone biopolitico spogliando l'uomo della sua politicità e rendendolo pura essenza biologica, che cosa impedisce che ciò possa ripetersi?
La tecnica, senza regolazione e senza alcuna forma di controllo democratico, senza cioè emersione di un momento rappresentativo che ne democratizzi le istanze più profonde e capillari[42], è essa stessa istanza biopolitica: le Costituzioni liberal-democratiche hanno rappresentato l'irruzione nella storia di forze sociali che rimaste latenti per decenni hanno poi chiesto di farsi potere costituente, hanno elevato sulla scena delle dimensioni del potere pubblico la società e le sue istanze, un assetto valoriale incardinato in moduli garantistici, con una continua oscillazione di bilanciamenti e contro-reazioni.
L'articolo 32[43] della Costituzione repubblicana è un segno di una narrazione che vuole rappresentare la scienza in un dispositivo in cui ricerca, sperimentazione, malattia, corpo

[41] Celebre, e ideale per rendere l'idea del quadro culturale e sociale che dominava diverse latitudini a prescindere dagli orientamenti ideologici che informavano la singola compagine statuale, la sentenza della Corte suprema americana del 1924, *Buck vs. Bell*, nella quale il giudice estensore, Oliver Wendell Holmes, prendendo radicale posizione a favore della eugenetica e della sterilizzazione delle persone afflitte da *deficit* mentale ebbe a scrivere "*abbiamo visto come più di una volta il bene pubblico possa richiedere ai migliori cittadini la loro vita. Sarebbe strano se esso ormai non potesse chiedere a coloro che hanno indebolito lo Stato un sacrificio minore, allo scopo di prevenire noi stessi dall'essere sommersi dall'incompetenza…tre generazioni di imbecilli sono sufficienti*". Come ricorda C. FUSCHETTO, *Fabbricare l'uomo. L'eugenetica tra biologia e ideologia*, Armando editore, 2004, p. 122, il Giudice Holmes era uno stimatissimo giurista di fede progressista, e di certo non un reazionario; questo indica chiaramente come la tendenza alla spoliticizzazione del singolo ridotto in stato di minorità dalla malattia operata da razionalità tecniche fosse un dato presente anche nel cuore degli Stati a vocazione liberale.
[42] Ciò che davvero sembra non potersi perdonare al suicida è la realizzazione di ciò che J. AMÈRY, *Levar la mano su di sé*, Bollati Boringhieri, 1990, p. 11, definiva il momento del salto che conduce alla folle eguaglianza.
[43] S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Giappichelli, 2014, p. 65, sottolinea come l'articolo 32 Cost. abbia funzione e valenza di scudo contro improprie invasioni della sfera pubblica nell'ambito sanitario individuale, vietando ad esempio sperimentazioni sul corpo umano.

dell'infermo vengono democratizzati, informati al canone della dignità, della tutela, erigendo una barriera contro interferenze eticizzanti dello Stato ma anche dalle dinamiche autopoietiche della narrazione scientifica priva di regolazione.
Derive eticizzanti che utilizzano il paradigma della dignità, declinato in chiave di incidenza pubblicistica nella sfera di autodeterminazione individuale, d'altronde non mancano, e non solamente nel nostro Paese.
Emblematico il caso del lancio del nano[44] registratosi in Francia, in cui venne sollevata giudizialmente la questione della mancanza di dignità insita in questa pratica, e che pure costituiva elemento di sostentamento e attività lavorativa per il protagonista che pertanto in sede giudiziale divenne parte resistente.
Oppure la vicenda tedesca risalente agli anni ottanta e concernente i *peep show*, ovvero i locali di spogliarello: anche in questo caso il concetto di dignità venne oggettivizzato e il corpo abbassato a campo di conflitto, scindendolo dalla volizione e dalle aspirazioni e dal canone di autodeterminazione individuale.
Si trattava, in entrambi i casi, di una dignità spogliata del vincolo di solidarietà.

2. La libertà di congedarsi dal mondo; l'articolo 580 c.p. come dispositivo di controllo sociale

2.1 Suicidio modo d'uso; la criminalizzazione della autodeterminazione individuale.

Nel corso del 1989, il Pretore di Portici dispose il sequestro, su tutto il territorio nazionale, del libro *Suicidio modo d'uso*, tradotto dal francese e pubblicato in Italia dalla casa editrice anarchica torinese Nautilus. Il reato ipotizzato dal magistrato campano era l'articolo 580 del codice penale, nella parte in cui detta norma sanziona l'istigazione al suicidio[45].
Ancora più significativa la vicenda francese[46] di pochi anni precedente e concernente il medesimo volume; *Suicide mode d'emploi* di Claude Guillon e Yves le Bonniec, edizione Alain Moreau, era stato infatti pubblicato proprio in Francia nel 1982.
Si trattava di un saggio che inserendosi nella tradizione socio-psicologica libertaria inaugurata anni prima da Felix Guattari, oltre a decostruire il fenomeno suicidario, nel suo capitolo più controverso, il decimo, arrivava a delineare empiricamente le modalità di suicidio da considerarsi meno dolorose.
Ebbe un notevole successo commerciale, arrivando a vendere oltre centomila copie e gli autori vennero contattati da moltissime persone che si dimostrarono interessate alla applicazione pratica dei consigli contenuti nel capitolo decimo.
In seguito a un feroce dibattito e a vibranti proteste, il Senato francese l'anno seguente la pubblicazione del testo iniziò l'esame di un testo di legge che avrebbe dovuto sanzionare

---

[44] A. MASSARENTI, *Il lancio del nano e altri esercizi di filosofia minima*, Guanda, 2006, p. 12, il quale, dolorosamente e da libertario, asserisce di essere turbato dalla pratica in sé e da come poterne giustificare il suo divieto. In questo caso, come nella per certi versi similare questione affrontata in Germania nei primi anni ottanta in tema di *peep show*, il contrasto si gioca tra autodeterminazione individuale esercitata *dal* corpo e invasività dispositiva del potere pubblico portata *sul* corpo.
[45] P. BANDERA, *Manuale di cultura industriale*, ShaKe, 1998, p. 247.
[46] L. CHAUVEAU, *13 Ans apres, les auteurs et l'editeur de suicide, mode d'emploi en proces*, in *Liberation*, 16 febbraio 1995.

l'apologia del suicidio; il dibattito parlamentare culminò nella approvazione della legge in parola, nel 1987[47].

I primi processati a seguito della entrata in vigore della legge furono proprio Guillon e Bonniec e il loro editore, poiché essendo stato ristampato il volume nel 1989 venne ritenuto rientrante nel margine temporale operativo della legge; a Guillon inoltre fu contestata anche la corrispondenza con persone che avevano manifestato seri propositi suicidi e che in alcuni casi li avevano portati a termine.

La fattispecie incriminatrice contenuta nell'articolo 580 del codice penale italiano risente in maniera evidente di un aroma[48] mirante al controllo sociale, in cui cioè le coordinate di libertà accordate al singolo nella sua autodeterminazione[49] si infrangono a fronte dello scardinamento del tassello portante della sovranità; il suicidio del singolo, in sé, non può essere punito, nonostante rechi ancora lo stigma della riprovazione sociale, ma in oggetto e in questione viene la connessione tra il suicida e un altro soggetto che, a vario titolo e a vario modo, prende parte, psichicamente nella istigazione e pragmaticamente nell'aiuto/agevolazione, alla azione suicida.

Una delle domande che puntellano il dibattito penalistico sulle figure penalmente rilevanti connesse al suicidio, è se esso sia un atto lecito o illecito, un atto libero o solo tollerato dall'ordinamento ma su cui finisce per gravare uno stigma sociale[50].

Il codice albertino del 1839, come noto, era ferocemente ostile al suicidio, richiamando in questo le costituzioni piemontesi del 1770 le quali prevedevano addirittura la impiccagione del cadavere del suicida[51].

Con il codice Zanardelli del 1889[52], appare per la prima volta la fattispecie della istigazione al suicidio: di omicidio del consenziente invece non si ha ancora modo di parlare posto che le coordinate ideologiche dottrinali maggioritarie inferivano la tendenziale irrilevanza del consenso prestato, ritenendo che l'omicidio del consenziente fosse un omicidio *tout court*.

La sociologia positivista del tempo tendeva indubbiamente a vedere nell'azione suicida la rottura del patto sociale, oltre a paventare rischi di emulazione: ma questa emulazione da evitare e debellare, più che declinata nel senso di esclusivamente paternalistica protezione dei soggetti

---

[47] Loi n. 87-1133 du 31 Decembre 1987, *Tendant reprimer la provocation au suicide*.

[48] *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. IV, Tipografia delle mantellate, 1929, p. 160, laddove emerge come solo una concezione pagana della vita e dei suoi fini avrebbe potuto immaginare una attenuazione della responsabilità rispetto all'omicidio volontario.

[49] Sull'approccio paternalistico in diritto penale, con particolare riguardo proprio alla istigazione e alla agevolazione del suicidio *ex* articolo 580 cp, M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen*., 2008, p. 985, e A. SPENA, *Esiste il pluralismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen*., 2004, pp 1234 e ss.

[50] R. E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'articolo 580 c.p*., in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 10, pp. 143 e ss.

[51] Sulle parziali modificazioni importate dalla concezione illuminista e beccariana, ampiamente V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, UTET, 1985, p. 110.

[52] Sull'impianto concettuale del codice Zanardelli in rapporto alla condotta suicidaria, nelle sue varie sfumature, L. ZUPPETTA, *Del suicidio in rapporto alla morale, al diritto e alla legislazione penale punitiva*, 1885, Ernesto Anfossi editore, pp. 612 e ss., P. VIAZZI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, Soc. ed. Libraria, 1908.

deboli esposti a rischi psichici, operava come meccanismo di reiterazione dello *status quo* in quanto era la totalità sociale a decidere sulla dimensione corporea[53] del singolo non potendo permettere fratture della convivenza e metodi di autodeterminazione totale.
Traccia di questa impostazione si rinviene chiaramente anche nel Codice Rocco; l'istigazione e l'aiuto al suicidio previsti e attualmente normati dall'articolo 580 c.p. più che figli dell'organicismo fascista e della concezione della sacralità della vita cattolica risentono di un generalizzato dispositivo di controllo tendenzialmente in linea con la visione liberale ottocentesca, per cui la indisponibilità del corpo era ricondotta ad una dimensione causale oggettivizzata, in cui le motivazioni liberatorie, di scelta assoluta, di chiamarsi fuori dal mondo, divenivano inaccettabili perché prive di una essenza socialmente o economicamente apprezzabile. Si tratta, in piana evidenza, di una norma dalla formulazione ambigua, i cui elementi costitutivi attingono pesantemente ad una dimensione extra-giuridica[54].
Che il suicidio, a quadro normativo attuale, sia un gesto solo fattualmente tollerato e non permesso lo si evince piuttosto agevolmente proprio dalla incriminazione prevista dalla fattispecie dell'articolo 579 c.p. disciplinante l'omicidio del consenziente e più ancora efficacemente proprio dall'articolo 580 c.p.
Come è stato sottolineato[55], sulla scia della analisi delle teorie sul paternalismo penale e dell'*harm principle*[56], l'introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina che ha legittimato il diritto a lasciarsi morire, rifiutando le cure anche quando le stesse presentino la chiara connotazione dell'essere salvavita, ha parzialmente complicato il quadro; si pone infatti ora la questione se il concetto stesso di lasciarsi morire possa essere considerato omologo o quantomeno affine al congedarsi dal mondo.
La questione adombra la semantica totalitaria[57] della stessa eutanasia, ovvero del dominio della tecnica[58], nel *genus* scienza, che finisce per incistarsi capillarmente nel corpo umano,

---

[53] Non casualmente ancora oggi l'approccio bioetico della dottrina cattolica tende a postulare la indisponibilità del corpo e a divinizzare l'esperienza della sofferenza come momento catartico, D. TETTAMANZI, *L'etica della malattia e del dolore*, in ID. , *Custodi e servitori della vita*, Salcom, 1985, pp. 473 e ss, analogamente G. GIUSTI, *L'eutanasia. Diritto di vivere – diritto di morire*, Cedam, 1982, p. 11.
[54] A. CONTINIELLO – G. F. POGGIALI, *Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio nell'ordinamento italiano e sovranazionale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 4, p. 1, definiscono il delitto *de quo* come uno dei più oscuri e discutibili.
[55] A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 8.
[56] J. FEINBERG, *The moral limits of criminal law*, III, *Harm to self*, Oxford University Press, 1986, pp. 344 e ss., per una ampia disamina dell'opera e della influenza esercitata dael pensiero di Feinberg, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 7, pp. 59 e ss.
[57] Come è stato correttamente sottolineato, lasciare priva di regolazione la dinamica eutanasica, come in generale qualunque dinamica altamente scientificizzata significa nei fatti ingenerare una catena di espropriazioni della autodeterminazione, la quale sarà limitata dalla razionalità scientifica; uno spazio libero dal diritto sarebbe uno spazio occupato dalla tecnica, e finirebbe per situare il malato fuori dall'ordinamento facendolo recedere a non-soggetto, F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. Discipline pen.*, IV, 1990, p. 424. Mantovani come noto muoveva dalla differenziazione tra una dimensione collettivistica e biopolitica della eutanasia, imposta dai pubblici poteri come processo di sanificazione, avendo in mente proprio l'Aktion T4 nazista, e una di matrice individualistica afferente la libera determinazione del singolo sofferente.
[58] La tecnica deve essere governata e regolata nella dinamica politico-istituzionale, poiché i suoi atti e "fatti" rispondono ad una razionalità altra rispetto alla dottrina liberal-democratica, una razionalità che non

sedimentandosi e governandolo senza più alcuna forma di possibilità di autodeterminazione; appare infatti evidente[59] come la differenza tra eutanasia passiva consensuale e suicidio risieda solamente nella accettazione del dispositivo di reiterazione del dominio tecnico[60].
L'eutanasia passiva consensuale è un rifiuto incardinato in una proceduralizzazione del corpo disperso nella istituzione totale, è lo schermo dietro cui viene celato al mondo esterno, all'ordine sociale, la possibilità che un individuo assuma il proprio destino nelle sue mani e giunga a consistere nella determinazione assoluta di un per lui inevitabile chiamarsi fuori[61].
L'eutanasia passiva consensuale, il rifiuto, il lasciarsi morire, nella sua dimensione di negazione scientificamente e socialmente accettabile, maschera due elementi; la frattura sociale imposta dal canone della affermazione del Sé sulla socialità ordinata in regole e soprattutto la dinamica istituzionale che continua a privare l'infermo di qualunque ausilio al suo gesto, determinando la consistenza del suicidio puro come diritto dei sani[62].

2.2 *Enfermér le dehors*: suicidio, prostituzione, plagio.

La medicalizzazione, l'ingresso del corpo nella finitezza istituzionale e normativa della cura, della clinica, lasciano insorgere lo sdilinquimento del corpo stesso nella semantica della conservazione, laddove la barriera più forte e invalicabile è per l'ordine liberale, e non solo per il potere dispotico totalitario, l'apporto solidaristico di un soggetto terzo, estraneo alla formazione di una volontà dinamicamente e staticamente stabilita, nella fase esecutiva, laddove il soggetto potenzialmente agente ne sia impedito fisicamente.
Lo stesso pietoso neologismo *suicidio assistito*[63] più che evocare la dimensione solidaristica dell'ausilio e della assistenza, richiama il fattore della osservazione, dell'assistere come osservare, rimanendo impermeabili ed esterni alla sfera non solo volitiva ma anche pragmatica di azione del soggetto.
D'altronde che tra rifiuto delle cure e rifiuto della esistenza non vi sia un nesso immediatamente diretto tale da portarne a inferire la perfetta fungibilità è piuttosto palese dalla dimensione ordalica e agonica che la sospensione delle cure può anche importare.
Nel punire e reprimere l'istigazione e l'aiuto materiale al suicidio l'articolo 580 c.p. ci dice che essendo il suicidio dell'uomo sano ingovernabile, e per ciò stesso risultandone un atto di assoluta rottura, un atto capace di incrinare le basi assiologiche su cui è stata edificata la società

---

conosce di suo uguaglianza e dignità ma solo l'efficienza del proprio scopo finale. Per l'importanza del bilanciamento tra diversi principi costituzionali in relazione ai fatti scientifici e tecnici, M. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, 2002, pp. 432 e ss.

[59] S. CANESTRARI, *Fine vita e rifiuto di cure: profili penalistici. Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), Trattato di Biodiritto, II, Giuffrè, 2011, p. 1906.

[60] S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato*", in S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, 2011, pp. 63 e ss. sottolinea come l'avanzare inesorabile delle tecnologie stia incidendo sulla dimensione stessa del corpo, rendendolo liquido, puro, scisso dai suoi vincoli fisici, e determinando di contro la necessità che esso non rimanga preda dei linguaggi della tecnologia avanzata.

[61] M. BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in occidente e oriente*, Il Mulino, 2009, pp. 227 e ss. per le statistiche sui suicidi commessi da malati terminali.

[62] M. LUCIANI, *Suicidio, diritto dei sani*, in *La Stampa*, 30 Aprile 2002.

[63] G. DWORKIN – R. G. FREY – S. BOK, *Eutanasia e suicidio assistito – pro e contro*, Einaudi, 2001.

contemporanea, qualunque avvicinamento di soggetti terzi verso questo mare in tempesta, o camusianamente parlando verso questo uomo in rivolta, determina il rischio di un contagio della frattura.
Non appare casuale che questa connotazione di dispositivo di controllo sociale sia talmente elevata o pervicace che la concreta incidenza della sua portata incriminatrice da un lato, in presenza di suicidi consapevoli e lucidi, sia sempre stata assolutamente limitata, mentre dall'altro si avanza un suo utilizzo a tutto campo[64], in cui il bene tutelato più che la vita umana è quello della vita umana inserita nel contesto sociale ordinato e istituzionalizzato.
L'istigazione così efficace da ingenerare o rafforzare il proposito suicidario è una emanazione diretta e palese di un modo di atteggiarsi del pubblico potere che non può accettare l'idea di una simile volontà, tanto radicale da negare la sua stessa permanenza, il suo esserci.
A testimonianza di ciò, un ampio, vasto reticolo di indizi normativi che punteggiano e puntellano la indisponibilità assoluta della vita umana e la negazione, larvata e liminale rispetto ai meccanismi di controllo del totalitarismo ma pur sempre presente; si pensi agli articoli dal 114 al 117 del TULPS che sanzionano la pubblicazione sui giornali e in altre forme di scritti di ritratti di suicidi, o all'articolo 14 della legge n. 47 del 1948 e all'articolo 30 comma 20 della legge n. 223/1990, i quali dispongono il divieto di pubblicazioni e/o di trasmissioni televisive o radiofoniche destinate a bambini idonei per la loro vivida consistenza di istigare al suicidio.
Tutte previsioni normative abbondantemente sopravvissute in termini temporali all'entrata in vigore della Costituzione.
Grava su tutto ciò quell'aria di morte che finisce, anche in termini squisitamente psico-patologici, per inferire una consonanza intima tra la dinamica aggressiva contro se stessi e quella contro altri[65]: ed è in questo che si situa il fondamento di un comportamento istigatorio che in linee tendenziali finirebbe per istigare un atto che di suo non dovrebbe esser considerato illecito[66].
La riflessione gius-penalistica si è non casualmente polarizzata su alcune fattispecie che tendono similmente a connotare la realizzazione di comportamenti di loro non illeciti, come appunto la prostituzione[67]: il favoreggiamento della prostituzione si configura nei fatti in una istigazione di una condotta che la normativa di riferimento, la legge Merlin, mira a riconnettere alla dimensione autodeterminativa della persona che si prostituisce.
Se consideriamo quindi che la autodeterminazione sessuale rientra senza alcun dubbio nella sfera dei diritti inviolabili della persona, il favoreggiamento finirebbe con il punire in realtà una

[64] Le cronache rimandano casi di contestazione del reato di istigazione al suicidio che oscillano dalla vicenda del suicidio di Tiziana Cantone, la ragazza campana suicida dopo la diffusione virale di un suo filmino pornografico amatoriale mediante prima sistemi di messaggistica istantanea *whatsapp* e poi approdato su internet, e in cui per tale fattispecie venne indagato il suo ex compagno, al suicidio di un imprenditore ligure cui un istituto di credito aveva negato un prestito e che vide iscritto nel registro degli indagati il direttore dell'istituto stesso che aveva negato il prestito. Si tratta, in tutta evidenza, di casi che non hanno nulla a che vedere con la *ratio* ispiratrice dell'articolo 580 cp ma che bene rendono la tendenziale evanescenza della norma e il suo costituire una mina vagante nel cuore dell'ordinamento.
[65] U. FORNARI, *Psicopatologia e psichiatria forense*, Torino, 1989, p. 433 per una ampia casistica di profili psicologici di suicidi e per una analisi delle varie modalità e dei tipi psicologici.
[66] P. TONINI, *Istigazione, tentativo, e partecipazione al reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, 1984, p. 1578.
[67] A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi*, cit., pp. 24 e ss.

condotta che mira a rafforzare o rendere possibile un diritto fondamentale della persona umana, mediante l'intersezione economica e logistica di domanda e offerta.
L'eccezione di legittimità costituzionale delle norme in parola emersa dal caso Tarantini[68] segnala più di qualche mero episodio di contatto e di sintonia con la vicenda Cappato; in entrambe a venire in questione è il diversificarsi del contesto sociologico e la recessività tendenziale delle dinamiche sovra-ordinate e istituzionalizzanti, come la moralità pubblica, la rilevanza pubblica della vita umana, concezioni pubblicistiche di dignità.
Nell'ordinanza per altro viene proposto un canone ermeneutico semantico che adombra alcune differenziazioni tra varie forme di prostituzione[69], il che rileva poiché anche nelle questioni di fine vita si assiste spesso a lotte semantiche che differenziano tra termini e concetti.
Si condivide qui l'opinione[70] di chi rileva l'assoluta irrilevanza in termini giuridici, ma di più anche sociologici e psicologici, del lemma *escort*, un cardine questo che i giudici del caso Tarantini hanno ritenuto al contrario quasi dirimente a lasciar intendere chi svolga l'attività di prostituzione in maniera libera e consapevole.
Escort è una sfumatura prestazionale ed economica del *genus* prostituta, un mascheramento semantico classista esattamente come lo è, in termini istituzionali, il lemma eutanasia, passiva o attiva, consensuale; entrambi i termini ineriscono una modalità tecnica, operativa, del proprio dispiegarsi, con precise caratterizzazioni, ma nel loro nocciolo duro appartengono sempre alla libera e consapevole scelta interiore di auto-determinazione la quale però non è meccanicisticamente determinata dall'aderire o meno alla categoria in parola.
Non viene cioè in questione il *se*, ma il *come*.
Possono esserci *escort* davvero libere e consapevoli, ma possono anche trovarsene di sfruttate dalla tratta[71].
Il punto dirimente del favoreggiamento è il suo ancoraggio non tanto alla dimensione reificante tipologicamente ascrivibile alla tratta quanto il suo apporto puramente logistico e agevolatorio, originante da una sedimentazione autodeterminata del soggetto che si prostituisce. In questo caso il disvalore che l'ordinamento, in chiave morale, riversa comunque sulla prostituta finisce con il punire chi venga a contatto con essa in maniera non del tutto episodica e sporadica quale il cliente. Ma il favoreggiamento ha anche molto a che fare con la libertà di espressione e di formazione delle opinioni e dei convincimenti, in questo similmente alla istigazione pura al suicidio.
C'è in realtà, proprio in questa prospettiva di espressione di opinioni, anche un altro caso di totale similitudine concettuale, obliquo ormai rispetto al *radar* della ricerca giuridica posta la sua ormai

---

[68] Corte app. Bari, sez. III, ordinanza del 6.2.2018, In dottrina, A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della Legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 3, pp. 153 e ss.
[69] Il termine prostituzione è in effetti, sociologicamente e giuridicamente, indeclinabile al singolare e deve più opportunamente essere declinato al plurale, come sottolineato in dottrina I. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzioni*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, Dike, 2014, pp. 38 e ss. Ma la differenza tra le varie tipologie oltre che empirica, effettuale, connessa alle modalità di esercizio, è sotto altro profilo da riconnettersi alla libera scelta o alla coercizione. Ciò detto appare impreciso asserire che la *escort*, termine atto a indicare solo un modo di esercizio della prostituzione, sia da considerarsi sempre e comunque prostituta volontaria pienamente libera e consapevole.
[70] A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi*, cit. p. 26.
[71] G. CANDIA – F. GARREFFA, *Migrazioni, tratta e sfruttamento sessuale in Sicilia e Calabria*, FrancoAngeli, 2011, p. 91.

ultra-trentennale espunzione dal nostro panorama ordinamentale; ci si riferisce alla fattispecie di plagio, originariamente sanzionata dall'articolo 603 del codice penale.
Si trattava di una fattispecie penale altamente controversa, che esattamente come nel caso della istigazione al suicidio e nel caso della prostituzione finiva per ancorarsi a parametri squisitamente extra-giuridici[72].
Lo stesso termine plagio, nel linguaggio di uso comune, è altamente polisenso; può indicare il plagio artistico, da cui in fondo deriva in chiave semantica[73] o la riduzione in schiavitù intesa come reificazione corporea, da cui discendeva la sua collocazione topografica tra i reati contro la libertà individuale[74].
In realtà, come non avevano mancato di rilevare i perplessi estensori del codice penale, l'articolo 612 del progetto di codice poi trasfuso nell'articolo 603 del testo definitivo finiva per incriminare condotte in cui l'assoggettamento fisico e l'esercizio del pieno potere discendevano non solo da una privazione della libertà fisica del soggetto ma anche da un esercizio reiterato di dinamiche psichiche avvolgenti e dimidianti che incidendo sull'arbitrio del soggetto-vittima finivano per coartarlo.
Nel diritto romano, barbarico e medievale, il termine *plagium*, a partire dalla *Lex Fabia* risalente alla fine del III secolo a.C., oggetto di ampie trattazioni da parte dei massimi giuristi latini come Gaio, Ulpiano, Paolo, indicava la riduzione in stato di soggezione di un uomo libero ingenuo o liberto facendone poi oggetto di vendita[75].
Analoghe considerazioni valgono per l'editto di Teodorico, del VI secolo d.C., che al capo 78 reprimeva e sanzionava in maniera molto severa l'assoggettamento di uomini liberi mediante raggiri o con l'uso della forza, e per la *Lex Visigothorum* e la *lex Frisionum*, rispettivamente del VI secolo e dell'VIII secolo d.C.
Nonostante quindi una tradizione concettuale consolidata e traslata fino alle codificazioni degli Stati pre-unitari, compreso il codice Zanardelli del 1889, l'accezione di plagio adottata nel codice Rocco del 1930 se ne discostava in maniera palese; se ne discostava perché il tratto comune del plagio nelle diverse epoche storiche era stato l'utilizzo, per ridurre in stato di soggezione, della forza, della coazione fisica.
Al contrario l'articolo 603 del codice penale era contraddistinto da una consistenza ombrosa, altamente ambigua, perché pur situato tra i reati di riduzione in schiavitù, i quali tipologicamente si basavano su forza e violenza, portava in evidenza e rilievo i meccanismi psichici di inferenza del potere del plagiario sulla mente e sul corpo del plagiato; il grande problema in termini di incriminazione del reato di plagio consisteva proprio nella precisa individuazione della sua portata

[72] Sulla impossibilità di affrontare il tema del suicidio anche da parte dei giuristi in termini squisitamente ed esclusivamente normativi, F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, II, Giuffrè, 1991, p. 201, il quale poi sottolinea l'inestricabile fascio di considerazioni filosofiche, etiche, psicologiche di cui si nutre la fattispecie in questione.

[73] Nell'epigramma 52 Marziale connetteva tra loro la falsa attribuzione di opere letterarie con l'assoggettamento al proprio servizio di schiavi altrui, determinando proprio con questa connessione concettuale la bipartizione di significato del medesimo termine, una bipartizione che è sopravvissuta fino ai giorni odierni.
[74] A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica* , Giappichelli, 2012, p. 125.
[75] Per una ampia ricostruzione storica e concettuale del plagio, a partire dal diritto romano, G. M. FLICK, *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Giuffrè, 1971.

offensiva e dei suoi elementi costitutivi, oltre che nella enorme incidenza di una caratterizzazione extra-giuridica come il condizionamento psichico.
Proprio come il reato di istigazione al suicidio, il reato di plagio ha avuto una esistenza processuale tormentata, scarsamente utilizzato ma nelle vicende che lo hanno visto protagonista sempre connesso a dimensioni ideologiche e di conservazione dell'ordine costituito; dalla vicenda di Don Emilio Grasso, che avrebbe poi portato alla pronuncia 9 Aprile 1981, n. 96 della Corte Costituzionale che dichiarò la illegittimità costituzionale dell'articolo 603 cp per violazione dell'articolo 25 Cost.[76], alla unica condanna di cui si ha memoria, quella del filosofo Aldo Braibanti[77], il plagio si è presentato come una fattispecie concettualmente elastica, tesa a inglobare e metabolizzare spunti dissonanti, tutti lambenti la pura manifestazione del pensiero e dei confini estremi del patto sociale.
La connessione tra i tre delitti, quello di istigazione al suicidio e quello di plagio e quello di favoreggiamento della prostituzione, è rappresentata proprio dal tentativo istituzionale di chiudere fuori il fuori, l'erezione di una struttura dispositiva che impedisca il chiamarsi fuori, la permanenza di una linea di confine tra determinazione individuale liberatoria e intelaiatura socio-relazionale collettivizzante, l'*enfermér le dehors* di Maurice Blanchot[78]; la torre di Braibanti, la comunità di Don Grasso, la liberazione mediante la morte per il malato imprigionato nel corpo della malattia, divengono paradigmi inaccettabili per una certa visione utilitaristica del patto sociale, una visione che postulando la sua totale finitezza non può tollerare spunti auto-liberatori.

---

[76] Sulla sentenza della Corte Costituzionale e sugli scenari aperti dopo l'espunzione della fattispecie dal nostro ordinamento, con riferimento particolare ai casi di condizionamento psichico, G. FLORA, *Il plagio tra realtà e negazione: la problematica penalistica*, in Riv. *it. Dir. proc. Pen.*, 1990, p. 87.
[77] Braibanti, filosofo, ex partigiano torturato dalla Banda Carità, drammaturgo organizzatore di un laboratorio teatrale, poeta e intellettuale irregolare di tendenze anarchiche, aveva intrecciato, in tempi diversi, relazioni omosessuali con due suoi studenti, uno dei quali lo aveva seguito a casa sua, dopo il trasferimento del Braibanti dall'Emilia a Roma. Denunciato per plagio dalla famiglia di questi, venne in primo grado condannato a nove anni di reclusione, successivamente ridotti in Appello a sei di cui due condonati solo per meriti resistenziali senza che l'impianto accusatorio fosse stato minimamente scalfito: la sentenza di appello, Corte di Assise di appello, Sezione I penale, del 30 settembre 1971, è pubblicata in *Foro italiano*, 1971, vol. 95, pp. 1 e ss.. A favore di Braibanti si schierarono molti intellettuali, come Pasolini, Bene, Moravia, Eco. Sia la struttura della contestazione sia la, elefantiaca, sentenza di primo grado ponevano l'accento sulle doti oratorie e retoriche e culturali del Braibanti, ma soprattutto sulla sua omosessualità, nonostante il Braibanti abbia per altro negato di essere omosessuale; ben presto la vicenda, anche per la caratura degli intellettuali scesi in campo per protestare l'innocenza del filosofo e la fumosità del reato contestato, divenne uno scontro frontale tra opposte opzioni valoriali. L'intera vicenda è ampiamente ricostruita in G. FERLUGA, *Il processo Braibanti*, Zamorani, 2003. Il caso esistenziale e processuale è divenuto anche una *piece* teatrale, M. PALMESE, *Il caso Braibanti*, Caracò, 2017.
[78] M. BLANCHOT, *L'entretien infini*, Gallimard, 1969, p. 292; il confinare fuori dallo spazio sociale ciò che è situato già fuori indica l'erezione di un dispositivo di controllo e di stabilizzazione dell'assetto valoriale dato al fine di impedire l'ingresso di ciò che è percepito come disvalore o controvalore. Il potere costituito, detto in termini di teoria politica e costituzionalistica, arresta l'ingresso delle dissonanze latenti prodotte da altre forze costituenti che cercano di penetrare nell'assetto istituzionale agitandosi negli interstizi di una Carta costituzionale e di un ordinamento dato. Da questa collisione dialettica o nasce una chiusura totale con un rigetto del corpo sociale latamente costituente oppure ne nasce una armonizzazione, mediante un percorso di accesso/inclusione al dispositivo costituzionale già dato. Plagio, favoreggiamento della prostituzione, istigazione al suicidio rappresentano, in questa chiave interpretativa, i puntelli della barriera chiamata a impedire l'accesso di ciò che è fuori e lotta per accedere.

2.3 La soglia di determinazione biologica della modernità: personalismo, solidarietà e dignità contro la riduzione biopolitica del corpo a esperimento diffuso.

Viene quindi in questione la grande tematica della dignità [79] e della solidarietà, quelle caratterizzazioni che in termini di costituzionalismo liberal-democratico, assieme alla eguaglianza[80], costituiscono il formante basico della vestizione politica del soggetto e del suo esserci nella dimensione rappresentativa[81].

La dignità, nel lessico del costituzionalismo, inerisce una dimensione ur-valoriale, endiadica rispetto alla persona umana, caratterizzante e rafforzativa rispetto ad un dato elemento; dignità umana, dignità sociale.

Sono concetti diversi, pur originando fenomenologicamente dal riconoscimento del singolo come persona, colto nel reticolo di relazioni intra-subiettive che animano le formazioni sociali: la partecipazione del soggetto alla cosa politica consustanzia il suo divenire permanente *zoon politikon*, elevandosi dalla pura materialità biologica[82].

La dignità emerge, sia a livello interno sia nel processo di integrazione sovra-nazionale, nel preciso momento in cui l'umanità vuole chiamare ad armistizio le varie componenti che tra loro cospiranti compongono la totalità sociale[83], per elidere in radice la possibilità dell'insorgere di fenomeni di inimicizia assoluta tra formazioni sociali e visioni ideologiche antitetiche; si vuole cioè evitare che il conflitto, per quanto aspro e duro, possa inerire il campo valoriale, assegnando al proprio nemico, non più avversario quindi, il contrassegno di chi si pone fuori dall'umanità, come era avvenuto nella ricostruzione schmittiana del nemico in senso oggettivo[84].

Il conflitto per valori, come si è avuto già modo di rilevare, è scivoloso, perché tende ad insinuarsi nel tessuto sociale disarticolandone la aggregazione e gli elementi nodali; non appare un caso che proprio di dominio dei valori siano state ammantate le teoriche che maggiormente hanno inciso nella espunzione del corpo umano dall'orizzonte politico facendolo regredire allo stato naturale-biologico.

Binding e Hoche si sentivano investiti di un dovere etico connesso alla dignità della vita, la loro opera non casualmente connette in senso assoluto la vita biologica con la dignità: in questo contesto la dignità era un parametro attorno cui far ruotare la accettabilità o meno della prosecuzione dell'esistenza, ma un parametro spogliato della sua politicità, quindi tolto dalle mani

---

[79] P. CHIARELLA, *L'eutanasia: un problema giuridico aldilà del bene e del male*, in P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, 2009, p. 137, per la considerazione dell'intreccio tra dignità e libertà.

[80] A. CELOTTO, *Il problema dell'eguaglianza*, in ID., *Le declinazioni dell'eguaglianza*, Editoriale scientifica, 2011, pp. 11 e ss.

[81] S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 22, sottolinea come la corporeità vada intesa come libera costruzione della personalità, pensata certo indipendentemente dallo spazio giuridico, ma concretamente essa si pone come polo dialettico rispetto alla produzione di regole giuridiche e dall'altra come prodotto di una scelta politica e sociale che fonda spazi di autonomia.

[82] Il governo del corpo riunisce e incorpora una vasta costellazione di prerogative di varia natura e di vari rami del diritto. In questo senso il governo del corpo è un percorso e un processo di isolamento delle parti e dei tessuti del corpo medesimo, proprio perché l'isolamento è governo del confine dell'io, così P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit., p. 129.

[83] Sulla porosità assiologica delle Carte costituzionali liberal-democratiche, capaci senza eccessivi traumi di assorbire e fare proprie le istanze emananti dalla società civile, R. ROMBOLI, *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 567.

[84] C. SCHMITT, *Teoria del partigiano*, Adelphi, 2005, pp. 125 e ss.

del soggetto e rimesso nelle mani dello stato di eccezione che avrebbe deciso seguendo le linee direttrici della sovranità pubblica.
Non stupisce quindi osservare come la Corte Costituzionale abbia dimostrato nel corso degli anni un evidente *self-restraint* in argomento[85]: sembrerebbe quasi contraddittorio, a prima vista, dover rilevare come la dignità, che punteggia e compone Dichiarazioni, Convenzioni, come elemento di radicale modifica dell'orizzonte valoriale e rottura rispetto a quanto avvenuto nel secondo conflitto mondiale, finisca poi sempre per dover essere accompagnata da un effettivo parametro in base al quale la Corte giudicherà.
In altre parole: la dignità non è stata riconosciuta ancora come elemento ordinale autonomo su cui stabilire la incostituzionalità di un provvedimento legislativo.
C'è sempre, deve esserci, una integrazione di cui la dignità divenga rafforzativo[86]; se lasciata libera essa potrebbe, è questo il timore, operare come una forma di attrazione verso una tirannia dei valori[87], i quali anche quando assoluti risentono di un canone di finitezza incistato nella contingenza storica. Un assoluto che porterebbe ad una segmentazione della socialità attraverso dinamiche di appartenenza, e per linee tendenziali all'arbitrio del potere[88].
Se potesse esser applicata isolatamente dalle sue sfumature politiche la dignità, in tema di fine vita, potrebbe conformemente a certi dati ideologici connaturati allo sviluppo socio-storico italiano essere declinata nella necessità di espunzione di qualunque forma di autodeterminazione individuale, facendo assurgere la vita ad una connotazione assolutizzata, una connotazione che la renderebbe scissa dalle caratteristiche individuali del portatore di quella vita; in questo senso, la dignità sarebbe regressione, e la vita rifluirebbe paradossalmente nella dimensione meramente biologica, in quanto il corpo, il corpo clinicizzato, malato, tenuto in vita artificialmente nel nome della dignità assoluta della vita, diventerebbe non più vita ma solo *nuda* vita[89].
E' la soglia di rilevanza e di determinazione biologica ad informare i differenziali della modernità; laddove un potere, sia esso quello degli apparati pubblici o della scienza egemone lasciata libera di operare secondo le sue direttrici e le sue logiche e la sua razionalità, invade capillarmente la sfera interiore, fisio-psichica, del soggetto, ecco che deve emergere un contro-potere che riaffermi la libera scelta autodeterminativa del soggetto.
In questo senso, la dignità non può mai essere scissa dal canone personalistico e dai paradigmi della/e libertà[90].

---

[85] G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost*., 2008, 2, pp. 379 e ss.
[86] F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, p. 318. Il diritto alla vita, nella interpretazione della giurisprudenza costituzionale, difficilmente potrebbe essere ricostruito come una metanorma; esso viene sempre integrato, proprio come la dignità, dal principio di libertà dell'individuo. La vita, come la dignità, deve per questo essere informata ad un canone di effettiva libertà.
[87] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, 2008.
[88] Corte Cost. 22 Marzo 1988, n. 364.
[89] Corte Cost. 17 Luglio 2001, n. 252, esprime in tema sanitario l'essenza di nucleo duro della personalità umana riferit alla sua dignità e alla sua libertà.
[90] P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, 2007, A. D'ALOIA, *Decidere sulle cure. Il discorso giuridico al limite della vita*, in *Quad. cost*., 2010, 2, p. 237.

3. Il diritto costituzionale e gli infermi: malattia, tecnica e dato politico

La parola *vita* compare solo due volte in Costituzione, e in entrambi i casi in senso non riducibile alle questioni che qui si vanno affrontando.

In un caso, all'articolo 59, diviene solo parametro temporale ad indicare la permanenza in carica dei Senatori nominati dal Presidente della Repubblica. Nell'altro caso, contenuto nell'articolo 117, essa è indicata come vita sociale, culturale ed economica in termini di piena parità tra uomini e donne.

Naturalmente ritenere che la vita appartenga all'orizzonte concettuale e semantico, essendone quasi pre-condizione, del tessuto costituzionale è dato non seriamente revocabile in dubbio: per utilizzare il linguaggio della Corte Costituzionale, essa è un bene essenziale soggetto a garanzia assoluta[91].

Ma di quale vita si parla però quando se ne indica la sua sottoposizione a garanzia assoluta, quasi a voler lasciar trasparire la presenza nel nostro ordinamento non tanto di un diritto alla vita quanto di un dovere di vivere?

La nuda vita, intesa nel mero senso biologico, spogliata di riferimenti politico-soggettivizzanti, o al contrario di una vita pienamente integrata nel dato della sua intrinseca politicità ?

A ben vedere, naturalisticamente, la Costituzione non disconosce nemmeno l'essenza più pura della morte e persino della morte violenta; essa ripudia solo l'irrogazione della morte come pena, come sanzione, contrastando essa con i criteri minimi di umanità e di rieducazione.

Ma, ed è ben noto, la Costituzione continua a prevedere il dovere di difesa, in armi, della Patria all'articolo 52, definendo questo dovere addirittura come *sacro*; lo stesso ripudio della guerra di cui all'articolo 11 Cost. va declinato sotto il *genus* specifico della guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali.

Ovviamente se il rifiuto della guerra e della connessa violenza fosse assoluto, lo stesso articolo 52 Cost. avrebbe scarso senso; senza poi contare che come dimostrato dalla evidenza storico-empirica l'Italia ha in varie occasioni partecipato, sia pur nel quadro di un mascheramento semantico da *peace-keeping* o da azioni umanitarie, a conflitti armati.

D'altronde è evidente come laddove vi sia la vita vi debba per forza essere anche la morte, in una dolorosa endiadi. Anche per questo pudore il diritto, si pensi a quello civile, spesso crea una morte legalmente rilevante scissa dalla morte biologica, ingenerando una dimensione in cui non esiste davvero morte ma solo, tecnicamente, fine vita.

La Costituzione non disconosce quindi morte e violenza, ma le proceduralizza in un canone garantistico, democratico, legato a un vincolo solidaristico: rende cioè evidente la necessità di governare, fin nei loro esiti più capillari, anche gli aspetti più dissonanti della esistenza, nel nome di un bene superiore.

Questo bene, connesso appunto all'afflato solidaristico, può in ambiti estremi ed eccezionali inerire alla sopravvivenza stessa dello Stato, come nel caso della difesa della Patria: senza questa difesa, non vi sarebbe più garanzia statuale a difendere lo stesso singolo, e nel nome di questa considerazione viene legittimata una violenza e una dimensione collettivistica[92] di estrinsecazione della violenza.

---

[91] Corte Cost. 27 Giugno 1996, n. 223.

[92] Detto in altri termini, se la solidarietà intesa come legame, anche sociale, tendente alla valorizzazione e alla promozione della dignità e della libertà della persona, e alla protezione di questa da spinte centrifughe

Questo al tempo stesso significa però riconoscere al singolo, sempre nel nome della solidarietà sociale e politica, il diritto di rimanere se stesso, integro e degno, un soggetto politico; anche se questo diritto può ammantarsi di sfumature violente, contro se stessi, e paradossali.
L'evoluzione tecnologica, anche sotto il *genus* medico e farmacologico, inarrestabile e imprevedibile quando la Costituzione venne promulgata, ha determinato l'emersione di nuovi canoni di violenza[93], di sottoposizione del corpo al dominio di una razionalità rimasta senza alcuna forma di dialettica rappresentativa: lo scarto determinatosi tra garanzia giuridica e accelerazione scientifica ha lasciato il corpo, in alcuni casi, a recedere ad oggetto di sperimentazione diffusa, quasi esso fosse la simbolica rappresentazione della nuda vita.
Ed ecco allora che questa tensione tra convivenza e violenza, tra pace e conflitto, la quale corre lungo tutto il vasto dettato costituzionale, non è altro che la necessità di protezione della valenza politico-soggettivizzante della vita umana, la quale chiede di non esser fatta rifluire alla sua mera essenza biologica.
Abbiamo già parlato, non casualmente, di una soglia biologica di determinazione della modernità; è un tratto saliente del punto di rottura registrato tra razionalità politica e linguaggio scientifico, uno iato che fa registrare l'arretramento della valenza politica del singolo e l'avanzamento non tanto di un collettivo o di un organico, ma pur sempre informato a canoni politici, quanto di una logica del momento clinico[94].
La totalizzazione della istituzione e la metabolizzazione del corpo richiedono, di necessità, uno statuto costituzionale del corpo.
La costruzione di un valore legale della morte, mediante la sua sottrazione al dato esperienziale comune, si traduce, nel lessico giuridico non solo costituzionale, nella traslazione del termine, eminentemente polisemico, dalla purezza della morte alla consistenza asettica del "fine vita"; nel codice civile, la morte si situa nel punto di caduta del decesso, della fine biologica, si pensi all'articolo 4 c.c. disciplinante la commorienza o all'articolo 456 c.c. ove l'apertura della successione è connessa al momento della morte[95], al contrario nel diritto pubblico il "fine vita" indica una, lunga, fase che accompagna il soggetto *in exitu*, una fase che come tipico del diritto

---

eticizzanti, può addirittura portare alla necessità di difendere questo legame con le armi e quindi ricorrendo ala violenza, appare evidente come il mantenimento della dignità sotto condizione di libertà sia un parametro talmente assoluto da informare l'essenza profonda stessa del costituzionalismo liberal-democratico; ne consegue che nel momento in cui la persona dovesse essere fatta recedere ad uno stadio non più politico ma meramente biologico, ella avrebbe il diritto di esercitare quell'atto di violenza contro se stessa per tornare alla piena, libera dignità di soggetto politico.

[93] R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Einaudi, 1994, p. 297, sottolinea come la tirannia del dato tecnico chiamato a condizionare la preservazione meramente biologica della vita umana contrasti con la meraviglia della natura.

[94] E proprio nello scandagliare il senso profondo di questa logica si situa il punto di maggior interesse in prospettiva costituzionalistica, per comprendere cioè chi sia tenuto a individuare la soglia oltrepassata la quale una vita può essere considerata del tutto arretrata in una dimensione esclusivamente biologica, A. RAUTI, *Certus an, incertus quando: la morte e il diritto del paziente all'ultima parola fra diritto, etica e tecnica*, in P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, 2009, p. 266.

[95] G. SALITO, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Giappichelli, 2012, p. 27.

pubblico deve continuare a puntellare il suo cammino di garanzie e diritti[96] onde evitare che egli venga ridotto a nuda vita.
E se il diritto a morire può certo apparire come un diritto paradossale[97], bisogna focalizzare la propria attenzione proprio sulla fase del fine vita; la morte, in sé, il chiamarsi fuori istantaneo del suicida che non abbia bisogno di agevolazioni e ausilio altrui, è un lungo istante ininterrotto, ma per chi non abbia, logisticamente, la medesima possibilità la fine della vita si trasforma in un calvario agonico che finisce per sdilinquire i precetti di dignità e libertà della persona, sottoponendola ad una violenza, la violenza fredda della tecnica[98], che si situa fuori dalla soglia di violenza accettabile per il nostro ordinamento.
La paradossalità ben emerge considerando che da un lato chi agevola l'azione suicidaria oggi viene punito, dall'altro lato però impedire un suicidio pienamente voluto e consapevole sarebbe un atto di egoismo[99].
E' difficile, in effetti, parlare di una autentica libertà, in senso giuridico, di suicidarsi; perché invero sarebbe una libertà non puntellata da alcuna garanzia, non agevolata ma anzi tenuta nascosta nelle pieghe ombrose e dolorose del fatto personale, in una realtà cruda in cui il suicida è solo davanti e con se stesso[100].
Il gesto suicida, nella sua materiale consistenza, è un atto di cui né la collettività né l'ordinamento possono conoscere; se ne disconoscono le motivazioni, le modalità di attuazione, la spinta emotiva e quella psichica, diventa in questa prospettiva impossibile da giuridificare compiutamente, sia nel senso di riconoscerlo come diritto sia come fatto oggetto di un qualche divieto.
Proprio per questo, non viene di certo meno la spinta all'aiuto del soggetto che si imbatta nel potenziale suicida, né lo Stato dovrebbe abdicare al suo percorso di colloquio e convincimento dell'aspirante suicida a recedere dai suoi propositi.

---

[96] Diritti nel senso pieno del termine, non mere enunciazioni di principio. Sulla bulimia spesso sloganistica dei nuovi diritti, ampiamente , A. CELOTTO, *L'età dei (non) diritti*, Giubilei Regnani, 2017, specialmente pp. 121 e ss.
[97] H. JONAS, *Il diritto di morire*, Il Nuovo Melangolo, 1991, p. 7, sottolinea quanto strana sia la combinazione delle parole morte e diritto messe assieme.
[98] La violenza cieca della tecnica reca lo stigma del benessere, un ottundimento dell'individuo avvinto dal benessere, una rincorsa cieca determinata dal progresso tecnico e industriale, con la conseguenza di una dissolvenza dell'Uomo nel sistema, A. GEHLEN, *L'uomo nell'era della tecnica,* Armando editore, 2003, p. 106.
[99] P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 59, per il quale se da un lato lo Stato deve dissuadere il proposito auto-distruttivo e per questo incriminare chi agevoli o rafforzi detti propositi, nel momento però in cui un singolo decide in piena coscienza, superati tutti gli sforzi di convincimento effettuati dallo Stato, di suicidarsi, adoperarsi per tenerlo comunque in vita configurerebbe una violenza esercitata nei confronti del suicida. Analogamente R. ROMBOLI, *Art 5 . La libertà di disporre del proprio corpo*, in *Commentario del codice civile. Scialoja – Branca*, Zanichelli, 1988, p. 246. In realtà appare evidente come anche in questa prospettiva l'agevolazione suicidaria ritenuta penalmente rilevante sia contraddittoria rispetto a questo autentico obbligo di astensione laddove ci si trovi davanti una volontà pienamente matura e consapevole: per questo la logica che governa la legittimità del suicidio assistito oltre a dover trovare una propria disciplina legislativa e la espunzione della attuale formulazione degli articoli 579 e 590 cp deve essere puntellata da garanzie, procedure e accorgimenti tecnici, mediante una democratizzazione del percorso medicale di fine vita.
[100]In questo senso, condivisibilmente, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 8.

Vincoli solidaristici e dignità implicano prima di tutto il consolidamento della effettiva volontà del soggetto intenzionato a chiamarsi fuori dal mondo.
Proprio per questo le legislazioni eutanasiche più avanzate, come quella olandese o quella svizzera, non lasciano spazio a particolari fraintendimenti sul processo di formazione della volontà: ciò significa governo del percorso scientifico, mettere a punto la razionalizzazione del quadro clinico, le sofferenze patite dal soggetto, e prendere atto alla fine che la vita, la vita di quel soggetto, è scesa sotto la soglia della vita politica per situarsi completamente e irrimediabilmente nel campo della vita biologica.
La determinazione di questa discesa non può essere rimessa clinicamente solo alla scienza senza il previo apporto del malato[101], poiché in caso contrario entreremmo nel terreno ombroso delle vite indegne di essere vissute: si tratta di una adeguata commistione, di un bilanciamento tra la espressione della volontà del singolo e l'accertamento diagnostico effettuato dai tecnici.

3.1 Senso e consenso: legge sul consenso informato e valorizzazione degli articoli 2 e 13 Cost.
Il 31 Gennaio 2018 è entrata in vigore la legge 22 Dicembre 2017, n. 219, recante la disciplina normativa in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento; si tratta, senza dubbio alcuno, di un importante passo avanti, propiziato anche dalla intensa attività giurisdizionale[102] e dal fermento dell'opinione pubblica, dopo i laceranti casi, pur diversi tra loro per incidenza patologica e grado e forma di volontà palesati alla cessazione dei trattamenti sanitari e alla tenuta in vita, di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro[103].
E se nel caso della Englaro si è forse raggiunto il punto più elevato della crisi socio-sistemica di istituzionalismo parlamentare, con il Parlamento prima silente e poi impegnato nel sollevare conflitto di attribuzione avverso la pronuncia della Corte di Cassazione[104], senza che la questione fosse stata prima sintetizzata e regolata all'esito del dibattito parlamentare, con la legge 219/2017 sembra essere maturata una maggiore consapevolezza declinata sul versante della responsabilizzazione medicale e della valorizzazione della autodeterminazione del singolo.

---

[101] Si pone ovviamente il gravissimo problema concernente gli incapaci e tutte quelle persone non ritenute dall'ordinamento in grado di formulare una piena volontà autonoma che dovrebbero poter accedere alla dimensione eutanasica, per l'interposta persona del tutore, solo dopo e con un notevole aggravio dell'accertamento diagnostico e con una valutazione medicale collegiale, sul modello olandese, pur non esente questo da errori. L'accertamento diagnostico dovrebbe clinicamente stabilire la dinamica di sofferenza patita e le prospettive concrete di lenimento del dolore stesso. E' evidente che per questi soggetti, l'eutanasia dovrebbe essere qualcosa che si situa aldilà della *extrema ratio*, perché in nessun caso la volontà espressa potrebbe davvero essere la loro, ma solo una ricostruzione finzionale della loro volontà.
[102] Ad esempio, la sentenza della Corte Costituzionale 23 Dicembre 2008, n. 438 nella quale venne rilevato come il consenso informato, inteso quale consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'articolo 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli articoli 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono rispettivamente che la libertà personale è inviolabile e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.
[103] M. E. BUCALO, *Profili costituzionali rilevanti nell'ambito del caso Englaro e la necessità della disciplina legislativa sul fine vita*, in P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, 2009, in particolare pp. 55 e ss. per il grave conflitto istituzionale tra poteri.
[104] Corte di Cassazione, n. 21748/2007. In dottrina F. D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. Pers. E succ*., 2008, 12, pp. 966 e ss.

Non appare di certo casuale che nello stesso articolo di detta legge, l'articolo 1, convivano la necessità di apprestare tutela al diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona stabilendo che nessun trattamento sanitario possa essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge con il pieno diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informato in modo completo, aggiornato e comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi.
In questa prospettiva la sintetizzazione del diritto alla vita con i riferimenti alla dignità e alla autodeterminazione stanno ad indicare lo scardinamento assiologico della protezione paternalistica della nuda vita[105], della vita fatta recedere cioè dalla sua politicità soggettiva ad uno stadio di mera essenza corporea, di prigione biologica incistata e incardinata nella istituzione della clinica: è il consenso[106] maturo, consapevole, pienamente formato, mediante una evoluzione costante e irrinunciabile degli aggiornamenti medici e farmacologici che rende il singolo autodeterminato.
Il dato legislativo, in questo percorso di formazione della coscienza autodeterminativa, valorizza la relazionalità paziente-medico[107], aldilà del dato deontologico, stabilendo una serie proceduralizzata di raccolta e cristallizzazione del consenso, cercando quindi di riequilibrare la asimmetria tipologica che intercorre tra singolo malato e medico come emanazione di un sapere tecnico dotato di canoni sistemicamente non-comunicabili: malato e medico rappresentano due sistemi differenti che vengono a contatto solo nella base di linguaggio rappresentata dalla malattia, la scienza medica, come alfabeto della clinica, senza alcun *input* di riequilibrio, senza una vera democrazia della sofferenza e della morte, rappresenta una totalità da cui è espunto il linguaggio umano, servendosi essa solo di codici linguistici e concettuali dettati dal progresso del proprio sistema scientifico[108].
Al contrario, la legge 219/2017, in piena attuazione della tutela della libertà individuale, libertà intesa nel suo senso più pieno di riconoscimento della dignità e della autodeterminazione, va ad incidere proprio sulla connessione non più unilaterale ma questa volta biunivoca tra paziente e medico.

---

[105] P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig, 1999, p. 70 parla a proposito dell'approccio paternalistico del diritto penale e civile sul corpo del malato di una vera e propria usurpazione del momento decisionale.
[106] Sulla generalizzazione internazionale del diritto a non essere sottoposto a trattamenti curativi e sanitari contro la propria volontà, ampiamente, F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. proc. Pen*., 2007, pp. 5 e ss.
[107] Che al contrario in precedenza era del tutto e asimmetricamente sbilanciata in favore del personale sanitario; d'altronde la consistenza stessa dell'articolo 5 c.c., recante la disciplina degli atti di disposizione del proprio corpo, recava lo stigma di una visione proprietaria del corpo, a cui veniva sotteso un incipiente sostrato di decisionismo collettivistico, P. STANZIONE, *Art. 5 c.*c., in P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, 2009, p. 32 e ss.
[108] Una delle grandi sfide della modernità è certo rappresentata dal governare democraticamente il linguaggio del laboratorio, rendendo la scienza, originariamente regno del non-umano, un elemento simbiotico tra dimensione non-umana e presenza umana, in questo senso B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni*, Eleuthera, 2009, p. 45 e ss..

La rinuncia, il rifiuto ai trattamenti sanitari[109], al cui interno la legge ricomprende anche nutrizione artificiale e idratazione ovvero le tecniche di sostegno vitale superando un punto in precedenza assai controverso, rappresentano il cardine sostanziale di una volontà di tutela della vita davvero degna, della vita politica; anche la possibilità di rivedere le proprie decisioni, una possibilità riconosciuta in ogni momento, si inserisce in questa linea tematica.
Di particolare interesse è naturalmente l'articolo 6 comma 1 della legge 219/2017 a mente del quale il medico che abbia precisamente ossequiato la volontà del malato andrà esente da conseguenze di ordine penale o civile; la norma in parola entra in ovvia tensione con la previsione secondo cui comunque il malato non potrà esigere trattamenti contrari alla legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche.
Alla luce di questa disposizione appare evidente che la legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento non disciplina il diritto a morire, quanto piuttosto il diritto alla piena autodeterminazione di se stessi nella fase crepuscolare della propria esistenza; è un riconoscimento importante ma ancora incompleto, perché sostanzia tendenzialmente e innerva nel canone della vita ancora dei residui di soggezione al potere tecnico, rende cioè la fine della vita uno scorrere naturale senza però poter imprimere quelle accelerazioni che molti malati in condizioni particolarmente critiche e di sofferenza richiedono.
La novità più significativa contenuta nella legge è senza dubbio però quella disciplinata dall'articolo 4: le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), comunemente note come testamento biologico o bio-testamento.
Si tratta di una rilevantissima cristallizzazione anticipata della volontà espressa dal soggetto che in ipotesi, in futuro, potrebbe venirsi a trovare nella materiale impossibilità di estrinsecare la sua volontà in merito ai trattamenti sanitari.
La novità è di non poco momento poiché segnala una radicale discontinuità rispetto al passato, laddove come noto la mancata attualità del consenso prestato finiva per instaurare giudizi penali, i quali molto spesso più che alla ricerca di una condotta davvero delittuosa erano devoluti alla effettiva ricostruzione della volontà prestata dal malato[110].
Il diritto di morire infatti non è una discesa nella barbarie e nell'arbitrio ma una affermazione di volontà e di dignità del singolo il quale in alcune condizioni, di particolare dolore, potrebbe per affermare la propria dignità chiedere di imprimere una accelerazione alla propria morte; in questo senso, l'architettura concettuale su cui poggia la legge 219/2017 la rende apprezzabile in termini di depotenziamento della portata normativa dell'articolo 579 cp ma non anche su quello dell'articolo 580 cp.

---

[109] Prima dell'entrata in vigore della legge n. 219/2017, nella generale ottica di una rivisitazione ermeneutica evolutiva dell'articolo 32 c. 2 Cost., una parte della dottrina inferiva una caratterizzazione differente tra rifiuto e rinuncia a seconda della qualificazione soggettiva dell'individuo, se egli fosse cioè capace o meno, e nel caso di rinuncia alle cure implicante l'intervento di un tecnico, ovvero di un medico: si riteneva che allo stato attuale della normazione, solo il rifiuto di cure espresso da persona capace di intendere e volere potesse rientrare totalmente sotto l'usbergo dell'articolo 32 c.2 Cost., mentre per gli altri casi si sarebbe reso necessario un intervento legislativo, così G. U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl*., 2008, p. 101.
[110] Sull'importanza in chiave penalistica di questa novità legislativa, A. MASSARO, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 10, specie pp. 23 e ss.

La legge sul consenso informato ha da un lato stabilizzato un assetto emergente dall'opera giudiziale, tracciando una linea di maggior chiarezza in alcuni ambiti, come la indicazione della formazione del consenso e la relativa importanza; ma l'elemento più rilevante ad esso sotteso è l'aver costituito a tutti gli effetti una sintetizzazione di democratizzazione della morte.
La refrattarietà del Parlamento ad affrontare temi eticamente sensibili, la tendenziale auto-esautorazione che come abbiamo visto ha raggiunto il suo picco più doloroso nel caso Englaro, ha determinato nelle questioni di fine vita il dominio della tecnica e della clinica, la scomparsa del corpo nei meccanismi della discorsività medico-scientifica, senza alcuna forma di tensione dialettica rappresentativa dell'insieme sistemico uomo-malato/procedura scientifica: l'idea della conservazione corporea come fattore a rilevanza biologica, puntellata dalla normativa penalistica, ha ipostatizzato un quadro generale in cui il malato recedeva a nuda vita, spogliato della sua caratterizzazione politico-soggettiva, privo di qualunque voce in sede parlamentare e rappresentativa.
Il consenso, prima della legge 219, non era mai davvero consenso del malato, quanto piuttosto consenso del nudo corpo de-soggettivizzato; in questo senso l'articolo 32 Cost. rappresentava e rappresenta un parametro bicefalo, che se da un lato si pone come scudo alla invasività dei pubblici poteri, dall'altro contiene una germinazione latente che continua a postulare un collettivismo sanitario funzionale alla conservazione non tanto della vita degna quanto della vita *nuda*.
In questo senso l'articolo 32 Cost. deve, fisiologicamente, essere declinato in un insieme plurisfaccettato che assommi il principio della dignità personale di cui all'articolo 2 Cost. e quello della libertà sancito dall'articolo 13 Cost.; la scissione molecolare di questo insieme rischia di far risorgere la visione istituzionalistica di un articolo 32 Cost. a trazione de-soggettivizzante.

3.2 Nostalgia dell'origine: il caso DjFabo/Cappato

Il segno più tangibile e simbolicamente potente della evanescenza assiologica dell'articolo 580 c.p. ci è rimandato, quasi plasticamente, dalle parole del Pubblico Ministero la quale davanti la Corte D'Assise di Milano ha chiesto l'assoluzione di Marco Cappato, tesoriere dell'associazione Luca Coscioni, imputato del reato di cui all'articolo 580 cp per aver agevolato il suicidio di Fabiano Antoniani (in arte, Dj Fabo, per la sua attività di *disc jockey*), aggiungendo ella di non poter rappresentare la pubblica accusa nei confronti di un individuo che ha semplicemente aiutato un soggetto impossibilitato a farlo a esercitare un diritto, non il diritto a morire quanto il diritto alla dignità[111].
Le stesse oscillazioni giudiziali che hanno punteggiato processualmente la vicenda, prima con la Procura che ha chiesto l'archiviazione per l'imputato e la successiva imputazione coatta stabilita dal Giudice per le indagini preliminari il 10 Luglio 2017, infine l'apertura del dibattimento in Corte d'Assise e la sequenziale sollevazione da parte di questa della questione di costituzionalità [112] tradiscono tutti gli imbarazzi e le difficoltà operative di una norma oggettivamente oscura.

---

[111] *Dj Fabo, la pm Tiziana Siciliano: "assolvete Cappato. Rappresento lo Stato, quindi anche l'imputato*", in *Il Fatto Quotidiano*, 17 Gennaio 2018.
[112] E. CANALE, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire (Osservazioni a margine dell'ordinanza della I^ Corte di Assise di Milano, 14 Febbraio 2018, imp.*

Il caso, nei suoi drammatici particolari, è noto, anche per essere assurto alle cronache televisive, specialmente in un filmato della trasmissione televisiva Le Iene, un filmato poi utilizzato in chiave processuale nel percorso di ricostruzione della volontà finale di Antoniani: Antoniani, appunto, che a seguito di un gravissimo incidente automobilistico occorsogli nel Giugno 2014, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale.
La autonomia di Antoniani era del tutto compromessa, sia in chiave respiratoria, dovendosi egli servire di un respiratore artificiale sia pure non in via del tutto continuativa, sia in chiave alimentare presentando una gravissima forma di disfagia e nella evacuazione: ad aggravare il quadro la frequenza e la intensità di spasmi e contrazioni che finivano per provocargli indicibili sofferenze, solo molto parzialmente lenite dall'utilizzo di sedativi, residuando solo l'opzione della sedazione profonda.
L'Antoniani aveva mantenuto pienamente le sue capacità intellettive, ed aveva piena coscienza del suo calvario, una coscienza che lo aveva portato nel 2016 e dopo l'insuccesso di un trapianto di cellule staminali per cui si era recato in India, alla decisione di porre termine alla sua vita.
Vita e sofferenza, nel suo caso, rappresentavano una assoluta endiadi. La dignità della sua persona era minata in maniera irreparabile, non solo e non tanto perché per sfuggire al dolore avrebbe dovuto ricorrere alla sedazione profonda quanto per la assoluta irreversibilità di una condizione che lo aveva spogliato della sua stessa soggettività, facendo regredire il suo corpo ad un dato puramente biologico incistato nella ordalia della malattia.
Nonostante i tentativi di dissuasione operati da madre e fidanzata, l'Antoniani si dimostrava irremovibile, continuando a palesare la volontà di porre termine alla sua esistenza.
In questo quadro, di iniziale collazione di informazioni sulle associazioni svizzere eutanasiche come Exit e la Dignitas, presso cui poi si sarebbe materialmente recato, si situano i contatti tra Antoniani e familiari e Marco Cappato, nella sua qualità di esponente della associazione Luca Coscioni, associazione notoriamente impegnata in divulgazione e informazione concernenti il fine vita.
Dopo una serie di contatti via *mail* e telefonici tra la fidanzata dell'Antoniani e Cappato, questi illustrò la possibilità, conforme a legge italiana, di avvalersi della sedazione profonda, contestualmente interrompendo ventilazione e alimentazione e lasciando la malattia al suo decorso. A fronte di questa possibilità l'Antoniani mantenne fermo il suo proposito di recarsi in Svizzera per ricorrere al suicidio assistito, tanto che nel mentre non aveva interrotto il suo inoltro di documentazione medica e legale alla Dignitas, tra cui un certificato medico che ne attestava la piena capacità di intendere e di volere.
Il "semaforo verde" venne fissato dalla Dignitas per la data del 27 Febbraio 2017: nei mesi che precedettero la data fatidica, Antoniani ebbe modo di rivolgere un appello al Capo dello Stato e di farsi intervistare dalla trasmissione Le Iene, un filmato che come già detto sarebbe poi stato acquisito dalla Procura e trasmesso anche durante il dibattimento in Corte d'Assise.
Dal filmato emerge chiaramente come il suo volersi chiamare fuori non sia un mero, egoistico chiamarsi fuori dal patto sociale, dal mondo, dalla vita politica, quanto piuttosto ciò che Rainer Maria Riilke definiva una metafisica nostalgia dell'origine, una rincorsa cieca verso ciò che è

Cappato), in *Osservatorio costituzionale*, 2018, 2, p. 5, sottolinea il contrapposto approccio tra il GIP che ha disposto la imputazione coatta e la Corte di Assise, un approccio ermeneutico differente in tema di diritto alla vita.

stato[113]: la riduzione a corpo meramente ed esclusivamente biologico, innervato in un dispositivo tecnico, che rende quel corpo clinica di se stesso ed estensione della malattia, in una stordente commistione di tirannia scientifica e scomparsa della consapevolezza politico-individuale, comporta la nullificazione della libertà e della dignità, la dignità della vita effettiva, la dignità di avere piena coscienza del proprio ruolo di individuo.
Non vale opporre un presunto ottundimento della consapevolezza individuale, accecata dalla sofferenza, quando però questa sofferenza è priva di speranza di guarigione; il malato, come scriveva Thomas Bernhard, è davvero il più crudelmente lucido di tutti gli individui, nessuno possiede una immagine del mondo più chiara della sua[114].
Lo statuto costituzionale del corpo è lo statuto costituzionale della piena dignità di questo corpo, della *reductio ad unum* tra elemento di identificazione psichica, soggettivo-politica ed espressione corporea [115] ; i vincoli solidaristici non impongono la permanenza della sofferenza, dell'annullamento, dello spossessamento della coscienza e della individualità[116].
Gli articoli 2, 3, 13 e 32 Cost. tra loro cospiranti rendono il quadro di un individuo che deve poter essere libero e consapevole e godere della piena dignità[117], protetto dal rischio di riduzione, esercitato dai pubblici poteri o dalla razionalità tecnica non governata da un processo democratico-rappresentativo, a nuda vita, a dato biologico.
Come è stato sottolineato[118], i casi Englaro e Welby differiscono profondamente da quello di Antoniani, poiché a differenza dei primi due in questo ultimo caso non vi è stato rifiuto delle cure o interruzione delle stesse (o della alimentazione artificiale).
Il suicidio assistito e l'eutanasia attiva, ad oggi, continuano a situarsi fuori dal nostro panorama giuridico: eppure a ben guardare il riconoscimento di un diritto a congedarsi dalla propria sofferenza, a interrompere il circuito della riduzione a nuda vita in cui si è mera parte di un dispositivo tecnico, non sarebbe legislativamente impossibile.
Molti dei punti concettuali sono stati cesellati da una inesausta opera giurisprudenziale, sedimentatasi anche se non principalmente a causa della inerzia legislativa[119].

---

[113] R. BRITTON, *Dolore originario e ira impetrata. Un'esplorazione delle elegie duinesi di Riilke*, in DAVID BELL (a cura di), *Psicoanalisi e cultura*, Bruno Mondadori, 2002, p. 47.
[114] T. BERNHARD, *Il respiro. Una decisione*, Adelphi, 1994.
[115] Si pensi ai casi di rettificazione di sesso, evolutivamente discendenti dall'articolo 32 Cost. ma anche dalla caratterizzazione effettuale dei principi di eguaglianza e personalistico, una autentica bussola costituzionale che permette di ricongiungere e saldare la parte psichica e quella corporea della persona transessuale, P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit. p. 161.
[116] Secondo Corte Cost. 3 Febbraio 1994, n. 13 un precipuo *nomen* costituzionale della dignità è il diritto a essere se stessi, inteso come rispetto dell'immagine partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee e esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano e al tempo stesso qualificano l'individuo.
[117] Corte Cost. 17 Luglio 2000, n. 293 secondo cui il principio della dignità della persona umana permea di sé il diritto positivo.
[118] M. E. DE TURA, *Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita umana: esiste un diritto a morire? (Osservazioni a margine della ordinanza del g.i.p. di Milano, 10 Luglio 2017, giud. Gargiulo, imp. Cappato)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, 3, p. 12.
[119] S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *Federalismi.it*, 2018, 10, specialmente pp. 7 e ss. per l'analisi del diritto vivente, sia nella teorica generale del costituzionalismo sia nel caso concreto.

Esattamente come nel caso del plagio, anche nel caso della istigazione al suicidio viene in luce il contrasto con l'articolo 25 comma 2 Cost., proprio per la tendenziale ambiguità e opacità della sua *ratio* incriminatrice e dei suoi stessi elementi costitutivi; ma più ampiamente, come correttamente rilevato dalla Corte d'Assise, gli articoli 2 e 13 comma 1 della Costituzione elevano la libertà del singolo ad essere riconosciuto come pieno soggetto politico, non come estensione meramente meccanicistica di un dispositivo clinico-medicale o di una volontà pubblica che trasforma la dignità in un dispositivo di controllo.
In questo senso la libertà di decidere quando e come morire, discriminatoriamente, è ad oggi un fatto che viene in rilievo solo per l'individuo sano o comunque nelle condizioni tali da rendere per lui praticabile il darsi la morte senza interventi ausiliari di terzi.
A chi invece non sia data questa possibilità non residua che la possibilità di lasciarsi morire, quando però la sospensione delle cure conduca alla morte: per tutti gli altri, per gli incurabili afflitti da gravissime patologie in cui però gli esiti di una eventuale interruzione dei trattamenti sanitari non siano mortali residua questo permanente limbo di dolore e di vita biologica.
A tutti gli effetti, una discriminazione che contrasta anche con il canone di eguaglianza[120] sacralizzato dalla nostra Carta costituzionale.

4. Una conclusione: per una democrazia del fine vita

La recente vicenda di Antoniani, e il conseguente processo a carico di Marco Cappato hanno ribadito per l'ennesima volta la difficoltà di affrontare in chiave giuridica la dolorosa fase terminale della esistenza, una fase su cui gravano considerazioni meta-individuali, morali, religiose, filosofiche, giuridiche e politiche.
Nonostante il tendenziale passo avanti rappresentato dalla legge n. 219/2017, le residue opzioni di fine vita, quelle più concretamente eutanasiche, continuano a presentarsi come rappresentativamente ingovernate; la stasi parlamentare del dibattito in tema rammenta il lungo silenzio[121] serbato sulla stessa espressione del consenso, e che ha portato alle vivide vicende di Englaro e Welby.
Lo abbiamo visto; quando l'organo detentore della funzione legislativa ed espressivo della sovranità popolare recede dalla sua precipua funzione, soprattutto in materie tanto delicate, si lascia campo libero alla razionalità intrinseca e procedurale dei sistemi tecnici, ad un auto-

[120] La commistione inscindibile tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale si traduce nella necessità di infondere effettiva dignità e libertà nel soggetto-persona, tenendo conto della sua vita, della sua materialità, M. DOGLIANI – C. GIORGI, *Art. 3. Costituzione italiana*, Carocci, 2017, p. 100.
[121] G. G. PISOTTI, *Fine vita e tribunali. Relazione al seminario "Autodeterminazione terapeutica e questioni di fine vita" (Roma, Senato della Repubblica, 23 Ottobre 2017*), in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 11, p. 1, sottolinea come sin dal lontano 1985 il Parlamento si dibattesse nelle secche della regolazione normativa delle scelte di fine vita, citando le parole dell'Onorevole Loris Fortuna il quale dichiarò che era giunto il momento di dar luogo a un processo dialettico e culturale nel Parlamento e nel Paese sulla questione della dignità della vita nel suo momento terminale. Per una panoramica dei disegni di legge pendenti, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit. p. 7 e specialmente n.14; come rileva l'Autore appare particolarmente sconfortante il fatto che di non vi sia alcuna proposta legislativa di derivazione governativa, le uniche come noto che nel presente assetto istituzionale e dei rapporti di forza presentino concrete *chance* di approvazione.

governo che artificializza l'esistenza e la rende persistente ma spogliata di qualunque caratteristica politica[122].
La democratizzazione[123] del fine vita significa governare e regolare la autodeterminazione individuale fino alle estreme conseguenze, riportare cioè la tecnica entro il confine della dimensione rappresentativa e garantistica.
Non possono di certo essere gli interventi surrogatori della giurisprudenza o le manipolazioni ermeneutiche della Corte costituzionale a tracciare una via del tutto compiuta e da ritenersi soddisfacente e garantistica per l'individuo malato.
Nel quadro attuale gli articoli 579 e 580 c.p. conservano solo una aura di controllo sociale, non proteggono interessi; o meglio, bilanciando tra loro le opposte polarità sottese, tra interessi tutelati e interessi danneggiati dalla concreta applicazione delle due norme, si comprende agevolmente come siano questi ultimi a prevalere e ad esser maggioritari. E sono questi ultimi a prevalere perché spogliano il singolo, lo rendono dato biologico, senza più alcun crisma politico.
Allo stato attuale, sembra di poter dire che le due norme citate debbano e possano essere espunte, anche mediante ripetuti interventi caducatori della Corte costituzionale, dal nostro ordinamento, perché esse contrastano davvero e nel modo più grave e intimo con gli articoli 2, 3, 13, 25 c.2, e 32 della Carta costituzionale: ma il vuoto lasciato da questa espunzione deve essere governato e presidiato, al fine di evitare l'espandersi delle razionalità tecniche che finirebbero con l'attuare le loro logiche biopolitiche[124] e al fine soprattutto di impedire che il cambiamento venga attuato senza la effettiva partecipazione delle istanze sociali che lottano per il loro riconoscimento[125].
E', in poche parole, un istinto effettivo di conservazione del dato costituzionale a fronte della *vis* espansiva dei poteri sociali[126]: l'opinione pubblica e la società civile lasciate senza alcuna forma

---

[122] Qualunque forza sociale, laddove si ritenga che essa possa positivizzare una norma giuridica per mera imposizione, per il suo mero sopravanzare le altre forze in campo, senza una regolazione compiuta che sintetizzi le opposte opzioni rendendole in pieno equilibrio, e quindi riconducendo nell'alveo della presenza costituzionale le istanze provenienti dalla società, finisce con il legittimare l'arbitrio e l'abuso; la razionalità tecnica lasciata isolata e senza rappresentanza produce il proprio sistema chiuso e autorefenziale impermeabile alla comunicazione costituzionale, allo stesso modo la società civile scardinata e chiusa fuori dalla rappresentanza politica e dai paradigmi costituzionali diviene un moto di collisione con l'ordine costituito, A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Rubbettino, 2013, p. 119.
[123] E' la procedura di incistamento del discorso delle forze sociali latenti, come la società civile e le sue pulsioni, in un cardine garantistico che le costituzionalizzi e le renda rappresentate, B. LATOUR, *Politiche della natura*, cit., p. 123.
[124] Da un lato cioè è necessario continuare a prevedere fattispecie incriminatrici a tutela di incapaci e minori, un fattore questo che si situa aldilà delle possibilità degli interventi giudiziali e della Corte costituzionale. Dall'altro è indispensabile riprendere i lavori parlamentari per convogliare nel dibattito dei soggetti rappresentativi le istanze latenti rimaste fuori dal circuito della rappresentanza.
[125] "*Cambiare il mondo non basta. Lo facciamo comunque. E, in larga misura, questo cambiamento avviene persino senza la nostra collaborazione. Nostro compito è anche d'interpretarlo. E ciò, precisamente, per cambiare il cambiamento. Affinchè il mondo non continui a cambiare senza di noi. E alla fine non si cambi in un mondo senza di noi*", G. ANDERS, *L'uomo è antiquato. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, 2007, II, p. 1.
[126] E.W. BOCKENFORDE, *Salvaguardia della libertà di fronte al potere sociale*, in ID. *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2006, pp. 345 e ss., sottolinea l'importanza di governare razionalmente re-inserendo nel contesto costituzionale le organizzazioni sociali che si formano per aggregazione intorno interessi collettivi. Mentre infatti lo Stato si è auto-imbrigliato in un reticolo di contrappesi che fungano da garanzia per il singolo, onde limitare la concreta incidenza di potenziali abusi, le forze sociali, prive di analoghi contrappesi, tendono alla virulenta

di mediazione parlamentare, nella inerzia del dibattito legislativo, finiscono per incidere sulla de-giurisdizionalizzazione dei precetti costituzionali, lasciando il campo libero alla immissione del corpo nel governo della razionalità tecnica.
Mentre al contrario, è necessario non tanto andare alla ricerca di ciò che nella Costituzione non c'è, tendendo ad un approccio valoriale, quanto valorizzare ciò che nella Costituzione è presente e chiarissimo *ab origine*: dignità equivale a libertà.

espansione. Per l'Autore un ruolo primario in questo percorso potenzialmente distruttivo è dettato proprio dalla occupazione della opinione pubblica e dalla formazione di un *agenda setting* che esula dalla logica intrinseca del parlamentarismo democratico. Mi sembra evidente come applicando questa preoccupazione al tema del fine vita, se ne debba inferire la necessità di canalizzare questi movimenti di opinione nel sistema garantistico costituzionale, democratico e parlamentare.

Ragioni a favore di una legalizzazione dell'eutanasia.

di ***Ugo Adamo*** *(*assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università 'Magna Graecia' di Catanzaro*)*

All'interno della vasta tematica delle Questioni del fine vita e più specificamente di quella del Fine vita e diritto costituzionale, nel presente saggio si affronta la tematica della conformità a Costituzione delle pratiche eutanasiche nell'ordinamento italiano.
In un tempo di radicale 'rifondazione' antropologica dell'individuo a causa del sapere tecnico-scientifico che tutto pervade, l'analisi procede per tre fasi successive. Nella prima si richiama il contesto in cui si inseriscono le riflessioni proposte; nella seconda si sottopongono a critica le 'ragioni del no' comunemente addotte contro la legalizzazione dell'eutanasia, per poi concludere, in una prospettiva de iure condendo, circa la presenza dei limiti legali che renderebbero ragionevole l'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina eutanasica nel rispetto di quello che si è soliti definire 'paternalismo debole' quale punto di incontro tra autorità e libertà.
Si parla di limiti perché essi sono consustanziali alla stessa definizione che si vuole dare del termine eutanasia (che non abbisogna di alcuna aggettivazione), potendosi riassumere il nucleo essenziale di tale pratica come la richiesta cosciente e libera da parte di un soggetto malato di porre fine alla propria vita; espressione del principio personalista e della libera autodeterminazione del soggetto richiedente; raggiungimento di uno stato di malattia talmente grave da essere definito come irreversibile e che comporta che il vivere non sia più accettabile dalla persona richiedente la pratica eutanasica.

Within the large theme of End of Life Issues and more specifically of End of Life and Constitutional Law, the reflection presented in this essay is inherent to the conformity with the Constitution of euthanasia practices in the Italian legal system.
In a time of radical anthropological 're-foundation' of the individual due to the technical-scientific knowledge that pervades everything, the analysis will proceed in three successive phases: the first refers to the context in which the proposed reflections are inserted; in the second, the 'reasons of no' commonly cited against the legalization of euthanasia will be criticized, and then concludes, in a de iure condendo perspective, about the presence of legal limits that would make reasonable the introduction in our legal system of euthanasia discipline in respect of what is usually defined as 'weak paternalism' as a common point of convergence between authority and freedom.
These limits are consubstantial to the same definition that we want to give of the term Euthanasia (which does not need any adjective), being able to summarize the essential essence of this practice as the conscious and free request by a patient to end his life; an expression of the personalist principle and the free self-determination of the requesting subject; a state of sickness so serious to be defined as irreversible and which implies that living is no longer acceptable by the person requesting the euthanasia practice.

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Sviluppo scientifico e cura della patologia. – **3.** Intorno alle plurime aggettivazioni dell'eutanasia. Chiarificazioni tassonomiche. – **4.** Ragioni contro la legalizzazione dell'eutanasia. Critica – **5.** Vita biografica e limiti (legislativi) costituzionalmente ammissibili, anzi necessari per la legalizzazione dell'eutanasia. – **6.** Sull'(in)esistenza giuridica del 'pendio scivoloso'. – **7.** Per un paternalismo debole ovvero per un antipaternalismo moderato – **8.** Conclusioni.

1. Premessa.

La recente decisione della Corte costituzionale di rinviare di un anno la trattazione della questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 580 del codice penale[1] comporta (molto probabilmente, ma non sicuramente) che il Parlamento si attivi per superare l'odierna situazione in cui "l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti"[2]. Rinviare al Parlamento la trattazione di una disciplina in siffatta materia non significa richiedere un intervento normativo limitato ad un oggetto (l'art. 580 c.p.), ma 'riconoscere' al Parlamento stesso la possibilità di legiferare sul tema più ampio del fine vita. Le aule parlamentari, quindi, potrebbero non circoscrivere il loro dibattito intorno alla disciplina dell'aiuto al suicidio, ma estenderlo a quella dell'omicidio del consenziente, vale a dire all'eutanasia vera e propria.

Nostro principale intento, anche alla luce delle indubbie difficoltà riscontrate dalla Corte costituzionale[3] di sindacare la materia dell'aiuto al suicidio, è quello di muoversi lungo il crinale insidioso del ragionamento *de iure condendo*[4] in riferimento alla legittimità o meno di una legge che depenalizzi ovvero legalizzi[5] l'eutanasia[6].

---

[1] Tale disposto, come è noto, prevede la punibilità dell'istigazione o dell'aiuto al suicidio, non rilevando la volontà del soggetto che si trova in una situazione di malattia grave e prescindendo totalmente dalla presenza o meno di infermità irreversibili e di sofferenze fisiche e mentali ritenute inaccettabili e altamente degradanti da parte di chi chiede di morire.

[2] Si v. Ufficio Stampa della Corte costituzionale, *Caso cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli*, Comunicato del 24 ottobre 2018, consultabile in *www.cortecostituzionale.it*.

[3] Cfr. n. precedente.

[4] Diverse le prospettive indicate in P. MARTUCCI, voce *Eutanasia (profili criminologici)*, in *Enc. giur.*, Treccani, 2004, p. 8 sg.

[5] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, 2015, p. 100. Se si vuole si rinvia anche a U. ADAMO, *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità* vs *libertà?*, in *Giur. cost.*, 2016, 3, pp. 1253-1287.

[6] Anche se non mancheranno dei riferimenti alla fattispecie dell'aiuto al suicidio, nel testo si farà più ampio riferimento a quella dell'omicidio del consenziente (eutanasia 'vera e propria'). Tale scelta è dettata da due ordini di motivazioni: in primo luogo, dalla considerazione che le 'resistenze' sociali e (per quel che qui interessa) giuridiche verso la pratica dell'omicidio del consenziente sono maggiori rispetto a quella dell'aiuto al suicidio; in secondo luogo, dalla constatazione che, risolti i dubbi di costituzionalità circa la legislazione sulla disciplina dell'omicidio del consenziente, si renderebbe del tutto ragionevole la costituzionalità anche dell'aiuto al suicidio, necessitando quest'ultimo solo di una agevolazione dell'atto suicidario e non già di un intervento omicida. Il ragionamento inverso – alla luce del diritto comparato che consegna alcuni ordinamenti in cui è lecita solo la seconda e non già la prima delle due condotte – non sarebbe così agevolmente possibile.

Da questa prospettiva, e riconoscendo un ampio margine di manovra al legislatore per il riconoscimento di nuovi diritti, si potrà valutare se le ragioni che ad oggi portano l'Italia a vietare il ricorso all'eutanasia (intesa come omicidio del consenziente) siano realmente proporzionali alla finalità perseguita[7], che è quella di proteggere il bene vita dal suo stesso titolare e da soggetti terzi e, quindi, se risultino sufficientemente giustificate da altri interessi o valori costituzionali le limitazioni (di tipo assoluto) poste all'autodeterminazione individuale.

2. Sviluppo scientifico e cura della patologia.

Ci si chiede – ormai da tempo – se l'evoluzione di una società sempre più globalizzata, la sua secolarizzazione[8] e multiculturalità non siano processi a fronte dei quali sia necessario ripensare al bilanciamento operato dal legislatore italiano fra qualità della vita e sacralità della stessa; un bilanciamento (per niente laico) che finora ha sacrificato *in toto* la pretesa, rivendicata da molti, di poter decidere in modo autonomo in che modo e in quale momento la propria vita deve terminare.

Per molti aspetti, cercare di affrontare politicamente (vale a dire attraverso una deliberazione legislativa) la questione della pratica dell'eutanasia significa anche far emergere da una realtà mantenuta invisibile ciò che accade (troppo spesso) sia negli ospedali che nelle abitazioni private; per non parlare del fenomeno per cui una molteplicità di persone lascia ogni anno il nostro Paese per esercitare quello che altrove è riconosciuto come un diritto[9]. Certo non si può arrivare a dire che per il solo fatto che esiste una domanda sociale (di cui è problematica anche la quantificazione) ciò che si richiede che diventi lecito *debba* per ciò solo essere legalizzato, ma tale domanda può quantomeno servire a evidenziare che la problematica esiste e che il Parlamento potrebbe rispondere a richieste sempre più ricorrenti che provengono dalla società civile; una società e un contesto radicalmente mutati rispetto a quando la disciplina legislativa in tema di materia eutanasica è stata prodotta.

La tecnoscienza – infatti e oramai da diversi lustri – ha determinato delle importanti conseguenze sulle varie dimensioni dell'esistenza 'naturale' del corpo umano, consentendo di pervenire a condizioni di vita prima non previste se non addirittura escluse. Da qualche tempo, si sono determinate, infatti, molteplici opportunità di acquisizioni tecniche proposte dal sapere scientifico, con la conseguenza che ogni persona che ne sperimenti l'impiego si trova dinanzi a strade ancora non del tutto esplorate ma con le quali è costretta a 'fare i conti', e che, soprattutto, comportano mutate prospettive ed esperienze – si direbbe antropologiche – dell'esistenza umana. In effetti, sono proprio lo sviluppo e l'applicazione della tecnologia e della ricerca medica che da qualche decennio intervengono in modo sempre più decisivo in tutte le fasi della vita e (per quello che a noi precipuamente interessa più da vicino) della morte – fino ad allora rimesse

[7] In tal senso cfr., per tutti, G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, 2014, p. 104 sgg.

[8] In riferimento, autorevolmente, M. CARTABIA, *"Nuovi diritti" e leggi imperfette*, in *Iustitia*, 2016, 2, p. 153 segg.

[9] Si è dinanzi a quel fenomeno descritto come "turismo dei diritti", S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, p. 56 s. Quello del turismo eutanasico – almeno a noi così pare – è solo un sintomo di un problema sociale e non già una argomentazione giuridica per rilevare l'irragionevolezza della norma, in caso contrario il sol fatto che una pratica venga esercitata all'estero determinerebbe la sua legittimità nel nostro ordinamento.

esclusivamente ai tempi della natura –, controllandole, influenzandole e ponendo (in alcuni casi drammaticamente) questioni controverse che chiedono di essere affrontate e risolte.
Una medicina tecnocratica (e più in generale la medicalizzazione della vita)[10], incidendo sul corpo umano, influisce sulla natura dello stesso, comportando che la persona non riesca più ad essere (almeno esclusivamente ed in ogni circostanza) 'padrona' di se stessa[11], tanto che la vita dell'uomo è diventata uno degli "oggetti della tecnica"[12].
Il moderno sapere medico e bio-tecnologico non si limita, infatti, a prolungare la vita[13], ma influisce soprattutto sul modo in cui la malattia (*rectius* la vita corporea) è vissuta e sperimentata fino ai momenti ultimi dell'esistenza, anche, ma non esclusivamente, nelle fasi cc.dd. terminali, ed è proprio questa 'ingerenza' tecnica che ha aperto nuovi tempi e spazi di scelta sui quali non si era mai stati chiamati ad interrogarsi e a decidere.
La conoscenza e la possibilità di accesso ad una tecnica, d'altronde, – occorre precisarlo – non significa che questa debba, per ciò solo, essere obbligatoriamente utilizzata[14]. È da rilevare, infatti, che, insieme alle conoscenze che consentono un ampio ventaglio di opportunità, si pongono anche delle costrizioni che limitano le scelte individuali e condizionano il divenire somatopsichico, così come avviene – per come si sta dicendo – per il fine vita, allorquando le conoscenze tecniche possono comportare il protrarsi della vita biologica al di là di quanto il soggetto voglia o abbia mai pensato che fosse possibile, lasciando ad un tempo passato l'immagine della 'morte mietitrice', che giungeva inaspettata e che da nessuno veniva (e poteva essere) ostacolata[15].

---

[10] I. ILLICH, *Nemesi medica. L'espropriazione della salute. La paradossale nocività di un sistema medico che non conosce limiti*, Boroli Editore, 2005, p. 19.
[11] Scrive a tal proposito S. RODOTÀ "[d]i chi è il corpo? Della persona interessata, della sua cerchia familiare, di un Dio che l'ha donato, di una natura che lo vuole inviolabile, di un potere sociale che in mille modi se ne impadronisce, di un medico o di un magistrato che ne stabiliscono il destino?", così in *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, p. 73. Cfr., anche, R. ESCOBAR, *Di chi è la mia vita?*, in *Il Mulino*, 2009, 1, p. 20.
[12] H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, 2002, p. 24. Ampiamente in tema il corposo studio di C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, 2004.
[13] La nascita, la vita, la malattia, la morte non sono più eventi (esclusivamente) naturali; le acquisizioni medico-scientifiche permettono che ora l'uomo sia messo nelle condizioni di intervenire in tutte le fasi della vita (non solo quindi del fine vita), per esempio con i *test* genetici prenatali, l'aborto, la fecondazione (procreazione medicalmente assistita, eterologa, *post mortem*), i farmaci salva-vita, gli interventi chirurgici che in molti casi migliorano (in termini di qualità) ed allungano (in termini di aspettativa) l'esistenza, il controllo sulle trasmissibilità di malattie genetiche, la ricerca sulle cellule staminali, la nutrizione e l'alimentazione artificiale, *etc*.
[14] Soprattutto se si ha a mente che la tecnica "non tende ad uno scopo, non promuove un senso, non apre scenari di salvezza, non redime, non svela la verità: la tecnica *funziona*", U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, 1999, p. 33; J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, 2002, p. 26 sgg. Si v. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, p. 1 sgg.
[15] La morte era imprevista, prematura, improcrastinabile, breve; aggettivi, questi, tutti utilizzati da M. MORI, *Una 'analisi bioetica' dell'attuale disputa sul testamento biologico come estensione del consenso informato*, in *Notiz. Politeia*, 2011, 102, p. 64. La morte continua ad essere un fatto 'naturale' (continua a riguardare tutti), ma va sempre più a perdere il suo connotato di 'naturalità' (evento sottratto al controllo da parte degli uomini), cfr. P. BORSELLINO, *Il rifiuto delle cure e dei trattamenti medici vitali*, in AAVV, *Trattato di diritto e bioetica*, a cura di A. Cagnazzo, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 184, n. 8.

Questa nuova realtà, che si snoda tra etica, scienza, filosofia, psicanalisi e diritto ma anche religione – comportando che delle domande siano poste e che delle risposte siano date – è (dovrebbe essere) giocoforza governata da una decisione comune che chiamiamo regolazione legislativa.

Una nuova realtà – questa a cui ci si riferisce – che rappresenta una materia solo apparentemente unitaria. Si parla, infatti, di *processo* del fine vita, in quanto esso costituisce non tanto un *momento*, un *atto* puntuale nel tempo[16], un fatto ineluttabile, quanto piuttosto una fase (anche lunga), non limitata da una fine imminente[17]. Quella del 'fine vita' costituisce, per l'appunto, un'espressione che indica – ed in tal senso è impiegata nella presente trattazione – una fase e non un istante, come può essere quello della morte[18].

Si inizia con il precisare che non si intende aderire a quelle pur pregevoli tesi dottrinarie che riscontrano una violazione del principio di eguaglianza fra quei soggetti che possono suicidarsi perché fattivamente riescono a giungere a tale esito (*manu propria*)[19] e quelli che, invece, pur muovendosi per tale finalità, non riescono a raggiungere lo scopo, benché determinato dalla propria libera e cosciente volontà, perché fisicamente impediti e bisognevoli di un aiuto da parte di un terzo (*manu alius*)[20]. Per noi, infatti, tali casi, seppur drammaticamente simili, rimangono pur sempre differenti[21] – per la partecipazione di un soggetto terzo che non si limita a interrompere un trattamento sanitario non desiderato –, non potendo del resto la disciplina legislativa che li riguarda fondare un'incostituzionalità dal momento che questa si basa su una diversa giustificazione penale[22] rimessa alla discrezionalità del legislatore[23].

---

[16] L'evento morte non è più un fatto: F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, 2008, p. 375.

[17] È in questa accezione, quindi, che si usa l'espressione 'fine vita', in modo anche *a*tecnico, perché le decisioni sul proprio corpo – si ricordino i 'casi Welby', 'Englaro' e i Fabiano Antoniani– possono essere assunte anche da persone gravemente e irreversibilmente malate ma non in 'fin di vita'.

[18] S. PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Fam., pers., success.*, 2006, 5, p. 390.

[19] Od anche rifiutando (legittimamente) le cure salvavita.

[20] Se nell'ordinamento italiano è da escludere categoricamente che esista un dovere di vivere e se si ricostruisce l'atto suicida come mero atto di libertà, negarlo (artt. 579 e 580 c.p.) significa violare il principio di ragionevolezza, perché viene negata la libertà di suicidarsi a chi da solo non può farlo. C. TRIPODINA, *Il diritto*, cit., p. 127; V. POCAR, *L'eutanasia e il diritto all'autodeterminazione*, in *L'Ateo*, 2003, 2, p. 8; T. CHECCOLI, *Profili costituzionali dell'eutanasia*, in AAVV, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. Romboli, Plus, 2007, p. 314. Cfr., anche, G. JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Editorial Comares, 1999, p. 44; G. DWORKIN, *Harmless wrongdoing*, in AAVV, *Laicità, valori e diritto penale.* The Moral Limits of the Criminal Law. *In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, 2010, p. 199. L'approccio giuridico-costituzionale qui presentato, per non peccare di eccessiva astrattezza, deve almeno ricordare che si sta ragionando su aspetti drammatici che sono difficilmente inquadrabili in astratte fattispecie, infatti '[l]a volontà del paziente, normalmente, non è (semplicemente) quella di morire, ma quella di morire in un *certo modo* (indolore, degno, sicuro, assistito, confortevole), e non quella di tentare un suicidio solitario e probabilmente doloroso e inefficace con mezzi improvvisati', così G. MANIACI, *Esercizio di confutazione su eutanasia e suicidio assistito*, in *Rag. prat.*, 2013, 1, p. 254.

[21] Questa la condivisibile tesi di A. D'ALOIA, voce *Eutanasia (Dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 2012, p. 18; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano d'altri"*, in *BioLaw*, 2018, 3, p. 11.

[22] Il bene protetto è la vita e si cerca di prevenire il rischio di abusi: F. REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 135 sgg.; C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo c.p. (art. 143)*, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 25.

[23] C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., p. 7.

Le tesi che argomentano circa la liceità dell'eutanasia verranno in rilievo proprio per fondare la ragionevolezza di un'eventuale scelta legislativa in tal senso, che basi la sua *ratio* sulla tutela del principio di autodeterminazione[24] di chi chiede di essere aiutato a portare a termine il proprio intendimento suicida[25].

La tesi che si sostiene è che si è dinanzi ad un diritto non 'imposto', ma 'consentito'[26], per il cui riconoscimento una previsione legislativa sarebbe indiscutibilmente rilevante al fine di poter (poi) giudicare se l'eventuale legge "si colloca […] nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, ma sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana"[27].

---

[24] Non si può ricostruire un diritto a morire alla luce dei valori costituzionali per F. MODUGNO, *I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 16 sg.; I. NICOTERA GUERRERA, '*Vita' e sistema di valori nella Costituzione*, Giuffrè, 1997, p. 147.

[25] Così facendo, il diritto riuscirà ad assicurare una medesima risposta a due situazioni che pur se diverse sono drammaticamente simili, ma che non ricevono (ancora) una medesima risposta, fatalmente, a colpa di una odiosa "sfortuna", tale termine è impiegato "deliberatamente" – come ammette lo stesso autore – da S. RODOTÀ, *Dai diritti sociali ai diritti dell'individuo*, in *Bioetica*, 2003, 2, p. 220. Di "terribile sfortuna" parla C. TRIPODINA, *Il diritto*, cit., p. 128. Un esempio di quanto si va dicendo è ricostruito in modo chiaro ed esaustivo da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, 2012, pp. 220-227. *Ms. B* era una donna tetraplegica completamente paralizzata dal collo in giù e per vivere era costretta a ricevere l'ausilio di un polmone d'acciaio per poter respirare; chiese di interrompere il trattamento e ottenne il consenso alla richiesta e morì. *D. Pretty* era una donna affetta da una sindrome neuro-degenerativa del sistema nervoso centrale, la malattia, anch'essa terminale, che la costringeva a letto perché paralizzata, ma non a dover ricevere l'ausilio tecnologico per respirare ed alimentarsi; chiese l'aiuto al suicidio, ma non l'ottenne. Seppur la richiesta dell'intervento medico era diversa, identica era la valutazione libera e cosciente dell'indegnità della propria esistenza e la richiesta di un accompagnamento alla morte ritenuto dignitoso. Di "fortuna" parla anche R. DWORKIN, *Introduzione* (alla memoria presentata, in qualità di *Amicus curiae*, alla Corte Suprema, che doveva decidere sul caso *Quill*, da vari filosofi – oltre allo stesso Dworkin da T. Nagel, R. Nozick, J. Rawls, J. Jervis Thomson – è pubblicata nella traduzione italiana in *Suicidio assistito: la memoria dei filosofi* come inserto speciale della *New Review of Books - Rivista dei libri*, Luglio/Agosto, 1997, p. 2. Cfr. il recente studio di C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: proli critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 1, p. 2 segg.

[26] La Costituzione sul punto "non dice, o almeno non a rime obbligate", così C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., p. 13.

[27] Così Corte cost., sent. n. 161/1985, p.to 4 *cons. dir*. Il richiamo di questa importante decisione sul diritto fondamentale alla rettificazione degli atti di stato civile ed al riconoscimento del nuovo genere da parte del transessuale, come si può intuire, non è casuale (ripercorrendo in ciò quanto sostenuto da autorevole dottrina particolarmente attenta al rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, R. ROMBOLI, *Corte e diritti*, in AAVV, *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto-E. Rossi, Giappichelli, 2011, pp. 20-24). Ed infatti, tale giurisprudenza costituzionale dimostra come sia proprio la presenza di una legge (sul ruolo che può esercitare la 'presenza' di una legge sul sindacato di costituzionalità con riguardo ad un altro caso emblematico qual è il matrimonio omosessuale sia consentito rinviare a U. ADAMO, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l. n. 13/2005 alla STC 198/2012*, in *www.gruppodipisa.it*, pp. 19-25) che, riconoscendo il diritto alla rettificazione del sesso, permette alla Corte di cambiare giurisprudenza elevandolo a diritto fondamentale *ex* art. 2 Cost. Ed infatti, secondo una prima lettura, il diritto al riconoscimento dell'identità sessuale è ritenuto non inviolabile e quindi non valutabile come un diritto che appartiene al patrimonio irretrattabile della persona umana, perché non direttamente collegabile a nessun diritto costituzionalmente positivizzato (Corte cost., sent. n. 98/1979); la Corte, poi, – intervenuta la legge – cambia avviso affermando che il transessuale – per recuperare il proprio equilibrio tra soma e psiche – ha "il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, [che è] da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità", così Corte cost., sent. n. 161/1985).

Il fatto che "né la norma costituzionale, né nessun'altra (fino ad ora), richiami espressamente [il diritto a morire dignitosamente …] non significa che non esista una risposta costituzionale; ciò che rileva è che l'interpretazione dovrà essere elaborata a partire da altri principi e regole del testo. La norma costituzionale così «costruita» (più che semplicemente «trovata») sarà per necessità meno consistente e maggiormente soggetta a controversia rispetto a quando la Costituzione si riferisce in modo espresso e con termini precisi alla validità o meno dell'eutanasia e del suicidio assistito"[28].

Finora è stato messo in rilievo l'impatto potente che la tecnica ha prodotto – e che ancora può produrre – sul corpo umano e quindi sulla persona vivente. Si giunge, quindi, ad una prima conclusione, ovverosia quella che le scelte di fine vita si pongono sempre più spesso in risposta al progresso biomedico che, limitandosi a curare solo la patologia, allunga la vita al di là di quello che l'individuo, non riuscendo più ad attribuirle un senso, ritiene desiderabile. Il tema dell'eutanasia, quindi, seppur costituisca un tema tanto 'antico'[29] quanto controverso (se non proprio dilemmatico)[30] deve essere (ri)-analizzato quale "tipico portato della età della tecnica"[31].

3. Intorno alle plurime aggettivazioni dell'eutanasia. Chiarificazioni tassonomiche.

Dato il contesto appena delineato, ed entrando in *medias res* nel tema oggetto di analisi, la trattazione si deve soffermare su che cosa si debba intendere per pratiche eutanasiche, ovverosia sulla richiesta di *facere* che una persona può (potrebbe) avanzare affinché – attraverso un nesso di causalità – si ponga fine alla sua esistenza.

Seppure l'eutanasia costituisca (o dovrebbe costituire), per quanto detto, una tematica degna di particolare attenzione, bisogna rilevare che, nell'ordinamento italiano, essa continua a mancare di una specifica disciplina normativa, con la conseguenza che, per chi aiuta un terzo a porre fine

[28] Così F. REY MARTÍNEZ, *Eutanasia*, cit., p. 81 (tutte le traduzioni dalla lingua spagnola sono da imputarsi esclusivamente allo scrivente). "Questo vuol dire che la Costituzione è inutile? Quello che sembra un limite è in realtà la forza (e la capacità di rigenerarsi) del linguaggio costituzionale, che lascia spazio alla discussione pubblica, ai suoi assestamenti, alle sintesi che vengono fuori dalla modificazione, nel tempo, delle istanze sociali e dei contesti culturali", così A. D'ALOIA, *Tra rifiuto di cure ed eutanasia. Note introduttive sul 'diritto alla fine della vita'*, in AAVV, *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di Id., Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 8.

[29] M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Il Mulino, 2015, p. 1 sgg.

[30] Come bene è stato definito: A. PORCIELLO, *Eutanasia e principi fondamentali. La costituzionalizzazione del dilemma etico*, in AAVV, Thanatos e nomos. *Questioni bioetiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Jovene, 2009, p. 1, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *L'autonomia presa sul serio*, in AAVV, *Pluralismo delle fonti metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica. II – La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, a cura di I. Belloni-T. Greco-L. Milazzo, Giappichelli, 2016, pp. 1 e 23; P. BECCHI, *I dilemmi dell'eutanasia*, in *Teor. Pol.*, 1993, 1, pp. 123-149.

[31] C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 9; M. MORI, *Una 'analisi bioetica' dell'attuale disputa sul testamento biologico*, cit., p. 58. Secondo una prima approssimazione, allora, si può iniziare a definire l'eutanasia (in una fase di radicale riconfigurazione antropologica dell'individuo a causa del sapere tecnico-scientifico che tutto pervade) come "libertà della morte intesa come destino e sua metamorfosi in 'qualità di vita' oggettivamente valutabile". Da un lato il 'mortale' cambia senso nel momento in cui riduce la morte a un episodio 'biologico' riconducibile a saperi tecnico operativi e a valutazioni 'psicologiche'; dall'altro è impossibile non osservare il nesso tra il divieto di uccidere, fondamento di ogni umana convivenza, e il diritto di morire. Vivere bene significherebbe allora anche poter disporre della propria morte, soggetta a decisione individuale. Cfr. C. SINI, *Del viver bene*, Jaca Book, 2015, p. 155.

alle proprie inguaribili sofferenze, trova applicazione l'articolato codicistico delle figure generali dei delitti contro la vita, e quindi quello dell'omicidio del consenziente *ex* art. 579 cod. pen. (figura autonoma di delitto in affermazione del principio di indisponibilità della vita[32]).
La norma – oltre a quanto si rileverà in ordine all'incertezza applicativa della stessa – prescinde totalmente dalla presenza o meno di infermità irreversibili e di sofferenze fisiche e mentali[33] ritenute inaccettabili e altamente degradanti da parte di chi chiede di morire (manca, *id est*, la giustificazione dell'evento), ma si limita a prescrivere che "[c]hiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni".
La mancata volontà di disciplinare una causa di esclusione del reato per il caso dell'eutanasia comporta una particolare incertezza[34] del quadro giuridico ed una irragionevole sproporzione punitiva della fattispecie[35]. Infatti se si è dinanzi al caso in cui l'omicidio è stato commesso con il *consenso* della vittima, tale circostanza non comporta l'antigiuridicità della condotta, ma la sola riduzione (se così si può dire) della pena (da 6 a 15 anni) in confronto a quella dell'omicidio comune (non inferiore a 21 anni). La norma dell'art. 579 cod. pen., e più precisamente quella del terzo comma[36], è di difficile applicazione[37], tanto che è più che probabile che, in sede processuale, si tenderà a far riferimento alla fattispecie dell'omicidio comune doloso *ex* art. 575 cod. pen. (anche se mossa da sentimento pietoso, la c.d. *mercy killing*), il cui gravoso regime sanzionatorio potrà (pur sempre) essere mitigato dalle circostanze attenuanti comuni[38] per "aver agito per motivi

[32] Su tale principio la letteratura (non solo giuridica) è sterminata; riassuntivamente, possono riportarsi le parole impiegate nella *Postilla* allegata al Documento redatto dal Comitato Nazionale di Bioetica sul *Rifiuto e rinuncia consapevoli al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico* del 24 ottobre 2008 da F. D'AGOSTINO, per il quale "la vita deve essere ritenuta eticamente e giuridicamente indisponibile, non perché sia sacra (questa è un'opinione più che legittima, ma valida solo per i credenti e a volte solo per alcuni di loro), ma perché questa indisponibilità è il presupposto e il fondamento di tutti i diritti umani (dicendo questo, riconosco che questo argomento non può avere valore per chi neghi l'esistenza e/o l'assolutezza dei diritti umani)", p. 25.
[33] "[E] rapporti esistenziali coatti (costrizione a letto, immobilità permanente, impossibilità di comunicare, …", così M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 2, p. 570.
[34] Di irragionevolezza parlano S. CANESTRARI-F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 76 sgg.
[35] S. CANESTRARI, *Principi*, cit., 2015, p. 97; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, p. 100. È da escludersi, altresì, per le sue caratteristiche (eccezionalità e mancanza del carattere della generalità, della ripetibilità e dell'oggettiva) il (risolutivo) ricorso all'istituto della grazia: ma in dottrina, almeno, F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Utet, 1990, p. 429 sg.; M. PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, 1967, p. 114.
[36] "Si applicano le disposizioni relative all'omicidio [artt. 575, 576, 577 cod. pen.] se il fatto è commesso: 1. contro una persona minore degli anni diciotto; 2. contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti; 3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno".
[37] "Ora, tale stato di deficienza psichica può essere frequentemente riscontrabile proprio nei pazienti prostrati fisicamente e psicologicamente e/o dall'effetto di pesanti trattamenti medici e analgesici", così S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 98.
[38] Questo, però, non è sempre detto, anzi, si può richiamare la recentissima Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2016 n. 12928, la cui massima può essere così riassunta: ai fini dell'integrazione della circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale, non è sufficiente l'intima convinzione dell'agente di perseguire un fine moralmente apprezzabile, essendo necessaria l'obiettiva rispondenza del

di particolare valore morale o sociale" *ex* art. 62 cod. pen. ovvero dalle circostanze attenuanti generiche *ex* art. 62 *bis* cod. pen.[39].

Ma anche ciò, soprattutto per le attenuanti comuni, non è privo di incognite, in quanto "la giurisprudenza della Corte di Cassazione esclude l'applicabilità dei motivi di «particolare valore morale e sociale alle pratiche eutanasiche, mancando queste ultime di quell'incondizionata approvazione della società» che la norma presuppone"[40]. D'altro canto, "l'eventuale effetto favorevole delle attenuanti può essere vanificato dalla prevalenza, in sede di bilanciamento fra circostanze, delle aggravanti configurabili nei casi di eutanasia (dalla premeditazione all'utilizzo di sostanze venefiche come mezzo per provocare la morte, al legame di parentela tra soggetto attivo e passivo)"[41].

Anche per questa 'incertezza' applicativa[42], risulterebbe quanto meno opportuno un intervento riformatore del legislatore ordinario[43], che dovrebbe normare in tema sia di omicidio del consenziente che di suicidio assistito. Si sostiene ciò pur consapevoli del fatto che in molti ordinamenti – al fine di controllare il rischio del c.d. 'pendio scivoloso'[44] – è legalizzata solo la seconda delle due pratiche e non entrambe.

Alcune gravi patologie non rendono sempre possibile che l'aiuto al suicidio possa concretizzarsi nel massimo atto autolesionista (ad esempio perché si è costretti da paralisi totale, …)[45], tanto che

---

motivo perseguito a valori etici o sociali effettivamente apprezzabili e, come tali, riconosciuti preminenti dalla collettività ed intorno ai quali si realizzi un diffuso consenso; ne consegue che l'attenuante non può trovare applicazione se il fatto di particolare valore morale o sociale esiste soltanto nell'erronea opinione del soggetto attivo del reato, anche in virtù della disciplina prevista dall'art. 59, cod. pen., in base alla quale le circostanze aggravanti ed attenuanti devono essere considerate e applicate per le loro connotazioni di oggettività (si v. Cass. pen. 20 gennaio 2003 n. 11878, sez. VI; Cass. pen. 11 dicembre 2007 n. 47039; Cass. pen., sez. I, 27 novembre 2008 n. 11236; Cass. pen., sez. I, 29 aprile 2010 n. 20312; Cass. Pen., sez. I 8 aprile 2015 n. 20443).

[39] Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62.

[40] S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., p. 98.

[41] *Ibid.* p. 98. L'omicidio del consenziente presuppone un consenso "non solo *serio, esplicito* e *non equivoco*, ma *perdurante* anche sino al momento in cui il colpevole commette il fatto" (corsivi nostri. Si v. Cass. pen., sent. n. 3147/1998; Cass. pen., sent. n. 8128/1991; Cass. pen., sent. n. 38271/2008, sez. V; Cass. pen., sent. n. 32851/2008, sez. I; Cass. pen., n. 13979/2008, sez. I; Cass. pen., n. 11506/2008, sez. I; Cass. pen., sent. n. 28251/2009, sez. V; Cass. pen., sent. n. 16823/2010, sez. VI; Cass. pen., sent. n. 24256/2010, sez. III; Cass. pen., sent. n. 51740/2013, sez. II; Cass. pen., sent. n. 45931/2014, sez. III; Cass. pen., sent. n. 45512/2014, sez. V). È richiesto che la volontà di morire manifestata dalla vittima sia da ella provata in maniera univoca, chiara e convincente, in caso contrario (Corte Cass., Sez. I, 17 gennaio 2010, n. 43954) è configurabile l'omicidio volontario, e non l'omicidio del consenziente, dovendo riconoscersi assoluta prevalenza al diritto alla vita, quale diritto personalissimo che non attribuisce a terzi il potere di disporre, anche in base alla propria percezione della qualità della vita, dell'integrità fisica altrui. La prova della volontà di morire deve essere circostanziata, vale a dire non può essere tratta dalle generiche invocazioni della vittima affinché cessi la propria sofferenza, ovvero dall'auspicio, dalla stessa espresso in precedenza, di adozioni di modelli eutanasici propri di altri paesi.

[42] Incertezza – come si sa – che interessa anche l'art. 580 cod. pen.

[43] F. GIUNTA, *Diritto di morire diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1, p. 110.

[44] Sull'infondatezza di tale argomento si v. *infra* il § 5.

[45] C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., p. 10.

l'eutanasia 'attiva volontaria' (omicidio del consenziente) si prospetta come l'unica pratica in grado di dar corso alla volontà del paziente di porre fine alle proprie sofferenze quando questi si trovi in una condizione di assoluto impedimento fisico. Non prendere in considerazione quest'ultima ipotesi significherebbe non dare una risposta a chi è affetto da malattie gravemente invalidanti.

Alla base della domanda di eutanasia vi è la ricerca di una "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"[46].

Per come si anticipava, diverse, plurime e non sempre coincidenti tra loro sono le definizioni che si possono dare dell'eutanasia[47], ma – in questa sede – si può cogliere che in tutte (o almeno in quelle che sono prese in considerazione e che si utilizzano come punto di partenza per ragionare giuridicamente su tale nozione) il nucleo essenziale è così riassumibile: richiesta cosciente e libera da parte di un soggetto malato; espressione del principio personalista e della libera autodeterminazione del soggetto richiedente; raggiungimento di uno stato di malattia talmente grave da essere definito come irreversibile e che comporta che il vivere non sia più accettabile dalla (e solo dalla) persona richiedente la pratica eutanasica[48].

Rispetto a quanto detto, qui si intende analizzare esclusivamente l'eutanasia *volontaria attiva*, escludendo quelle ipotesi di eutanasia *non richiesta*[49] (sempre che possa essere definita in tal modo), ma procurata da un fine altruistico, in assenza di una domanda da parte di soggetti che non sono nelle condizioni di formularla (neonati portatori di grave *handicap*, persone che vivono in una situazione di incoscienza e di irreversibilità della malattia e che non hanno sottoscritto –

[46] Così D. NERI, *Eutanasia: le ragioni del sì*, in AAVV, *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, II, a cura di M. Gensabella Furnari, Rubbettino, 2001, p. 57.

[47] S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, 2012, p. 1 sgg.; M. MANTOVANI, *Biodiritto e problematiche di finevita*, in *Criminalia*, 2006, p. 19 sgg.

[48] Come si vede, la distinzione tra azione diretta (eutanasia attiva) e omissione (eutanasia passiva) risulterebbe del tutto "insufficiente" a precisare il significato della nozione di eutanasia (attiva) se non anche accompagnata dal "riferimento alle particolari condizioni di colui su cui si realizza l'intervento eutanasico o alla sua volontà", in tal senso E. LECALDANO, *Eutanasia*, in *Enc. sc. soc.*, Treccani, 1993, p. 2.

[49] *Contra*, per la legittimità anche della eutanasia non volontaria, cfr. la tesi esposta da P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori, 1989, p. 217.

né potevano evidentemente – disposizioni anticipate di trattamento), così come quelle di eutanasia *passiva*[50] o di eutanasia *attiva indiretta*[51].

---

[50] Sempre in fase di premessa metodologica, risulta più che opportuno continuare a marcare la differenza che intercorre (e deve sussistere) tra eutanasia *passiva* e *attiva*, per poter respingere l'impiego che comunemente si fa del primo dei due termini ad indicare il rifiuto di un trattamento (già iniziato) e che costituisce una cura salvavita. Infatti, anche se in entrambi i casi la richiesta di porre fine alla propria esistenza muove dal sofferente, la risposta dell'operatore medico è profondamente diversa nelle due situazioni, in quanto mossa da finalità differenti. Nel primo caso (solo da altri chiamato impropriamente eutanasia *passiva*, che rappresenta a ben vedere solo una contraddizione in termini), l'obiettivo è quello di dar seguito ad una richiesta di sospensione delle cure, consentendo il decorso della malattia che condurrà 'naturalmente' alla morte (e ciò rientra perfettamente nella protezione dell'art. 32, c. 2, Cost.); nel secondo (eutanasia *attiva*), invece, il fine dell'attività medica è quello di procurare la morte, anticipando l'evoluzione della malattia. L'illiceità dell'eutanasia (attiva) si ha perché il *facere* rappresenta l'attuazione della richiesta di condotta commissiva da parte del terzo (il medico) che è volta a procurare direttamente (nesso di causalità) la morte dell'ammalato. Anche nel rifiuto di un trattamento già iniziato vi è però l'esercizio di un'azione; si pensi all'espressione, ormai di uso comune, di 'staccare la spina' che si può realizzare solo mediante una condotta attiva da parte del sanitario che deve manualmente compiere il gesto dello 'staccare'. Per non incorrere, quindi, in una costruzione di categorie che possa risultare fuorviante o comunque non del tutto chiara e, in ultima analisi, per cercare di ridurre al minimo la presenza di zone grigie per cui molti comportamenti non rientrerebbero in modo inequivoco nella prima (rifiuto di cure) o nella seconda (eutanasia) delle fattispecie, è opportuno dicotomizzare gli interventi secondo un differente approccio, legato al rapporto causale. Se da una parte vi è l'uccidere (*facere*), dall'altra vi è la piena tutela del diritto al rifiuto delle cure, anche se diversa è la modalità applicativa (*non facere*); la fondatezza della distinzione e dell'impiego del verbo latino in positivo e in negativo si basa non già su una presenza o meno di una azione o di una omissione che procura la morte, ma sulla presenza (nel primo caso) e sull'assenza (nel secondo) del nesso causale, ovverosia di quel rapporto che intercorre tra la condotta del medico e il verificarsi o meno della morte, perché indotta o meno. Ciò che rileva è che l'evento morte nell'ipotesi dell'interruzione del trattamento non è da questa provocato (non si uccide nessuno); è il non arresto della fase patologica che, questo sì, comporta il decesso naturale del paziente. Vi è, quindi, una differenza concettuale, che nella tassonomia finora proposta è dirimente, tra la sospensione di una cura (anche salvavita) e la somministrazione di una sostanza causativa di morte.

[51] Si deve infatti, in questo caso, parlare solo ed esclusivamente di sedazione palliativa. E bene fa la recente l. n. 219 del 2017 (art. 2, c. 2) a discorrere di 'sedazione palliativa profonda continua', in luogo della più comune (ma fuorviante) espressione 'sedazione terminale' od anche eutanasia *indiretta*. L'equivoco che comunemente si insinua quando si parla di terminalità, per non dire di eutanasia, infatti, è quello per cui, attraverso detto trattamento, si voglia porre termine alla vita del paziente, quasi che si fosse dinanzi ad un atto eutanasico. La sedazione, e nello specifico quella continuata e profonda, infatti, non ha come fine quello della morte del paziente, ma quello del 'controllo' del dolore (in questa direzione, da ultimo, anche il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 29 gennaio 2016 *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte* consultabile sul sito telematico http://presidenza.governo.it/bioetica). La sedazione continua e profonda ha una finalità irriducibilmente differente dall'atto eutanasico, in quanto, con la prima, si vuole solo eliminare il dolore, con il secondo, invece, con il dolore, anche la vita (biologica). Data la definizione poc'anzi riportata, si evince chiaramente che lo scopo (in un processo che è di fine vita) è quello di alleviare o eliminare la sofferenza attraverso il controllo dei sintomi refrattari (ovverosia quei sintomi che non sono controllabili, alla luce del 'fallimento' nell'identificazione di trattamenti efficaci e non compromettenti lo stato di coscienza). Il fine è la cura del dolore, non già la somministrazione di farmaci che ha come scopo quello di provocare (con il consenso del paziente, per quanto scriveremo infra) la sua morte immediata. Il fine di alleviare la sofferenza refrattaria del paziente in fase avanzata o terminale prevale sulla circostanza fattuale per cui l'impiego di questo trattamento sanitario può (e non in modo certo e automatico) avere l'effetto di accorciare la vita (dottrina del c.d. 'doppio effetto'). Procurare la morte del paziente non è l'effetto voluto; la sedazione (eliminazione del dolore), quindi, costituisce un atto moralmente accettabile (F.G. PIZZETTI, *"Ai confini delle cure": la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire*, in AA.VV., *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione,*

Scopo di queste pagine è quello di prendere posizione in merito alle tesi che riconoscono o meno il diritto all'eutanasia come nuovo diritto. Tali tesi vanno dalla constatazione che non esiste neanche nel panorama comparato un *idem sentire* intorno alla pretesa di scegliere quando e in che modo morire[52], alla possibilità di riconoscere tale diritto in maniera implicita attraverso un'interpretazione sistematica del testo costituzionale (si pensi, per esempio, alla tutela della libertà di coscienza, al principio di autodeterminazione, alla tutela della dignità[53]).

4. Ragioni contro la legalizzazione dell'eutanasia. Critica.

Serie e finemente argomentate sono le tesi avanzate contro l'introduzione con legge, nel nostro ordinamento, dell'eutanasia, le quali sostengono l'incostituzionalità di una tale eventuale normativa fondamentalmente sulla base di due ordini di ragioni.

In primo luogo, la tutela che i testi costituzionali garantiscono del bene vita (al di là che lo facciano in modo implicito o esplicito)[54] è tale da non ammettere alcun tipo di pratica eutanasica, la quale avrebbe come fine unico ed ultimo quello di negare proprio la protezione giuridica della vita[55]: non solo le previsioni penali che, di fatto, vietano l'eutanasia e l'aiuto al suicidio sono conformi al dettato costituzionale, ma la legalizzazione di tali pratiche sarebbe da ritenersi irrimediabilmente incostituzionale.

Questa tesi (legislativamente parlando) è preminente – e non solo in Italia – e può essere così espressa: ogni vita umana è degna e vale la pena d'essere vissuta, per cui l'eutanasia sarà sempre

---

testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici, Atti del convegno di Asti dell'11 novembre 2011, a cura di P. Macchia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 138.); l'effetto positivo è quello direttamente inteso dall'agente, mentre quello negativo deve essere previsto e tollerato. L'effetto indesiderato non deve essere il mezzo per negare quello desiderato; l'effetto positivo deve essere proporzionalmente maggiore di quello negativo.

[52] Ci si riferisce all'emersione di tale diritto così come estrapolato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, più precisamente, dalla Corte EDU che ne tutela il rispetto (sez. I), 28 gennaio 2011, caso *Haas c. Svizzera*: "il diritto di un individuo di decidere in che modo e in che momento mettere fine alla propria vita, purché tale volontà e il conseguente agire siano assolutamente liberi, deve ritenersi ricompreso nel diritto al rispetto della propria vita privata", così nel § 51. Però, sull'influenza della giurisprudenza convenzionale, se si vuole, si rinvia al nostro *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Cedam-Wolters Kluwer, 2018, p. 168 sgg., e alla bibliografia ivi citata.

[53] Per la cui tutela sono state dichiarate incostituzionali le norme che vietavano gli atti eutanasici negli ordinamenti costituzionali colombiano e canadese. Cfr. E. CECCHERINI, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2014-2015*, in *Giur. cost.*, 2016, 5, pp. 1999-2006; C. CASONATO-M. TOMASI, Constitutional Dialogues *in Canada. Corte Suprema e Parlamento sulle questioni di fine vita*, in AA.VV., *Scritti in onore di Sara Volterra*, a cura di C. Murgia, Giappichelli, 2017, in part. pp. 205 sgg.

[54] Così come avviene, ad esempio, nell'art. 15 della Costituzione spagnola; nel testo costituzionale italiano, invece, il riferimento a tale diritto è implicito o comunque ricavabile dall'art. 27, comma 4, Cost. e quindi dal divieto della pena di morte (art. 1 l. cost. n. 1/2007). In dottrina si rinvia a F. MODUGNO, *cit.*, pp. 16-19; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3ª ed., Cedam, 2003, pp. 95-97; A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 472; G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, Utet, 1999, p. 681 sg.; I. NICOTERA, *Diritto alla vita e diritto di morire: libertà di cura, ricostruzione delle volontà presunta e attualità del consenso nelle fasi finali dell'esperienza umana*, in AAVV, *Il diritto alla fine della vita*, cit., p. 103. Nella giurisprudenza costituzionale, cfr., *ex multis*, Corte cost. sentenze nn. 54/1979, p.to 6 *cons. in dir.*, 132/1985, p.to 4.1 *cons. in dir.*, e, più di recente, 35/1997, p.to 2 *cons. in dir.*, 223/1996, p.to 4 *cons. in dir.*, 278/2013, p.to 4 *cons. in dir*.

[55] F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici della eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 2, p. 455 sg.; I. NICOTERA GUERRERA, *'Vita' e sistema di valori*, cit., p. 147 sg.

considerata alla stregua di un omicidio. Il diritto fondamentale alla vita è assoluto e non può tollerare il 'diritto a morire'.

In secondo luogo, considerare l'eutanasia come pratica legittima significa definire un diritto che – come del resto vale per tutti i diritti di libertà – ha una componente prestazionale. Detto in altre parole, il 'diritto a morire', differentemente da quanto accade con il suicidio[56] (mero fatto)[57], che non richiede una *relatio ad alteros*, pretende un corrispondente dovere di uccidere che ricade su un soggetto terzo (solitamente un medico)[58].

Con riguardo all'indisponibilità assoluta del bene vita[59], si intende mettere in rilievo che il diritto alla vita, come qualsiasi altro diritto fondamentale, è relativo, *id est* sempre bilanciabile con gli altri diritti: si pensi al legittimo e costituzionalmente tutelato diritto al rifiuto delle cure[60] anche salvavita[61]. Non rileva per tal motivo la tesi dell'indisponibilità del bene vita[62], per la quale esso rappresenta e costituisce il presupposto e il fondamento di tutti i diritti umani, tesi che appare "fondata su un evidente equivoco tra priorità cronologica e priorità assiologica"[63].

---

[56] Che non è un diritto, così come invece argomentava, ma non in modo convincente, la Procura di Milano nel caso 'Cappato' nella richiesta di archiviazione N. 9609/17 R.G.N.R. mod. 21. Ma si veda anche l'ordinanza di rimessione della Corte di Assise di Milano alla Corte costituzionale sempre nel medesimo caso.

[57] A. RUGGERI, *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it* (dicembre 2009), p. 8; M. NISTICÒ, *Il suicidio come "indifferente giuridico" fra diritto alla vita e tutela alla libertà di autodeterminazione*, in *Il Foro it.*, 2009, 9, III, p. 490 sgg. C'è anche chi concepisce il suicidio come fatto giuridicamente tollerato, ma che costituisce pur sempre un disvalore giuridico alla luce della norma che incrimina l'aiuto al suicidio (M. MANTOVANI, *Biodiritto*, cit., p. 71), chi ne afferma la liceità (M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 193 sgg.) e chi ne rimarca l'insussistenza a libertà costituzionalmente riconosciuta (A. BARBERA, *Eutanasia: riflessioni etiche, storiche e comparatistiche*, in AAVV, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di S. Canestrari-G. Cimbalo-G. Pappalardo, Giappichelli, 2003, p 6). La mancata incriminazione del tentato suicidio (quello del suicidio è *in res*) palesa – se ce ne fosse il bisogno – l'assenza nel nostro ordinamento di un dovere di vivere.

[58] Con conseguente "profondo intorpidimento della identità morale e professionale del medico", così F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici*, cit., p. p. 457; A.G. SPAGNOLO, *Eutanasia: le ragioni del no*, in AAVV, *Alle frontiere*, cit., p. 92 sgg.; F. D'AGOSTINO, *Morale e diritto in bioetica il paradigma della relazionalità*, in AAVV, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, a cura di C. Viafora, Padova, 1996, p. 85; ID., *Non è di una legge che abbiamo bisogno*, in AAVV, *Il diritto di morire bene: le occasioni dello sviluppo*, a cura di S. Semplici, Bologna, 2002, p. 37, che parla di "burocratizzazione" del processo del morire; I. NICOTERA GUERRERA, '*Vita' e sistema di valori*, cit., p. 141.

[59] In tal senso F. MANTOVANI, voce *Eutanasia*, cit., p. 425; di recente anche A.R. VITALE, *L'eutanasia come problema biogiuridico*, Franco Angeli, 2017, p. 60; cfr. anche A.Mª. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Marcial Pons, 1999, pp. 229-231. *Contra* A. RAUTI, Certus an, incertus quando*: la morte e il diritto del paziente all''ultima parola' fra diritto, etica e tecnica*, in AAVV, Thanatos e nomos, cit., p. 244 sgg.

[60] Cfr. Corte cost., sent. n. 438/2008. Ma si pensi anche al sacro dovere di difesa della patria.

[61] Cfr. Corte Cass., sent. n. 21748/2007.

[62] V. *retro* a n. 22.

[63] E. RIPEPE, *Eutanasia e diritto alla vita*, in AAVV, *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica. II – La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, a cura di I. Belloni-T. Greco-L. Milazzo, Giappichelli, 2016, p. 150. A stesse conclusioni altra autorevole dottrina D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit.., p. 67. Inoltre, di indisponibilità della vita si dovrebbe parlare solo per escludere la possibilità di disporre della vita altrui.

Ma anche accettando che *primum vivere*, richiamandosi al diritto alla vita[64] – così come al concetto di dignità – come diritto primo dal quale poi tutti gli altri derivano, a ben vedere, tale argomento rimarrebbe non del tutto "appropriato o comunque risolutivo"[65] e, pertanto, "insufficiente"[66] quando si parla di fine vita, perché è proprio da tale diritto che germinano (anche) le teorie fondanti la legittimità del diritto a morire. Ed infatti, "oltre al 'diritto di morire' esiste anche il diritto di 'prendere possesso' della propria morte nella coscienza concreta del suo incombere (non soltanto dunque nella consapevolezza astratta della mortalità): infatti il diritto alla propria vita trova qui il suo coronamento includendo il diritto alla 'propria' morte […] Così è il concetto di *vita*, non quello di morte, che in definitiva governa la questione del 'diritto di morire'. Col che si è tornati al punto di partenza, vale a dire al riconoscimento del diritto di vivere come fonte di tutti i diritti. Correttamente e integralmente inteso, esso include anche il diritto di morire"[67].

Con riguardo, invece, al 'dovere di uccidere' che ricadrebbe sul soggetto a cui è affidata la cura del malato[68] e quindi alla rottura della struttura relazionale del diritto[69] nel rapporto tra paziente e medico, basti guardare in modo meno teorico alle conseguenze dell'eventuale riconoscimento del diritto a decidere sulla propria morte. Tale riconoscimento renderebbe manifesto ciò che, d'altronde, è già assodato, vale a dire che il divieto di uccidere non è di tipo assoluto, bensì relativo, come nel caso non moralmente deprecabile dell'esercizio di un dovere professionale che deve dare compimento alla libera volontà di un soggetto espressa con un libero consenso, ovverosia alla sua piena autodeterminazione. Inoltre, per il medico potrebbe essere prevista la possibilità di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza, in modo tale che l'*applicazione del*

---

[64] "Se un soggetto chiede l'aiuto di un altro per suicidarsi, egli non rinuncia al proprio diritto alla vita, ma rinuncia all'esercizio di tale diritto", così G. DWORKIN, *Harmless wrongdoing*, cit., p. 202.

[65] A. D'ALOIA, *Tra rifiuto di cure*, cit., p. 6.

[66] *Ibid.*; A.Mª. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia*, cit., p. 167.

[67] H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, 1997, p. 194 sg. e p. 205. Nello stesso senso chi autorevolmente ha scritto che "[c]on 'diritto di morire con dignità' ci si intende riferire al diritto di *vivere* anche le fasi terminali dell'esistenza in condizioni e con modalità che non arrechino offesa alla dignità delle persone: insomma, non alla rivendicazione di un *nuovo diritto*, ma alla rivendicazione del rispetto di una *intrinseca dimensione* dello stesso diritto di vivere con dignità tutte le fasi dell'esistenza umana", così N. NERI, *Eutanasia: le ragioni del sì*, in AAVV, *Alle frontiere*, cit., p. 62; ID., *Autonomia e dignità alla fine della vita*, in *Notiz. Politeia*, 2017, 125, p. 118. Si rinvia anche a S. RODOTÀ, *Perché laico*, Laterza, 2009, che seppur si riferiva alle DAT ha avuto modo di affermare che esse "si presentano come un logico e coerente svolgimento del principio che attribuisce alla persona interessata il potere di governo sulla propria vita, della quale il morire è parte", p. 87. S. AMATO, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Giappichelli, 2011, p. 54. Ampie riflessioni in S. MAFFETTONE, *Dignità del morire*, in *Bioetica*, 1999, 1, p. 74 sgg. *Contra*, almeno, P. SGRECCIA, *Eutanasia*, in AAVV, *Trattato di diritto e bioetica*, cit., p. 625.

[68] A. D'ALOIA, *Diritto di morire*? *La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, in *Pol. Dir.*, 1998, 4, p. 613. Tale A., inoltre, sottolinea come l'azione eutanasica sia irrimediabile, vale a dire che non accetta ripensamenti, o meglio non li permette. Ciò, che è senz'altro vero, però non costituisce un ostacolo insormontabile per due ordini di motivi: in primo luogo, perché è l'irreversibilità dell'effetto che si richiede in modo lucido e coscienzioso e l'avvenimento eutanasico da quando si richiede dovrebbe prevedere un periodo di 'raffreddamento' prima del compimento dell'atto, proprio al fine di rendere sempre più lucida la richiesta che fino all'atto può sempre essere reversibile; in secondo luogo, si cadrebbe nel paradosso per cui in nome della libertà altro non si farebbe che negarla; in tal senso P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 279.

[69] Cfr. F. D'AGOSTINO, *Diritto e eutanasia*, in *Bioetica*, 1999, 1, p. 105 sg.

diritto possa essere garantita da un collega non obiettore. Ed allora, non si potrebbe, comunque, parlare di dovere di uccidere incombente sul medico, quanto piuttosto – così come del resto succede per la richiesta di aborto – di "facoltà […] di potersi liberamente formare un proprio convincimento interiore circa l'atteggiamento da tenere nei casi in cui venisse richiesto di un *atto di eutanasia*"[70].

Come il consenso informato ha trasformato il rapporto medico/paziente e quindi la relazionalità fra i due soggetti, determinando l'eclissi del c.d. paternalismo basato sulla convinzione che altri potessero conoscere meglio gli interessi del paziente sapendo ciò che "è bene per lui meglio di lui"[71], il riconoscimento del *right to die*[72] comporterebbe un ulteriore ripensamento di tale relazionalità: questa verrebbe comunque salvaguardata limitando – anche per quanto si dirà più avanti nel testo – dalla volontà unidirezionale del malato (che non sarebbe imposta al medico, il quale potrebbe obiettare)[73], con la consapevolezza che "la tutela della medicina ha a che fare con l'integrità della vita, o almeno con la situazione nella quale essa sia ancora desiderabile"[74].

5. Vita biografica e limiti (legislativi) costituzionalmente ammissibili, anzi necessari per la legalizzazione dell'eutanasia.

Se, quindi, non si è dinanzi ad ostacoli insormontabili a che il trattamento eutanasico non si ponga in una posizione di incostituzionalità con le disposizioni che proteggono il diritto alla vita, bisogna procedere ancora con due *step*: in primo luogo 'agganciare' l'eutanasia ad un principio o ad un diritto costituzionale e, poi, porsi la domanda su quale sia il migliore bilanciamento possibile tra due o più beni costituzionali e su quale sia il compito dello Stato nelle scelte esistenziali di fine vita[75] (che, è bene ricordarlo, ha il dovere di rimuovere gli ostacoli che limitano il pieno sviluppo della persona umana *ex* art. 3 Cost.) e, quindi, anche del diritto in merito al fine vita.

I principi costituzionali dai quali può farsi derivare il 'diritto di scegliere in che modo e quando porre fine alla propria esistenza' sono presenti nell'intero tessuto normativo costituzionale. Bisogna partire proprio dall'art. 32 Cost. che, negando il dovere di cura, permette una interpretazione 'forte' del principio personalista[76], dell'autodeterminazione del paziente e del suo diritto di libertà *ex* art. 13 Cost. e, quindi, della sua libertà di coscienza[77].

---

[70] D. NERI, *La porta è sempre aperta? Osservazioni su dignità del morire, diritto ed etica medica*, in *Bioetica*, 1999, 1, p. 156 sg.; R.G. FREY, *Distinzioni*, cit., p. 41.

[71] R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia, e libertà individuale*, Edizioni di comunità, 1994, p. 266.

[72] Si sta parlando non tanto di un diritto a morire *tout court*, ma di un diritto a morire in modo dignitoso alla luce di stringenti prerequisiti (previsione di condizioni rigorose) alla richiesta, ma si v. avanti nel testo.

[73] D. NERI, *Eutanasia*, cit., p. 150 sg., per il quale il mandato eutanasico è sindacabile dal medico e tale possibilità assicura la relazionalità tra due soggetti considerati (anche dal diritto) di pari dignità. In tal modo – consentendo la pratica e non imponendola – si supererebbe il dovere di uccidere del medico, cfr. T. CHECCOLI, *Profili costituzionali dell'eutanasia*, cit., p. 313; *Considerazioni sul documento del CNB 'Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana'*, in *Bioetica*, 1997, 1, p. 36. Sulla relazionalità tra diritti e doveri si v. L. MILAZZO, *Il diritto di morire, preso sul serio*, in AAVV, *Pluralismo delle fonti*, cit., p. 67 sgg.

[74] H. JONAS, *Tecnica*, cit., p. 204 sg.

[75] S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit.

[76] Richiama l'art. 2 Cost. L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in AAVV, *Eutanasia e diritto*, cit., p. 89.

[77] C. TRIPODINA, *Il diritto*, cit., p. 255.

La valorizzazione del principio personalista e la tutela della persona umana, che secondo la propria libertà di coscienza *ex* art. 19 Cost. agisce in conformità al proprio credo 'laico' (alle proprie convinzioni)[78], sono vieppiù possibili se si prende in adeguata considerazione non tanto la vita biologica, quanto piuttosto quella biografica di un individuo: dal mero fluire del tempo, nel quale il corpo è inserito e quindi vive, al *senso* che il soggetto che vive nel tempo ha di sé e a ciò che vuole che di sé rimanga come vissuto e come espressione della propria dignità.
Tutte le norme costituzionali determinano che la persona sia posta al centro dell'ordinamento e che il principio personalista lo permei interamente[79]. La tutela di tale principio non consente la funzionalizzazione dell'uomo, non solo per scopi commerciali/mercantilistici ma anche per fini solidaristici e quindi collettivistici, garantendone, in tal modo, la dignità e rifuggendo il rischio di una sua ipostatizzazione statuale. In senso contrario, la autorevole posizione volta a sostenere che: "[c]on riguardo ai soggetti che versano in uno stato di particolare sofferenza, la solidarietà è, in primo luogo, della società verso il malato ma è pure – per quanto possa esser duro da digerire – dello stesso malato verso la società, ove si convenga a riguardo del fatto che tenersi in vita concorre – come si diceva – al progresso spirituale della società"[80].
Con riguardo a tale autorevolissima dottrina si può argomentare, però, che, così ragionando, si introdurrebbero surrettiziamente nell'ordinamento un dovere di vivere[81] (un obbligo di vivere coercibile) ed un dovere di agire verso un "ideale di eccellenza morale", che, con la forza coercitiva dello Stato 'paternalista'[82], statualizzerebbero la persona, sacrificandone in modo pieno l'autodeterminazione; la qual cosa non ci pare possa rientrare nella tutela dall'art. 2 Cost.[83]. Si arriverebbe a considerare il soggetto non più in quanto tale, ma in quanto oggetto, allo scopo di assicurare una qualche utilità verso la comunità di appartenenza.
Il principio di solidarietà può prevalere sul 'diritto su di sé' se l'esercizio di tale diritto comporta un danno sociale, un danno a terzi, ma ciò – come si andrà dicendo – non avviene nel caso dell'eutanasia. La crescita spirituale della società può essere imposta obbligando qualcuno ad

[78] *Ibid.* p. 255.
[79] Cfr., almeno, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in AAVV, *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura-A. Morelli, Giuffrè, 2015, p. 167 sgg.
[80] Così A. RUGGERI, *Dignità* versus *vita*, in *Riv. Aic*, 2011, 1, p. 12. Cfr., altresì, M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in AAVV, *Laicità*, cit., p. 165 sg. Rispetto alla tesi dell'autorevole autore riportata nel testo, si potrebbe obiettare che – non rilevando in uno Stato laico la concezione religiosamente orientata per cui la sofferenza non è mai inutile (in questo senso, invece, si v. A.R. VITALE, *L'eutanasia come problema biogiuridico*, Franco Angeli, 2017, p. 157 sgg.; *contra* AAVV, *Il dolore non necessario. Prospettive medico-sanitarie e culturali*, a cura di D. Gioffrè, Bollati Boringhieri, 2014) – non è affatto detto che una persona che non sia più in grado di vivere partecipi a far progredire la società verso quel fine tanto nobile, quanto non scontato. Anzi, una vita vissuta contro il volere del 'disponente' può procurare un arretramento di quel progresso "spirituale" cui la Carta costituzionale tende.
[81] G. MOSCHELLA, *Del diritto alla vita, delle dichiarazioni anticipate di trattamento e del fine vita*, in *Rev. facul. cien. jur.*, 2009-2010, 14/15, p. 154.
[82] Saremmo dinanzi ad uno Stato etico che procederebbe alla 'pubblicizzazione' del corpo.
[83] *Contra* l'argomento perfezionista, per tutti, G. MANIACI, *Esercizio di confutazione*, cit., p. 253 sgg. *Contra* le istanze collettivistiche prevalenti sui singoli diritti, per tutti, F. GIUNTA, *Diritto di morire*, cit., pp. 110 e 115 sgg.; J.A. MARIN GAMEZ, *Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1998, 54, p. 109.

essere coraggioso e a non avere, quindi, paura della vita pur se insopportabile? Si può educare (con il divieto penale) ad essere coraggiosi?[84].

Tornando alla riflessione sulla diversa aggettivazione della vita, che può aprire ad un maggior riconoscimento dei diritti da un punto di vista giuridico, questa è stata determinata anche dal maggior peso (in alcuni casi si può parlare di vera e propria 'invadenza') che la tecnica[85] ha prodotto sulla vita biologica (consentendone l'allungamento anche in situazione di cronicità di malattia grave), ma anche sulla vita biografica.

Parlare di vita biologica significa guardare al corpo in sé, con un inizio ed una fine scanditi in modo temporale, naturalmente e, al giorno d'oggi, anche artificialmente ('tenere il corpo in vita collegato ad una macchina'); da questo punto di osservazione, ogni fase della vita ha una dignità in sé e, quindi, l'intera vita è degna di essere vissuta perché intrinsecamente degna e costituisce oggetto di tutela (c.d. dimensione oggettiva della dignità)[86].

Per vita biografica, invece, si intende l'insieme delle relazioni, delle affettività, di ciò che la vita *vissuta*[87] ha consegnato al soggetto rendendolo *unico*, in quanto essere pensante, in quanto persona e non *solo* animale, in quanto testimone di sentimenti, progetti, relazioni, esperienze, che specificano la vita come propriamente umana, in quanto frutto della propria storia; da questo differente punto di osservazione (c.d. dimensione soggettiva della dignità)[88], la vita è degna o non

---

[84] G. MANIACI, *Esercizio di confutazione*, cit., p. 253. In argomento anche M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 31 sgg.

[85] C. TRIPODINA, *Eutanasia, diritto, Costituzione nell'età della tecnica*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1, p. 129. Perplessità in G. RAZZANO, *Dignità*, cit., p. XVIII.

[86] A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 3, p. 343 sgg.; ID., *Le dichiarazioni di fine vita*, cit., p. 1 sgg.; ID., *Il testamento biologico*, cit., p. 307 sgg.; ID., *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in *www.dirittifondamentali.it*, p. 1 sgg. Fra i più recenti scritti dell'autorevole autore si rinvia ad A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come 'sistema' (notazioni di metodo)*, in AAVV, *Diritti sociali e crisi. Problemi e prospettive*, a cura di S. Gambino, Giappichelli, 2016, p. 25; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti*, cit., p. 391 segg. Cfr. anche G. RAZZANO, *Dignità*, cit., p. 9 sgg.; F.D. BUSNELLI, *Vicende di fine vita*, in AAVV, *Diritto alla salute e alla 'vita buona' nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, a cura di E. Stradella, Plus, 2011, p. 126; G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. Dir.*, 2003, 1, p. 59; A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, pp. 269-296; G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, V. PACILLO, *"Rovescio della dignità" e dignità del diritto*, entrambi in *Rag. prat.*, 2012, 38, p. 75 e p. 148.

[87] Con l'appartenenza, il riconoscimento e il confronto, del resto, si genera l'individuo; cfr. C. SINI, *cit.*, p. 37 sgg. Cfr., altresì, G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, in AAVV, *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, 2016, p. 2642.

[88] "Una estrema e inaccettabile soggettivizzazione della dignità? Una iperindividualizzazione, la negazione di ogni legame sociale, un sostanziale isolamento della persona? […No, v'è bisogno che si facciano emergere] le varie dimensioni della dignità, considerando in primo luogo le decisioni che la persona può prendere. Se queste esauriscono i loro effetti nella sfera dell'interessato, il diritto all'autodeterminazione è destinato a prevalere, senza la possibilità di sovrapporgli un'*ordre morale institutionnel* […, se,] invece, le decisioni interferiscono nell'altrui sfera dell'umano, allora deve prevalere il rispetto dell'altro, che fa emergere propriamente l'aspetto relazionale della dignità", così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 195. "La dignità sociale voluta dalla Costituzione consente di andare oltre la contrapposizione tra dignità soggettiva e oggettiva", così ancora S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, 2013, p. 29. Il rispetto della dignità serve, altresì, al corretto manifestarsi dell'autonomia (dell'identità per P. ZATTI, *Note sulla 'semantica della dignità',* in AAVV, *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, a cura di E. Furlan,

degna di essere vissuta e tale apprezzamento autoreferenziale dipende esclusivamente da chi conduce quella particolare e concreta *vita vissuta*.

La *dignità* è ciò che la persona, nella sua irrimediabile singolarità ed irriducibile autonomia, decide che sia e si basa sulla rappresentazione che si ha di sé stessi e, quindi, sul principio costituzionale della libertà[89].

La dignità, impiegata per "rafforzare"[90] i beni personalistici, riesce a "giustificare gli sviluppi interpretativi di situazioni giuridiche di vantaggio, all'esito di sollecitazioni provocate da una progressiva evoluzione delle conoscenze umane riguardo agli svolgimenti (dalla nascita alla morte) dell'esistenza umana"[91].

Franco Angeli, 2009, p. 108), che non può che essere libera; per questo, è proprio il rispetto della dignità che esclude le forme di eutanasia che non sia quella volontaria, P. VERONESI, *La dignidad humana: una idea aparentemente clara*, in AAVV, *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, a cura di R. Chueca Rodríquez, 2015, p. 164. Quindi, le due dimensioni del principio (quella soggettiva ed oggettiva) coesistono, in tal senso G. RESTA, *La dignità*, in AAVV, *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., p. 269; G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Rag. Prat.*, 2012, 38, p. 220; N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle corti italiane*, in *Riv. Aic*, 2011, 1, p. 3. Una dimensione soggettiva della dignità, d'altra parte, ne permette un impiego proficuo per risolvere le scelte esistenziali del fine vita, perché riesce ad esaltare la persona nella sua reale concretezza: "[c]ertamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute. [… Il diritto alla salute] implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire", Cass. civ., sent. n. 21748/2007. In tema, altresì, G. MARINI, *Il consenso*, in AAVV, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà-M. Tallacchini, *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, 2010, p. 394; A. RIDOLFI, *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, in *Pol. dir.*, 2011, 3, p. 638 sgg. Sulla questione de la dignità operi come "obbligo" ovvero come "diritto", G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Carocci, 2017, p. 23.

[89] Tale paradigma costituzionale dà contenuto al paradigma della dignità, in tal modo si rifugge dall'ambiguità insista nel concetto di dignità, cfr. M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in AAVV, *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, III, Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Jovene, 2009, p. 1064. Sul possibile bilanciamento della dignità (dell'embrione) alcune recenti (e molto discusse) decisioni di inammissibilità della Corte: "l'embrione, 'quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico"; e sulla base della considerazione per cui "il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, *non trova […] giustificazione*, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista'", vale a dire che potrebbe trovarle con altri beni costituzionali meritevoli di tutela. Cfr. sentt. 84/2016 e 229/2015; in dottrina, almeno, il *Focus* pubblicato sul n. 2 del 2016 della *Rivista di Biodiritto*. La stessa *Rivista*, al numero 2 del 2017 ha dedicato un numero monografico su *Human Dignity*.

[90] L. CHIEFFI, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, in *Rass. Dir. pubbl. eur.*, a cura di Id., 2013, 1, p. 6. Cfr., altresì, F.F. SEGADO, *La dignidad de la personal en el ordenamiento constitucional español*, in *Rev. Vasc. Adm. Públ.*, 1995, 43, p. 49 sgg.; G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in AAVV, *La tutela della dignità dell'uomo*, a cura di E. Ceccherini, Editoriale Scientifica, 2008, p. 73 sgg.

[91] "Nel riaffermare la naturalità dell'evento morte, cui potrebbero interferire le più moderne applicazioni della medicina rianimatoria, il ricorso alla dignità consentirà di dare sostegno ad impulso proprio alla valorizzazione dell'autonomia individuale", *Ibid.* p. 8.

Sui pubblici poteri ricade l'obbligo di proteggere la vita dagli attacchi *degli altri* e non certo il disconoscimento dell'autonomia e della dignità di sé, tranne se – e si badi bene – ciò non comporti conseguenze negative e dirette *sugli altri*. Il soggetto attivo dell'atto eutanasico (che è un medico)[92] commetterebbe, quindi, un atto che non è antigiuridico, perché è mosso dalla volontà non di uccidere un altro uomo (omicidio), ma di dar seguito alla richiesta di una morte indolore e prematura rispetto ad una fine certa, dolorosa e assunta come indegna.

Centrale è dunque la differenza tra vita biologica (etica della sacralità della vita, vita umana) e vita biografica (etica della qualità della vita, persona)[93]: la prima è priva di autocoscienza, che è la dimensione umana del dare senso alla vita, propria della seconda; la differenza tra vita biografica e vita biologica è quella tra "*avere una vita* e semplicemente *essere vivi*"[94].

Solo accedendo a questa dicotomia ed accettando la categoria della vita biografica come espressione del principio di autonomia personale, il richiamo al paradigma della dignità può essere positivamente utilizzato[95] per risolvere le questioni complesse di cui si sta discutendo[96]. Solo così, del resto, si può giuridicamente comprendere come sia possibile che due persone che vivano una medesima condizione di malattia possano giungere a due conclusioni completamente opposte: per una la condizione di vita è dignitosa, per un'altra non lo è. Ed entrambe le posizioni, per il rispetto della dignità, devono essere tutelate[97]. La scelta di vita di un determinato soggetto, chiaramente, non può essere assunta a modello di dignità per altre e diverse persone che pur vivono la medesima situazione.

Far prevalere la visione oggettiva (deontica) della dignità avrebbe la conseguenza di non tutelare le aspettative di tutti coloro che cercano di trovare una risposta dallo (e nell') ordinamento

---

[92] E solo a lui, in quanto unico professionista che può, attraverso le sue informazioni, mettere nelle condizioni il paziente di prendere una decisione che si basa sul consenso libero ed informato. Siamo, d'altronde, dinanzi ad un trattamento sanitario.

[93] D. NERI, *Autonomia e dignità alla fine della vita*, in *Notiz. Pol.*, 2017, 125, p. 117; M. MORI, *L'etica della qualità della vita e la natura della bioetica*, in *Riv. filosof.*, 2001, 1, p. 170; C. TRIPODINA, *Il diritto*, cit., p. 204; G. GEMMA, *Vita*, cit., p. 673 sg. La differenza, più in generale, è precipitato della dicotomia tra bioetica laica e cattolica, su di essa si v., per tutti G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Mondadori, 2009, p. 1 sgg.

[94] J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Sonda, 1989, p. 11, corsivi dell'A. Cfr., anche se in modo non del tutto identico alla definizione data nel testo, M. MORI, *Biodiritto e pluralismo dei valori*, in AAVV, *Ambito*, cit., p. 451, per il quale la vita biologica è "priva di stati mentali o percettivi".

[95] Sull'essere la dignità un concetto altamente indeterminato, vago, controverso, per non dire ambiguo ed intrinsecamente incerto, G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore*, cit., p. 221; tale A. definisce la dignità dell'uomo, ma anche la sacralità della vita umana, come argomenti, addotti in favore del paternalismo, che contengono una *petitio principii* ovvero sono "razionalmente insufficienti, in quanto parassitari", in quanto concetti "affetti da grave indeterminatezza", p. 211. Si v. anche G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia: non c'è antitesi. Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2016, 1, p. 262; V. POCAR, *Dignità e non-dignità dell'uomo*, in *Rag. prat.*, 2012, 1, p. 120; G. CRICENTI, *Il principio di dignità umana nella prospettiva del biodiritto*, in *Bioetica*, 2011, 2, pp. 191-210; F. BELVISI, *Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico*, in *Rag. prat.*, 2012, 38, p. 170 sgg.

[96] Sullo stretto rapporto tra dignità e biodiritto si v., almeno, G. ARRUEGO RODRÍQUEZ, *El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación biojuridica*, in AAVV, *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, a cura di R. Chueca Rodríquez, 2015, p. 415 sgg.; R. ANDORNO, *Dignidad humana (jurídico)*, in AAVV, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, diretta da Id., Comares, 2011, cit., pp. 658-663; G. RESTA, *La dignità*, cit., p. 263.

[97] Cfr. G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. Cost.*, 2008, 2, p. 381.

giuridico ad un malessere considerato invivibile e che limita in modo drammatico la propria libertà di coscienza, il rispetto della propria autonomia nel proprio benessere fisico-psicologico.
La tutela della dignità – per come si sta dicendo – comporta sia un dovere di condotta valevole nei rapporti "del sé con l'altro"[98] (essa tutela da aggressioni di terzi, da pratiche degradanti, quali la schiavitù, la tortura, l'oppressione, …), sia una protezione della libertà, cioè "del rapporto di sé con se stesso"[99].
Dunque – e in conclusione – da un punto di vista giuridico è il rispetto del principio di autonomia ribadito e vieppiù tutelato nella dignità[100] che, solo, riesce ad attribuire senso alla vita biografica rendendo del tutto lecita, perché costituzionalmente conforme, l'eutanasia.
Fermarsi a questa affermazione significherebbe creare un'intollerabile torsione a favore dell'autonomia del soggetto[101], svilendo in modo eccessivo e, quindi, irragionevole perché assoluto, il principio della protezione della vita la cui tutela è compito dello Stato assicurare; è necessario, pertanto, bilanciare[102].
La tutela della vita[103], come pure la stessa dignità umana – ed in particolare la protezione dei soggetti più deboli e vulnerabili – si assicura proprio garantendo che ogni persona possa sì esprimersi attraverso la propria autodeterminazione, ma sempre nel rispetto di determinati limiti anche quando non si interferisca in sfere giuridiche altrui; d'altronde, in uno Stato costituzionale nessun diritto è da considerarsi esente da limiti, e ciò per scongiurare la tirannia dei valori.
La ragionevolezza della previsione di limiti all'autodeterminazione[104] si fonda sull'assunto che seppure "ogni persona ha il diritto di prendere da sola decisioni personali importanti [, …] le persone possono fare scelte di tale portata in modo impulsivo o spinte dalla depressione"[105].
Per assicurare che l'autonomia del richiedente l'eutanasia si esprima nel modo più pieno e libero (*id est*, per assicurare che il consenso sia realmente informato e libero) ed affinché lo Stato possa adempiere al compito di tutelare il soggetto anche contro se stesso[106] (nel senso costituzionale del

---

[98] G. CRICENTI, *Il principio di dignità umana*, cit., p. 202. "Quello che dovrebbe essere sottolineato in modo fermo è che sono equiparati alcuni fra la resa di libertà per consentire di essere manipolati da altri [si fa l'esempio della schiavitù volontaria] e l'eutanasia. È come confondere la soppressione di un bene, qual è la libertà, con la soppressione volontaria di un male, qual è la sofferenza. Sono posizioni completamente opposte che si prova a rendere identiche, quando, in realtà, non hanno nulla in comune", così J. SÁDABA, *Eutanasia y Ética*, in *Rev. Bioét. Der.*, 2006, 8, p. 5.
[99] G. CRICENTI, *Il principio di dignità umana*, cit., p. 203. Si v. anche G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, cit., p. 2644.
[100] Sullo stretto rapporto tra diritti e dignità si rinvia, per tutti, a U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, 2009.
[101] Non potendosi in nessun modo avanzare una pretesa di un *in*aggettivato diritto di morire.
[102] C. TRIPODINA, *Il diritto*, cit., p. 252. D. NERI, *Eutanasia*, cit., p. 66.
[103] S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 719.
[104] Cfr. *infra* il § 5. Quanto s sta dicendo nel teso si spera che possa superare le obiezioni formulate dalla più autorevole dottrina costituzionalistica, per la quale quando si discorre di autodeterminazione (e la si fa coincidere con la dignità), a rigor di logica, l'autonomia non potrebbe essere costretta in limiti: A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti*, cit., p. 393.
[105] R. DWORKIN, *Introduzione*, cit., p. 1; continuando la citazione: "[g]li stati possono impedire il suicidio assistito di coloro i quali – presumibilmente – saranno in seguito grati che sia stato loro impedito di morire".
[106] Per limitarci ad un solo esempio, si pensi al paziente che crede (ingiustificatamente) che non vi siano alternative alla sua situazione di malessere per sfuggire alla quale chiede l'eutanasia (non prende in considerazione questa precisazione metodologica M. PALMARO, *Eutanasia: diritto o delitto? Il conflitto tra i principi di autonomia e indisponibilità della vita umana*, Giappichelli, 2012, pp. 59 sgg.) Nel ricordare

termine, ovverosia per la tutela piena della sua autodeterminazione), è necessario che il ricorso all'eutanasia sia limitato[107] e rigidamente circoscritto[108].
Dunque, alla discrezionalità del legislatore – pur sempre ragionevole – bisogna riservare i casi, i presupposti e le modalità di accertamento della validità della domanda di eutanasia; solo così facendo, del resto, la legge sull'eutanasia (qualora prevista) sarà 'costituzionalmente conforme' (perché ragionevole), essendo a disposizione *solo* dei malati incurabili – condannati a sofferenze atroci tali, per chi le subisce, da far eventualmente considerare il prolungamento della vita come non degna d'essere ulteriormente vissuta – e che possano dimostrare che la decisione estrema è stata presa spontaneamente e in assenza di qualsiasi coercizione.
A queste persone, riconosciute come soggetti non vulnerabili, deve essere riconosciuto il diritto a morire, nella consapevolezza che l'eutanasia non è "una scelta fra la vita e la morte, né una scelta della morte contro la vita, ma una scelta tra due modi di morire"[109]. Così intesa, infatti, la domanda di eutanasia è ammessa quando la malattia è incurabile ed irreversibile, per cui essa è finalizzata (solo ed esclusivamente) ad anticipare il tempo *segnato* di una morte certa: più propriamente, quindi, l'aiuto apprestato non è tanto *alla* morte, ma *nella* morte[110].

---

che nell'ordinamento italiano l'eutanasia manca di una disciplina specifica, analizzando le fasi ultime della vita nelle quali la persona sofferente può decidere di porre fine alla propria esistenza, si fa riferimento congiuntamente alle due fattispecie dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente, anche se diverse e distinte devono rimanere le due ipotesi di illecito penale. Infatti, l'aiuto al suicidio riguarda la circostanza per cui la morte è conseguenza di un atto suicida pur se commesso con l'aiuto di un terzo soggetto, non essendo, la persona interessata, nelle condizioni di compierlo autonomamente. L'aiuto richiesto, quindi, è propedeutico alla realizzazione dell''ultimo' gesto, che è comunque compiuto dal suicida. L'assunzione di una dose letale mediante auto-iniezione, da parte di un malato terminale, di un farmaco prescritto ed indicato nella dovuta posologia da un medico comporta che quest'ultimo aiuti al suicidio senza commettere alcun omicidio, come sarebbe nell'ipotesi in cui l'iniezione del farmaco letale fosse effettuata dal medico stesso su richiesta del malato. In questa seconda ipotesi, la morte del paziente sarebbe diretta conseguenza dell'azione del medico e rientrerebbe nella seconda fattispecie di reato penale, vale a dire l'omicidio del consenziente. Le ipotesi, quindi, divergono guardando al soggetto che per ultimo agisce per procurare la morte propria (aiuto al suicidio) o altrui (eutanasia diretta attiva). Non si vogliono con ciò eliminare o sottacere le differenze giuridiche che sono e rimangono rilevanti tra le due fattispecie tanto che in diversi Stati è legalizzato solo il suicidio assistito e non già l'eutanasia attiva diretta, si pensi a quanto avviene nell'Oregon e a Washington. La decisione di rendere lecita un'azione e non anche l'altra si fonda sulla convinzione che così facendo si limiti al massimo il rischio di abusi (ci si riferisce alla teoria del 'pendio scivoloso').

[107] Ritorna nuovamente la richiamata 'rilevanza' oltre che mera opportunità di un intervento legislativo costitutivo di una regolazione che riconosca un nuovo diritto anziché l'intervento demolitorio da parte dell'organo della giurisdizione costituzionale.

[108] La specificazione non è di secondo rilievo perché esclude tutti i casi di c.d. eutanasia eugenetica, di puro pietismo (di certo interesse è la recente sentenza Cass. Pen., sez. I, 31 marzo 2016 n. 12928) o di quella dovuta a motivazioni economiche: si esclude, id est, l'eutanasia non volontaria o senza richiesta.

[109] Così J. POHIER, *La morte opportuna. I diritti dei viventi sulla fine della loro vita*, Avverbi, 2004, p. 118. Si v., anche, Michel Eyquem de Montaigne che nell'*Essai*, Libro II, Capitolo III *Usanza dell'Isola di Ceo*, ricorda l'espressine greca εὔλογον ἐξαγωγήν, ovverosia "uscita ragionevole", cfr., quindi, MICHEL DE MONTAIGNE, *Saggi*, a cura di F. Garavini-A. Tournon, Bompiani, 2015, p. 318. Si v. altresì F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *L'autonomia presa sul serio*, cit., p. 30. Cfr., anche, I. HEATH, *Modi di morire*, Bollati Boringhieri, 2009, p. 13 sgg.

[110] "[N]on si tratterebbe di una mera uccisione su richiesta bensì di una speciale autorizzazione rilasciata in casi-limite", così appunta S. SEMINARA, *cit.*, p. 720.

In ultimo, con riguardo alle modalità di accertamento della validità della richiesta, la legge dovrebbe prevedere la corretta informazione fornita al paziente sulla situazione attuale della malattia e sulla evoluzione della stessa; la dichiarazione in forma scritta e redatta personalmente o, qualora l'invalidità della malattia non lo consenta, da persona incaricata e di fiducia senza alcun interesse materiale al decesso; la mancanza o meno di altre ragionevoli soluzioni; l'assenza di moventi economici da parte delle persone 'interessate'; la verifica della fondatezza scientifica della valutazione medica; la possibilità di obiezione da parte del medico.
A questo punto si può anche affermare che – per le cose finora dette – non deve essere la pietà a muovere il medico (o i familiari), ma, piuttosto, il rispetto del principio di autodeterminazione dell'individuo. Infatti, è proprio intorno alla ricerca della più libera espressione dell'autodeterminazione del paziente – della sua autonoma valutazione – che si rendono ragionevoli i limiti[111] alle richieste di eutanasia per dar seguito alla fine di una vita non più degna di essere vissuta, conformemente al proprio progetto di vita.

6. Sull'(in)esistenza giuridica del 'pendio scivoloso'.

Avanzata la ragionevolezza di una disciplina dell'eutanasia, non si vuole certo sfuggire dall'affrontare le argomentazioni che sovente vengono addotte per opporsi alla sua legalizzazione. Si vuole fin da subito chiarire che queste hanno una valenza non prettamente giuridica, ma piuttosto politico-sociale, ma è proprio nel diritto che si può trovare la risposta alle inquietudini che le muovono.
Quasi sicuramente l'argomento principe impiegato da sempre e che continua a costituire il più pregnante ostacolo (soprattutto sul piano sociale) all'introduzione legale negli ordinamenti giuridici del diritto all'eutanasia è quello dello *slippery slope*, vale a dire della "scivolosa china" dei "passi successivi"[112], detta anche del "piano inclinato"[113] o della "strage degli innocenti"[114].
Si è dinanzi a quel fenomeno (*rectius* argomento) per cui "una volta che si sia concesso qualcosa, che in ipotesi è una situazione desiderabile o moralmente accettabile, vi sono buone ragioni per temere che si scivolerà verso qualcos'altro, che è invece unanimemente considerato come una situazione indesiderabile o moralmente inaccettabile. Se ciò è vero, nulla deve essere concesso"[115].
Intanto si deve ribadire che l'eutanasia, intesa come qualsiasi atto compiuto da un medico per porre fine alla vita di una persona, che si trova in una situazione fisica o psichica ritenuta dalla

[111] Così come in tutti i modelli (solo) a *tendenza* permissiva. Per tale costruzione dottrinaria si rinvia – come è noto – a C. CASONATO; fra i suoi molti contributi si v. la ricostruzione critica offerta in *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, Atti del seminario di studio 'Il consenso informato' tenutosi a Palazzo della Consulta il 6 luglio 2009 e reperibile sul sito telematico *www.cortecostituzionale.it*, p. 15.
[112] F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici*, cit., p. 455; L. CORNACCHIA, Placing care. *Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 263 s.; G.M. FLICK, *Dovere di vivere*, cit., p. 11; ID., *Elogio della dignità*, cit., p. 126; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 230 sgg.
[113] R.G. FREY, *Il timore della 'china scivolosa'*, S. BOK, *Eutanasia*, entrambi in G. DWORKIN-R.G. FREY-S. BOK, *Eutanasia e suicidio assistito*, Einaudi, 2001, p. 52 sgg. E p. 143; R. DWORKIN, *Il dominio*, cit., p. 263; D. NERI, *Eutanasia*, cit., p. 157.
[114] Per una efficace critica, si v. anche G. MANIACI, *Eutanasia e suicidio assistito*, in AAVV, *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, a cura di F. Poggi, Carocci, 2013, p. 166 sgg.
[115] C. TRIPODINA, *Il diritto*, cit., p. 180.

stessa intollerabile, se intesa in senso assoluto, vale a dire senza limiti, sarebbe da considerarsi intrinsecamente incostituzionale, perché contraria alla tutela del bene vita.
Ciò di cui si sta discernendo, dunque, non è di un vero e proprio diritto alla morte illimitato ed assoluto, quanto piuttosto di una legalizzazione dell'omicidio del consenziente [116], con apposizione di limiti.
Aprire ad una forma di eutanasia seppur controllata, così come si sta ipotizzando, comporterebbe comunque – a dire di molti – un allargamento delle ipotesi in cui sarebbe possibile richiederla, perché sarebbero astrattamente non limitabili le fattispecie interessate dal movente pietistico[117].
È sufficiente, in risposta a tale posizione, richiamare quanto già detto con riguardo alla perdita di rilevanza di tale movente a seguito del riconoscimento di un diritto che si fonda sul pieno rispetto dell'autonomia e che chiede solo di essere effettivo, non abbisognando di alcun sentimento di pietà da parte di nessuno.
La (libera) richiesta e il (libero) consenso ad essa[118] superano anche quell'argomento per cui si trasformerebbe in modo radicale il ruolo del (e la fiducia verso il) medico, che verrebbe meno al suo dovere ippocratico di cura del malato[119].

---

[116] Lo stesso vale, chiaramente, per l'aiuto al suicidio.
[117] La mera possibilità di avere delle conseguenze negative dalla legalizzazione dell'eutanasia non costituisce ragione sufficiente per proibire una pratica che si considera servente la tutela di persone che chiedono – come espressione di autonomia individuale – legittimamente la fine delle proprie sofferenze, attraverso pratiche che producono ricadute solo sulla propria persona e senza procurare pericolo alcuno per altri o più in generale per la società. Non paiono, quindi, dirimenti quelle tesi – sempre rientranti nel rischio del pendio scivoloso – che affermano che una volta ammessa la pratica della eutanasia *volontaria* il passo successivo è quello di legalizzare altre pratiche eutanasiche moralmente meno corrette. In secondo luogo, una volta ammessa la pratica dell'eutanasia volontaria altro non significherebbe che preparare il terreno per l'accettazione di altri tipi di eutanasia moralmente meno accettabili all'inizio ma che l'assuefazione alla 'richiesta di morte' rende *de plano* accettabili. A noi pare, invece, che non esiste alcun passo "logico" (I. ÁLVAREZ GÁLVEZ, *La eutanasia voluntaria autónoma*, Dykinson, 2002, p. 128) che porta da un riconoscimento di una pratica eutanasica ad un'altra e che l'incapacità della società di distinguere le varie pratiche non sia *per definitionem* inevitabile, se non proprio rappresenti una credenza o una mera "supposizione" (J. RACHELS, *cit.*, p. 173) dell'irrimediabilità. Nel nostro senso anche D. NERI, *Eutanasia*, cit., p. 117, al quale si rimanda per una serrata critica al "grano di verità dell'argomento del piano inclinato", che viene comunque riconosciuto dallo stesso J. RACHELS, *cit.*, p. 187 sg.
[118] *Contra*, sulla possibilità che il pendio scivoli verso un sistema in cui il consenso possa 'scadere' a presupposto non più necessario e determinante per la legittimità della richiesta eutanasica, cfr. A. D'ALOIA, '*Diritto' e 'diritti' di fronte alla morte. Ipotesi ed interrogativi intorno alla regolazione normativa dei comportamenti eutanasici*, in AAVV, *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit., p. 202.
[119] Per l'interpretazione nel testo rifiutata si v. G. RAZZANO, *Dignità*, cit., p. 107. Basti ricordare che nel giuramento di Ippocrate è richiamato anche il dovere di non somministrare "a nessuna donna […] un medicinale abortivo"; ricordato ciò, bisogna similmente ricordare che l'aborto "è diventato una pratica medica riconosciuta e non sembra che ciò abbia corrotto l'essenza della professione", così D. NERI, *Eutanasia*, cit., p. 121. Cfr., anche, J. RACHELS, *cit.*, p. 130. L'obiettivo della scienza medica dovrebbe essere l'essere umano soprattutto quando è sano e non sempre (e solo quando è) malato, e non solo la (singola) malattia. Al di là dell'insegnamento ippocratico, dunque, il medico dovrebbe aiutare il paziente a migliorare la propria qualità della vita e non accanirsi nella lotta contro la malattia, quasi analizzata autonomamente e spontaneamente dalla totalità della persona. La malattia viene affidata al medico "dove sottesa non c'è una riflessione sulla vita in generale, ma solo una riflessione sulla malattia come entità clinica che ha un 'decorso', un 'esito', ma mai un 'senso'", così U. GALIMBERTI, *Paesaggi dell'anima*, Feltrinelli, 1996, p. 207, al quale si rinvia per le lucide pagine scritte in cui si dimostra come 'il medico', ridotto l'uomo ad organismo e non più a corpo, conoscendo solo il linguaggio tecnico-universale, ignora l'individualità del corpo biografico, ridotto ad organismo di osservazione e cura, ma il corpo non è solo

Con riguardo alla generale perdita di fiducia nel medico[120] (e più in generale nella professione medica) conseguente all'introduzione della pratica eutanasica, la controdeduzione forse semplicistica, ma immediata, è che più che scemare la fiducia dovrebbe piuttosto aumentare, perché i pazienti non guarderebbero più al medico (e più in generale alla struttura ospedaliera) come a chi ha il potere di limitare l'autonomia e la responsabilità sul proprio corpo, inducendo l'angoscia di perderne il controllo. Inoltre, il medico non interverrebbe *sua sponte*, ma si 'limiterebbe' a dar seguito a precise richieste provenienti da pazienti che si affidano a lui per mitigare (*rectius* annullare) le proprie sofferenze e che potrebbero avanzare una richiesta possibile, riconosciuta e quindi del tutto legittima, alla quale è doveroso dare una risposta[121].
Questa 'nuova' fiducia nel medico, inoltre, favorirebbe la fine di quella 'tragica scelta' – a cui sono costretti coloro che non possono chiedere assistenza medica per morire – fra l'atto del suicidio – con tutta la sofferenza fisica e mentale, comunque straziante, che un tale gesto può significare (quando ancora se ne hanno le capacità fisiche) – e il permanere delle sofferenze fino a quando la morte naturale porrà fine ad una vita considerata non degna d'essere vissuta.
La relazionalità che si deve tutelare non è certo quella che comporta l'eliminazione totale di una peculiare espressione di autonomia, che consiste nel chiedere, in particolari condizioni, la fine delle proprie sofferenze per non essere costretti ad una vita 'qualitativamente' ritenuta inaccettabile per sé, anche se non per altri (rappresentanti di una maggioranza di cui è espressione la legge). Con la richiesta di eutanasia, il paziente continua a rivolgersi al medico[122] proprio per essere aiutato a porre fine ad una condizione patologica che non conosce cura né miglioramenti di vita: al centro della professione medica rimane il bene del paziente che, in casi limite, può comportare il dare corso alla richiesta massima di autonomia per porre fine alle proprie sofferenze. Da questa prospettiva, bisognerebbe parlare non tanto di dovere di uccidere, quanto piuttosto di dovere di aiutare un soggetto a dar corso al suo diritto di coscienza e quindi al libero sviluppo

mero organismo parcellizzato, pp. 205-212. Cfr., anche, G. MANIACI, *Esercizio di confutazione*, cit., p. 248 sgg.

[120] In fin dei conti già quattro secoli fa si scriveva "che dovere del medico non sia solo di ristabilire la salute, ma anche di alleviare sofferenze e dolori, e non solo quando tale sollievo può condurre alla guarigione, ma anche quando può servire a un sereno e facile trapasso", così F. BACONE, *La dignità e il progresso del sapere divino ed umano*, in *Scritti filosofici*, a cura di P. Rossi, II, Utet, 1975, p. 248.

[121] Si permetta la citazione lunga di quanto scritto da chi ha cercato e non trovato la fiducia nell'amministrazione sanitaria a riprova di come le cose che nel testo si vanno dicendo non sono del tutto slegate dalla realtà. "Se un medico vi dicesse: '[l]ei ha una malattia incurabile e le resta poco da vivere, però noi potremmo farle un buco in pancia (gastrostomia) per poterla alimentare, poi le praticheremo un foro nel collo (tracheotomia) per permetterle di respirare, le introdurremo un tubicino nell'uretra (catetere vescicale) per consentirle di urinare, un'infermiera le svuoterà giornalmente l'intestino; naturalmente dovremo sottoporla a forti terapie antibiotiche per contenere le infezioni causate dai tubi e inevitabilmente dovrà sopportare i decubiti, piaghe dolorose che corrodono la carne fino all'osso. Però lei potrà vivere anche un anno o più!'. E se un medico vi dicesse: '[l]ei ha una malattia incurabile e le resta poco da vivere, però noi potremmo ridurre le sue sofferenze al minimo e, su sua richiesta, procurarle una morte indolore, purtroppo la scienza ha i suoi limiti'. Da quale medico vorreste essere curati?", così P. WELBY, *Lasciatemi morire*, Rizzoli, 2006, p. 18.

[122] "Sull'ampliamento delle finalità della medicina", cfr. F. MARIN, *Bioetica di fine vita. La distinzione tra uccidere e lasciar morire*, Orthotes, 2017, pp. 122-140.

della sua personalità e quindi alla sua libertà: si è dinanzi ad un 'dovere' di aiutare a morire[123] di morte *serena*, di morte *opportuna*.
La morte è servente la richiesta consapevole e responsabile della fine della sofferenza inguaribile; ecco cos'è, in estrema sintesi, l'eutanasia volontaria attiva (l'eutanasia senza aggettivazioni).
Si è così dinanzi all'ultima tappa di quel processo di *secolarizzazione* del giuramento ippocratico che porterebbe alla definitiva scomparsa del paternalismo medico (*rectius* statale) dinanzi ad un soggetto capace e che aprirebbe nuove prospettive nella relazione medico/paziente.
Quale dovrebbe essere allora il ruolo del diritto se non quello di limitare al massimo gli abusi (pendio scivoloso) nell'attuazione di una legge? Questo è il primo compito della regolazione giuridica: creare e statuire l'ordine sociale[124] e far sì che il fisiologico non 'scivoli' e si trasformi in patologico. Inoltre, non può essere la paura (per definizione irrazionale)[125] o una visione allo stato dei fatti *astratta*, concentrata sul futuribile, a limitare l'*insaziabilità* dei diritti[126], dei quali quello dell'autonomia nel campo del biodiritto è sicuramente rilevante.
Ciò che bisogna assicurare, quindi, è che il soggetto abbia la *capacità* di decidere in modo volontario per il suo bene, secondo la definizione che ne darà e che non può essere eterodiretta; si è, quindi, dinanzi a quello che sarà da qui a poco definito come paternalismo debole, blando, *soft*.

7. Per un paternalismo debole ovvero per un antipaternalismo moderato.

Tra le basi fondanti del costituzionalismo vi è il (giusto) contemperamento tra libertà e autorità. La relazione che regge tale rapporto si snoda – secondo uno dei massimi teorici della dottrina liberale – sul principio generale per cui "l'umanità è giustificata, individualmente o

---

[123] "Se si parte dal riconoscimento dell'autonomia come valore morale supremo, come requisito della piena umanità del soggetto, possono sussistere buone ragioni morali per soddisfare questa esigenza, quando si produca all'interno di una situazione tragica come quelle di cui si sta trattando, e quando tale richiesta rappresenti un bene per il soggetto", così F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *cit.*, p. 227.

[124] Sulla pretesa regolativa del diritto si v., almeno, M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in AAVV, *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del Seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, 2006, p. 620.

[125] In tal senso, invece, A.Mª. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia*, cit., p. 256. E sinceramente dettata dall'irrazionalità è la tesi della mera possibilità di ricorrere in errore da parte del medico nella valutazione della malattia, per incentivare il discorso sul pendio scivoloso, in quanto si arriva a negare in forma assoluta la procedimentalizzazione della domanda per l'eutanasia su una mera ipotesi. "Per disgrazia, di molti buoni strumenti pensati per fini corretti è possibile fare un mal uso, però non per questo dobbiamo proibircene senz'altro, senza che il nostro sforzo si diriga a evitare questi incorretti impieghi", così I. ÁLVAREZ GÁLVEZ, *La eutanasia*, cit., p. 128. Non si possono evitare, per certo, gli interventi chirurgici anche se esiste sempre il rischio di un abuso della professione da parte del medico chirurgo; la depenalizzazione dell'omicidio per legittima difesa non ha, certo, negato il principio generale del divieto di uccidere! Detto in altri termini, una cosa è il rischio di abusi, altre sono le ragioni che rendono desiderabile la legittimità dell'eutanasia volontaria. Sulla improbabilità del verificarsi dell'errore (non solo medico, ma contemporaneamente da amici, genitori, parenti, psichiatri: tutte persone che di certo svolgeranno un ruolo durante la complessa procedura che richiede (deve richiedere) il nulla osta per la pratica eutanasica, cfr. G. MANIACI, *Esercizio di confutazione*, cit., p. 246; ID., *Eutanasia e suicidio assistito*, cit., p. 168. Una critica all'argomento del "pendio pericoloso" è ora in G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Riv. Aic*, 2017, 2, p. 14 sgg.

[126] Oramai concetto utilizzato anche dalla dottrina costituzionalistica grazie a C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Riv. Aic*, 2013, 4, p. 1. Si v. anche G. GEMMA, *Non diritti 'insaziabili' ma microdiritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Dir. soc.*, 2013, 2, pp. 207-235.

collettivamente, a interferire sulla libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente"[127]. Si è dinanzi al principio di autonomia per cui la libera decisione individuale sui propri interessi è riconosciuta ad ogni individuo con il limite della tutela degli interessi dei terzi (solo il rispetto per le altre persone riesce a ridurre la nota matrice liberale per cui ogni vincolo, in quanto vincolo, è male).

A prima vista, una lettura estremizzata di tale principio porterebbe a derive individualiste che si pongono in irrimediabile contrasto con i limiti che finora sono stati ritenuti necessari affinché l'interesse della persona sia maggiormente tutelato. Tale principio[128], che nell'ambito del biodiritto è detto di beneficenza e che rientra fra i criteri etici che generalmente sono riconosciuti come quelli che devono essere applicati nel campo delle prestazioni di cura, può generare un contrasto con il principio di autonomia.

L'intervento dello Stato finalizzato al benessere di ciascun individuo (paternalismo giuridico) determina un limite al principio di autonomia (del soggetto che ha un'altra considerazione di ciò che è bene per lui), in quanto per mettere in atto il principio di beneficienza o di non maleficenza arriva ad interferire sulla libertà della persona con il fine di evitare che essa cagioni a se stessa un danno, soprattutto se irrimediabile (giustificazione del paternalismo). Stando così le cose, sembrerebbe che il paternalismo giuridico si ponga in insanabile contrasto con le basi del liberalismo, per il quale lo Stato non può limitare una azione, pur pericolosa, se questa non cagiona danni a terzi.

Già in Mill – per come vedremo – si riconosce la possibilità che lo Stato venga giustificato ad intervenire direttamente sulle scelte individuali al fine di assicurare ciò che si ritiene sia interesse del singolo individuo, vale a dire che non si procuri alcun danno, anche contro la volontà del diretto interessato. In questo caso, quindi, il concetto di bene è fondamentalmente differente secondo l'individuo e l'apparato statale.

Da questa prospettiva è chiara la distanza tra paternalismo (nella dimensione sia 'forte' sia 'debole')[129] e antipaternalismo (che si dicotomizza, a sua volta, tra 'assoluto' e 'moderato'[130]).

---

[127] J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. a cura di S. Magistretti, Corriere della Sera, 2002, p. 12 sg.

[128] Sui quattro principi sui quali si fonda il discorso bioetico (quello di autonomia, che riconosce l'autodeterminazione del soggetto in grado di prendere decisioni per sé; quello di beneficienza, che riconosce l'azione dei terzi nel migliore interesse dell'interessato; il principio di non maleficenza, per il quale non si deve procurare intenzionalmente un danno al paziente; il principio di giustizia, secondo il quale la distribuzione dei trattamenti deve avvenire secondo i parametri dell'equità e della giustezza) cfr., in dottrina, almeno T.L. BEAUCHAMP-J.F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica*, trad. it. a cura di S. Buonazia, Firenze 1999; M. BOLADERAS CUCURELLA, *Autonomía, principio de (ético)*, G.G. RODRÍQUEZ ARNAIZ, *Beneficencia, principio de (ético)*, J.R. ARA CALLIZO, *No maleficiencia, principio de (ético)*, V. GARRAFA, *Justicia, principio de (jurídico)*, tutti in AAVV, *Enciclopedia de Bioderecho*, cit., e rispettivamente a pp. 107-113, 121-129, 1176-1178, 1025-1035.

[129] Sul paternalismo non si può che rinviare a G. DWORKIN, *El paternalismo*, in AAVV, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, a cura di J. Betegón-J.R. de Páramo, Ariel, 1990, pp. 147-161.

[130] Argomenta per tale concezione il rapporto tra Stato e cittadini, G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore*, cit., p. 206 sgg.; E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, in *Doxa*, 1988, 5, pp. 155-173.

Per il paternalismo, evitare qualsiasi danno all'individuo costituisce la legittimazione di interventi sia diretti che indiretti[131] (pochi nella dimensione debole, molti in quella forte), idonei a limitare l'autonomia individuale; per l'antipaternalismo, invece, evitare un danno non può giustificare una coercizione dell'autodeterminazione, tranne nei casi in cui la condotta che si intende vietare potrebbe procurare un danno a terzi[132].
Il tutto ruota, però, su chi può prendere le decisioni e, se si ragiona da questa prospettiva, si può rilevare che le posizioni delle due 'filosofie' nelle accezioni più miti[133] (paternalismo debole e antipaternalismo moderato)[134] non paiono poi così distanti.
Si può iniziare con il riportare le definizioni comunemente addotte: per paternalismo si intende "l'interferenza nella libertà di azione della persona giustificata da ragioni riguardanti esclusivamente il benessere, il bene, la felicità, i bisogni, gli interessi o i valori della persona costretta"[135]; per antipaternalismo si intende, al contrario, "la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, *non* ha il diritto di usare la forza contro la volontà di un individuo adulto, al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti, in modo significativo di cagionare, a se stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico (ledendo in questo modo il suo bene)"[136].
Si diceva, però, che può non esserci una distanza incolmabile tra le due posizioni nelle loro accezioni blande e ciò lo si può cogliere ritornando ad analizzare la dottrina utilitaristica di J.S. Mill elaborata nel suo noto saggio *On liberty*, pubblicato nel 1859. Scopo dell'argomentare del filosofo inglese è quello di individuare il principio che deve regolare i rapporti di coercizione e controllo tra la società e l'individuo. Non si può costringere l'individuo "a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell'opinione altrui, è opportuno o perfino giusto"[137]. Come già si anticipava, "[i]l solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve render conto alla società è quello riguardante gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui,

---

[131] Il paternalismo può altresì distinguersi in 'diretto' (quando lo Stato "interviene coattivamente a limitare la sovranità di un determinato individuo nei confronti di azioni che riguardano solo sé stesso") e 'indiretto' (quando lo Stato interviene in una situazione dove "vi sono due persone che entrano in gioco: la prima è l'individuo che compie l'azione, la seconda è quella che subisce l'azione dannosa per se stesso ma acconsentendovi o addirittura desiderandola" come è il caso dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio); in riferimento A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, p. 25; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., p. 59 sg.
[132] In riferimento, G. MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada, 2009, p. 11.
[133] Evitando le posizioni estremistiche che portano al 'libertarismo costituzionale' (solipsismo esasperato) ovvero al 'paternalismo costituzionale' (olismo esasperato), ampiamente, sul punto, autorevole dottrina, A. SPADARO, *I "due" volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Pol. dir.*, 2014, 3, p. 429.
[134] Secondo il pensiero di Feinberg (*volenti non fit iniuria*), "gli interventi di paternalismo cd. debole non [sono da considerarsi] veramente paternalistici, in quanto tutelare un individuo da una scelta che lo stesso non avrebbe mai fatto volontario o se fosse stato capace, non è diverso dal proteggere una persona da scelte che altri hanno fatto per lei (e di conseguenza non si tratta di proteggere la persona da sé stessa)", così come riportato da H. MALM, *Su Feinberg, in tema di paternalismo*, in AAVV, *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 126.
[135] G. DWORKIN, *El paternalismo*, cit., p. 148.
[136] G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore*, cit., p. 206. Corsivi dell'A.
[137] J.S. MILL, *cit.*, p. 13.

la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano"[138]. Questa dottrina, però, "vale solo per esseri umani nel pieno possesso delle loro facoltà" ed è esclusa per i "bambini o [i] giovani che sono per legge ancora minori d'età"[139]. Ciò che qui interessa rilevare è che gli argomenti antipaternalistici (nella maggior parte dei casi almeno) non sono mai assoluti[140], legittimando, quindi, interventi finalizzati a tutelare l'individuo anche contro sé stesso.

Ritornando al nostro argomento di interesse, il fine che legittima l'intervento paternalistico (debole)[141] è quello di garantire al soggetto la più ampia informazione che sola possa assicurargli che la *propria* scelta sia la più corrispondente alla *propria* (libera) volontà, ovverosia che sia realmente frutto di un'azione volontaria[142], per evitare non tanto danni a terzi, ma danni involontari a sé stesso[143].

È la mancanza di una piena coscienza o di una maturità ancora non completa che comporta che il medesimo individuo non sia nelle condizioni di esercitare in maniera consapevole la propria autonomia (per essere responsabili bisogna possedere la capacità di intendere e di volere che non deve essere né esclusa né fortemente diminuita).

Le misure paternalistiche[144] deboli[145] hanno solo il fine di prevenire una condotta involontaria del soggetto, che si ritiene possa adottare decisioni veramente autonome se e nella misura in cui abbia la *capacità* di adottarle; in caso contrario l'individuo può essere protetto anche contro se stesso ed evitare che si procuri un danno. Inoltre, nelle ipotesi di cui si sta discorrendo, per altro, si tratta

---

[138] *Ibid.* p. 13.

[139] *Ibid.* p. 13, ove si ritrovano altre categorie di soggetti 'vulnerabili'.

[140] Cfr. E. DICIOTTI, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Rag. prat.*, 2005, 1, p. 99 sgg.

[141] S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, p. 329.

[142] Questa la nota tesi di J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, in Id., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, 1980, pp. 117-118. Parla di "consenso" G. DWORKIN, *El paternalismo*, cit., p. 156.

[143] Già dal titolo, J. FEINBERG, *Harm to Self. Moral Limits of the Criminal Law*, III, Oxford University Press, 1986. Cfr., almeno, AAVV, *Laicità, valori e diritto penale*, cit.; A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AAVV, *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca-G. Francolini, Giappichelli, 2008, p. 233 sgg.

[144] Nelle Conclusioni, tali limiti saranno definiti come procedurali, non come sostanziali, e ciò in quanto "non riguarderebbe[ro] i desideri fondamentali o le preferenze ultime, cioè il progetto di vita che la persona ha scelto per sé, ma solo le circostanze, di tempo e luogo, in cui tali desideri vengono realizzati. Non si vuole rendere impossibile la realizzazione del progetto di vita, ad esempio edonista, spericolato o imprudente, che una persona desidera per sé, bensì ritardare il momento in cui esso sarà portato a compimento, imponendo «*waiting periods*», «*cooling off periods*», al fine di verificare, ad esempio, che la volontà espressa dall'individuo sia razionale, basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, stabile nel tempo, ecc. Perché alla fine della procedura volta alla conoscenza di sé e dei fatti rilevanti, il soggetto può scegliere qualunque progetto di vita, o di non vita. Il paternalismo, invece, impone alle persone un modello di vita molto lontano da ciò che esse desiderano, un modello di vita che non sceglierebbero neanche se avessero tutto il tempo e la conoscenza del mondo", così G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2011, 1, p. 147. Si v. anche G. DWORKIN, *El paternalismo*, cit., p. 159.

[145] Il paternalismo 'forte', invece, "considera che gli interventi con il fine di beneficiare o di evitare un danno che una persona può causare a se stessa si giustificano anche quando le decisioni e le azioni rischiose siano informate, volontarie e autonome", così G. MENDES DE CARVALHO, *cit.*, p. 21. Si prescinde, cioè, dalla *capacità*.

di un danno irreversibile e definitivo; anche per questo la valutazione sulla capacità della persona deve essere accuratamente giudicata come nella sua piena disposizione.
Prima di concludere, però, bisogna affrontare in modo diretto l'eventuale critica che – rispetto a quanto finora scritto – dovesse essere mossa in base all'assunto che esistono delle decisioni suicide adottate da soggetto capace alle quali non si dovrebbe dar seguito non presentandosi i presupposti applicativi della pratica eutanasica. Con quali motivazioni, quindi, giustificare il paternalismo in presenza di persona *capace* che vuole cagionare un danno a sé e solo a sé e lo vuole fare in modo del tutto *volontario*?
La questione non è peregrina, perché la risposta che fino a qui implicitamente è stata data ha preso in considerazione gli spazi che devono essere riconosciuti all'ordinamento giuridico, legittimato ad intervenire per tutelare il valore della vita.
I limiti all'evoluzione moderna dell'eutanasia[146] devono essere inquadrati – e, quindi, legittimati – in un ordinamento in cui, seppure non esiste il dovere di vivere, l'interesse primario da tutelare è non solo (per come si sta decidendo) il rispetto del principio di autodeterminazione, ma anche lo stesso diritto alla vita[147] e la funzione generalpreventiva c.d. positiva del diritto penale[148] (che rimane laico e secolarizzato) che è posto a protezione proprio del bene primario della vita.
Quindi, "l'idea di legittimare l'uccisione di taluno deve trovare riscontro esterno basato sulla minore meritevolezza del bene-vita"[149], che viene oggettivata sulla base di criteri tassativi concernenti le condizioni in cui il soggetto cosciente deve trovarsi affinché la sua domanda possa essere presa in considerazione, non bastando, appunto, la sua mera richiesta, seppur priva di qualsiasi costrizione esterna o interna.
Le misure dirette ad attenuare le conseguenze che si avrebbero da una richiesta eutanasica senza limiti, per quanto detto, quindi, apparirebbero dettate da esigenze tali da non farle reputare irragionevolmente limitatrici della "estrinsecazione della personalità"[150].

---

[146] G.D. BORASIO, *Saper morire. Cosa possiamo fare, come possiamo prepararci*, Bollati Boringhieri, 2015; U. CURI, *Via di qua. Imparare a morire*, Bollati Boringhieri, 2012; M. CAVINA, *Andarsene al momento giusto*, cit.; E. MORIN, *L'uomo e la morte*, Meltemi, 2002.
[147] In tal senso, la legittimità di vincoli sulle decisioni prese da persone pienamente capaci di intendere e di volere è conforme all'art. 2 CEDU. Secondo il parametro convenzionale, infatti, sugli Stati (quelli che nel proprio ordinamento disciplinano proceduralmente il diritto a morire dignitosamente) grava l'obbligo di tutelare il diritto alla vita, assicurando che la decisione di suicidarsi derivi da una libera volontà dell'interessato e risponda allo scopo legittimo di impedire gli abusi dell'utilizzo di sostanze letali. Se si vuole, sull'analisi di tale giurisprudenza, si rinvia a U. ADAMO, *Ending life e margin of appreciation nella giurisprudenza della European Court of Human Rights*, in *Panóptica*, 2016, 1, p. 270 sgg. Sul compito primario dello Stato che è quello di difendere la vita dei cittadini, si v. G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, cit., p. 2647.
[148] Cfr. S. SEMINARA, *cit.*, p. 719.
[149] *Ibid.* p. 720.
[150] Per riprendere le parole impiegate dalla Corte allorquando ha giudicato come conformi a Costituzione le norme in tema di obbligo dell'uso del casco protettivo e delle cinture di sicurezza per i motociclisti e gli automobilisti (misure, queste, tacciate di paternalismo); cfr. Corte cost., sent. n. 180/1994, p.to 5 *cons. in dir*. La legislazione sul casco e sulle cinture di sicurezza non rappresenta una 'illegittima' limitazione di una libertà personale che per questo dovrebbe essere tacciata di incostituzionalità (per non cadere in contraddizione con quanto si sta sostenendo circa la tesi dell'antipaternalismo) e ciò in quanto tali obblighi sono rivolti non solo alla tutela dell'individuo verso cui comunque si orientano, ma anche verso l'esterno. Si rinvia, per tutti, alla più che condivisibile lettura offerta da A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 230 sg. Sulla incomparabilità dei limiti all'autodeterminazione derivanti dalle misure di protezione

Si è quindi giunti a considerare che tutte le restrizioni sull'autodeterminazione del soggetto, se ricorrenti alcune ipotesi, non paiono concludenti, con la conseguenza che le norme penali che si basano sui rischi della china scivolosa non risultano essere proporzionali al fine perseguito: la tutela della vita dei soggetti deboli (*rectius* vulnerabili).
Divieti assoluti ad una espressione di autonomia negano in radice[151] la richiesta di un soggetto di porre fine alla sua vita ritenuta non più degna di essere vissuta, determinano la 'trasformazione' del diritto alla vita in un dovere di vivere – non imposto dalle carte costituzionali – e non seguono la più ampia interpretazione dei valori di libertà, eguaglianza, solidarietà e dignità.
Finora si è cercato di argomentare a favore della non incostituzionalità di una normativa che vada a legalizzare l'eutanasia: secondo molti[152], però, la questione 'eutanasia' costituirebbe un problema sempre meno attuale a causa del sempre più intenso ricorso alle cure palliative, che, lenendo il dolore e rendendo meno 'disumano' il morire, ridurrebbero le domande di eutanasia.
Anche questo modo di argomentare pare non pienamente condivisibile, perché una cosa è ciò che può fare lo Stato[153] per ridurre al minimo la richiesta eutanasica, altro è non prendere in considerazione il fatto che non sempre la terapia riesce a sedare efficacemente qualsiasi dolore e

---

stradale e dal divieto delle pratiche eutanasiche cfr. C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 2017, 4, p. 603 sgg.

[151] Ciò che si nega è la responsabilità di prendere una vera e propria "decisione fondazionale", vale a dire una scelta altamente intima e personale centrale per la dignità e l'autonomia della persona, in tal senso G. DWORKIN, *Giustizia per ricci*, Feltrinelli, 2013, p. 420. Il divieto assoluto dell'eutanasia palesa il mancato sforzo dell'apparato pubblico di "implementare tale responsabilità, [e, quindi, …] la negazione completa della responsabilità personale" (Id. p. 382). Parla di "scelte esistenziali" S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, cit., p. 1.

[152] G. RAZZANO, *Dignità*, cit., p. 249 sgg.; S. BOK, *Eutanasia*, cit., p. 152. Cfr. anche il Parere reso dal CNB, *Questioni bioetiche relative alla fine della vita* (14 luglio 1995), p. 44; F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente*, in *Iust.*, 2017, 2, p. 127 sg.; P. SGRECCIA, *cit.*, p. 622 sg.

[153] Di nuovo si può richiamare J.S. MILL: "[s]e lo ritengono necessario per il proprio bene, gli altri possono consigliare, istruire, persuadere o evitare l'individuo in questione; queste sono le sole misure mediante le quali la società può legittimamente esprimere la propria avversione o disapprovazione", così in *Saggio sulla libertà*, cit., p. 108. Lo Stato può limitare al massimo non tanto la pratica dell'eutanasia, ma il fatto che essa rappresenti l'unica via di uscita da una situazione drammatica. Detto altrimenti, la Repubblica deve rendere vieppiù *effettivo* il diritto all'*assistenza sociale* del malato con prognosi infausta e di quello terminale e quindi garantire maggiore effettività all'art. 38, comma 2, della Costituzione. Lo Stato ha la possibilità (*rectius* l'obbligo *ex* art. 3, comma 2, della Costituzione) di far sì che la vita del paziente risulti sempre e per il maggior tempo possibile dignitosa e di elevarne quanto più possibile la qualità, accompagnandolo *nel* morire e non *a* morire. L'apparato pubblico 'eticamente' si propone di proteggere la vita, ma socialmente non mette in atto quelle politiche che possono favorevolmente incidere sulla sua qualità, ad esempio, potenziando sempre più le prestazioni sanitarie per assicurare il diritto di non soffrire, adeguando i servizi di sostegno economico e psicologico per i malati terminali e le loro famiglie, potenziando le strutture di *hospices*, 'andando' sempre più verso un ospedale senza dolore, essendo, insomma, realmente capace di tutelare e prendersi cura di chi appartiene alla categoria più debole dei soggetti deboli, (ri)-comunitarizzando con la solidarietà chi è a rischio di esclusione o di "abbandono". Cfr. A. D'ALOIA, *Diritto di morire?*, cit., p. 621 sgg., al quale si rimanda per le rilevanti argomentazioni sulla primarietà del diritto sociale all'assistenza sull'esigenza economicistiche e di obiettivi di risparmio della finanza pubblica; C. TRIPODINA, *Il diritto*, cit., pp. 146-152; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, cit., p. 119. Cfr., altresì, C. VIAFORA, *Per un'etica dell'accompagnamento*, in *Bioetica*, 1996, 1, p. 130 sgg.

sofferenza terminale, e che, comunque, anche un paziente[154] (e sempre che lo voglia)[155] adeguatamente sedato nelle sofferenze fisiche può non esserlo in quelle psicologiche, 'sociali' e 'relazionali' o, in ogni caso, nella sofferenza interiore che lo porta ad affermare che lo stadio terminale ed irreversibile della malattia che lo costringe ad una esistenza solo biologica non rende più la sua vita degna di essere vissuta[156].
Cosa compete allora allo Stato? Ricoprire un ruolo marginale o, piuttosto, centrale, a seguito della (eventuale) emersione legislativa del diritto a morire *con dignità*? Si propende per la seconda delle alternative prospettate.

8. Conclusioni.
Alla luce di quanto finora si è cercato di dimostrare, la legittimità della legalizzazione dell'eutanasia dovrebbe essere valutata sulla base della sua ragionevolezza intrinseca, vale a dire della fondatezza o meno dei limiti che dovrebbero essere previsti nella richiesta di eutanasia. Ruolo fondamentale, quindi, è quello che dovrebbe esercitare il Parlamento, ben sapendo che la tutela della vita – ed in particolare la protezione dei soggetti più deboli – si assicura proprio garantendo che ogni individuo possa sì esprimersi attraverso la propria autodeterminazione, ma sempre nel rispetto di determinati limiti (paziente inguaribile, allo stadio terminale o affetto da una forma irreversibile di patologia gravemente invalidante e con prognosi infausta, senza alcuna possibilità di recupero e/o di miglioramento, …), anche quando non si interferisce in sfere giuridiche altrui; d'altra parte, in uno Stato costituzionale nessun diritto è esente da limiti e nessun

[154] Illuminante, da questa prospettiva e per quello che si sta comunque per sostenere nel testo, è la vicenda di D. Pretty, la quale non riceveva alcun beneficio dagli oppiacei, viveva in un contesto familiare assolutamente confortevole e senza problemi economici. Rispetto a quest'ultima osservazione, si può sottolineare che, almeno in Europa, l'eutanasia si inserirebbe in un contesto in cui l'assistenza sanitaria è gratuita; i costi della malattia, quindi, non gravano (non dovrebbero gravare), almeno direttamente, sul soggetto malato.
[155] A. SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, in AAVV, *Quando morire?*, cit., p. 230. "L'alternativa della riabilitazione sarà etica se è frutto di una scelta personale; se è un'imposizione no. Quando l'unica alternativa che resta a un individuo è sopportare una sofferenza non voluta perché gli è imposta dalla morale altrui, a quella persona – riabilitata a forza o condannata a una vita d'inferno – per dissimulare il fatto di essere vinta non resterà altro che baciare la mano dei suoi carnefici riabilitatori. Non c'è miglior protettore della vita che il suo padrone!", così RAMÓN SAMPEDRO, *Mare dentro. Lettere dall'inferno*, Mondadori, 2006, p. 82.
[156] C.A. DEFANTI, *Eutanasia cambiamenti in medicina e norme giuridiche*, entrambi in AAVV, *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Il Mulino, 1998, p. 242, che parla di casi caratterizzati da "insuccessi della medicina palliativa". A prescindere da tale eventuale insuccesso, pare piuttosto che il ricorso alle cure palliative (che evidentemente non possono costituire un trattamento obbligatorio) non possa comunque escludere il ricorso all'eutanasia, in quanto i due trattamenti "appartengono a due ordini concettuali differenti", così A. SANTOSUOSSO, *Diritti del paziente e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, cit., p. 230; cfr. altresì C.A. VIANO, *Ragioni e modi dell'eutanasia*, in *Bioetica*, 2003, 2, p. 210. "Eppure io sono convinto che se esistesse un percorso di assistenza, dove in caso di fallimento di ogni supporto medico e psicologico, sia prevista l'eutanasia, già intraprendere questo percorso creerebbe nel malato e in chi lo assiste un senso di quiete. La certezza di non dover sopportare l'insopportabile e di non dover assistere impotenti all'evolversi di alcune patologie renderebbe più gestibile la disperazione di quando la scienza e l'amore si scontrano con la fine della vita", così P. WELBY, *Lasciatemi morire*, cit., p. 47.

principio domina da solo[157]. Solo alle persone individuate come soggetti non vulnerabili – vale a dire riconosciute come in grado di poter prendere una decisione 'libera' da ogni tipo di costrizione morale e quindi in piena autonomia – deve essere riconosciuto il 'diritto ad una morte dignitosa'. Tale legislazione sarebbe rispettosa dell'autodeterminazione individuale e i limiti suesposti troverebbero una giustificata ragione nella tutela di altri interessi o valori costituzionali; la qual cosa, invece, non pare oggi trovare una compiuta giustificazione nella totale e assoluta limitazione nella scelta di fine vita, apparendo tale assolutezza priva di agganci costituzionali. Si potrebbero – a tal proposito – richiamare le parole della Corte costituzionale nella sua declaratoria di incostituzionalità della normativa sulla procreazione medicalmente assistita, allorquando ha avuto modo di statuire che "le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi"[158].

Si sta pensando ad una legislazione che sia espressiva non più di un paternalismo *hard*[159], ovverosia 'forte', quanto piuttosto di un paternalismo *soft*[160], 'debole'[161], 'procedurale'[162], anche per rispondere ad una esigenza di laicità[163], per la quale: "le leggi vanno fatte per i credenti e per i non credenti"[164]. Detto in altri termini, bisognerebbe pensare a leggi procedurali che permettono di esercitare un diritto senza alcuna imposizione, salvaguardando la piena e libera autodeterminazione del soggetto, mosso da una intenzione propria che può non coincidere con quella di un altro individuo (circostanza più che probabile) in una società pluralista e multiculturale. Ciò che si *permette* è l'accrescimento della sfera delle possibilità dell'individuo attraverso una "scriminante procedurale"[165], vale a dire una normativa che stabilisce un procedimento amministrativo appositamente predisposto per "assicurare un controllo pubblico sull'esistenza di un'autonoma e valida autodeterminazione del malato"[166].

---

[157] G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2006, p. 54; M. CARTABIA, *"Nuovi diritti" e leggi imperfette*, cit., p. 158. In giurisprudenza, magistralmente, Corte cost., sent. n. 85/2013, p.to 9 del *Cons. dir*.

[158] Così Corte cost., sent. n. 162/2014, p.to 13 *cons. dir*. Già nel p.to 6 la Corte aveva avuto modo di affermare che "limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale".

[159] Che è anche incompatibile con la stessa matrice del costituzionalismo liberale, cfr., almeno, G. GEMMA, *Costituzionalismo liberaldemocratico e dignità imposta*, in *Rag. Prat.*, 2012, 38, p. 138.

[160] *Ibid*.

[161] G. MENDES DE CARVALHO, *cit.*, p. 17.

[162] R. CATERINA, *Il rifiuto delle cure tra autodeterminazione e paternalismo giuridico*, in *Bioetica*, 2008, 1, p. 88.

[163] L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, p. 53 sgg.; S. CANESTRARI, *Principi*, cit., p. 15 sgg.; S. CANESTRARI-F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in AAVV, *Laicità*, cit., p. 167 sgg.

[164] L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in AAVV, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2008, p. 17. Da ultimo, tale dottrina è stata richiamata da G. BRUNELLI, *Frontiere della democrazia: bioetica, diritti e decisione pubblica*, in *www.fondazioneildeotti.it*, p. 1 sgg.

[165] M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 3, p. 907.

[166] G. FIANDACA, *Il diritto di morire, tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Il Foro it.*, 2009, 6, p. 230.

Questa ricostruzione dottrinaria è, altresì, conforme ad una massima giurisprudenziale della Corte costituzionale, che riconosce "diverse morali del nostro tempo, ma anche la pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione"[167].
Le ragioni per una legalizzazione dell'eutanasia finora esposte portano, dunque, alla necessità di una produzione di una legislazione 'avalutativa', espressione di una "*tendenziale neutralità*"[168], tale da riconoscere ad ogni singolo individuo la capacità (attraverso la disciplina di una regolamentazione) di decidere autonomamente (determinandosi in modo autonomo secondo il proprio sistema valoriale), con il limite dei danni per i terzi, ma con la piena possibilità – lo si ripete – che ognuno possa determinare in modo autonomo i propri valori morali e le proprie scelte. Se il danno procurato non si rivolge ai terzi, ma solo a sé stessi (come rappresenta il caso dell'eutanasia), appaiono comunque ragionevoli e giustificabili quelle costrizioni procedurali che hanno il fine di proteggere e rafforzare "la capacità degli individui per ragionare e realizzare le proprie decisioni"[169].

[167] Cfr. Corte cost., sent. n. 293/2000, p.to 3 *cons. dir*.
[168] G. BRUNELLI, *cit.*, p. 28 sg.
[169] G. DWORKIN, *El paternalismo*, cit., p. 161.

La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita.

di **Eleonora Canale** *(Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, XXXIII ciclo Università degli Studi di Roma Tre)* e **Ilaria Del Vecchio** *(Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e Referendario presso il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica).*

La legge italiana sul tema del fine-vita (L. n. 219 del 2017) regola – per la prima volta – il consenso anticipato ai trattamenti medici (DAT – Dichiarazioni Anticipate di Trattamento). Ciò include il consenso a interrompere i trattamenti (o il rifiuto di trattamenti) anche laddove questi possano causare – pur se indirettamente – la morte del paziente. Di qui può sorgere un conflitto tra le volontà del paziente e le scelte di coscienza dello staff medico chiamato a dare esecuzione alle DAT. La legge, tuttavia, non prevede espressamente alcuna forma di obiezione di coscienza del personale medico. Da questa "omissione" ne deriva una importante questione applicativa a cui il presente lavoro cerca di dare soluzione.
Nella prima parte si ricostruiranno le linee fondamentali della teoria del valore costituzionale dell'obiezione di coscienza. Nella seconda parte saranno esplorati i tre percorsi ermeneutici attraverso i quali leggere la scelta del legislatore, identificando, infine, le ragioni a favore della lettura restrittiva della legge.

The Italian piece of legislation on the end-of-life matter (No. 219 of 2017) regulates – for the first time – the right to give an early consent on the medical treatments (DAT- Anticipated Disposition on Treatments). This includes the permission to interrupt treatments (or refuse to treatments) where these can cause – albeit indirectly – the patient's death. This is the reason why respecting the will of the patient can sometimes be in contrast with the conscience of the medical staff. The Law, nevertheless, does not openly provide for the conscientious objection of the medical staff. This "omission" poses an important applicative question to which the paper seeks to provide answer.
In the first part, we will present a theoretical introduction on the constitutional value of conscientious objection. In the second part, three hermeneutical paths will be explored, identifying, finally, the reasons in favour a restrictive reading of the law.

Sommario: 1. Il dilemma dell'obiezione di coscienza. - **2.** I presupposti dell'obiezione: è possibile un'obiezione senza legge? - **3.** La mancanza di una clausola espressa di coscienza nella legge sul fine-vita (L. n. 219/2017). – **4.** Quali sono le implicazioni pratiche? Cenni conclusivi.

1. Il dilemma dell'obiezione di coscienza

Il ruolo della coscienza quale 'foro interiore', che impone all'individuo un *dictat* contrario a quanto imposto dal diritto positivo, rappresenta una tematica che divide la società fin dai tempi di Antigone: come l'eroina sofoclea, protagonista del conflitto tra leggi superiori non scritte, a cui lei aderisce, e *ius scriptum*, decise di dare sepoltura al corpo del fratello nonostante il divieto del re, così l'inosservanza di attuali obblighi normativi può avvenire in nome dei principi radicati nella sfera intima del soggetto trasgressore.

L'antico dibattito ha oggi trovato nuova linfa, con l'entrata in vigore della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento che rappresenta un terreno fertile per il crescere di tensioni tra ciò che al soggetto è imposto dall'ordinamento e ciò che egli percepisce come 'moralmente ed eticamente giusto'.

Il tema è ampio e interseca diversi rami della scienza giuridica e non solo. Per questo, l'osservatore costituzionalista, senza pretese di esaustività, non può che partire dalle origini guardando preliminarmente all'evoluzione della nozione di libertà di coscienza nell'ordinamento italiano.

Difatti, se la libertà di coscienza può essere definita quale «diritto individuale di comportarsi in coerenza con le proprie convinzioni di coscienza»[1], allora l'obiezione di coscienza può costituire una estrinsecazione di tale libertà quando le convinzioni individuali dettate da ragioni di carattere etico, morale o religioso si pongano in contrasto con gli obblighi normativi.

L'assenza di un esplicito riferimento a tale libertà nel testo della Costituzione[2] non ha, però, costituito ostacolo alla sua piena affermazione nella giurisprudenza costituzionale[3], che ha riconosciuto nella libertà religiosa (art. 19 Cost.), quale – nella sua concezione negativa – libertà di non professare alcuna religione, e nella libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.)[4] il

[1] La definizione è ripresa da G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. DI COSIMO – A. PUGIOTTO – S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, Editoriale scientifica, 2014, p. 19.

[2] La libertà di coscienza trova, invece, espresso riconoscimento attualmente nell'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti umani: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti"; nell'art. 9, 1 par., CEDU: "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione […]"; nell'art. 10, Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea: "1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

[3] Il primo riconoscimento della libertà di coscienza quale diritto costituzionalmente garantito si ebbe nella celebre sentenza n. 117 del 1979, con cui la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità delle formule del giuramento allora previste nei codici di rito, nella parte in cui contenevano riferimenti religiosi, che anche il non credente era obbligato a pronunciare, con una conseguente lesione della libertà di coscienza per imposizione del compimento di atti di matrice religiosa. La mancata previsione espressa di una libertà di coscienza completamente svincolata dalla libertà religiosa ha spinto alcuni a ritenere che questo costituirebbe un ostacolo alla rivendicazione di scelte coscienziali non legate a qualche religione esistente in Italia. Sulla questione v., L. MUSSELLI – C. B. CEFFA, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 2017, p. 21.

[4] Cfr. Corte cost., sent. n. 117/79, cons. in diritto, 3: «Ma l'opinione prevalente fa ormai rientrare la tutela della c.d. libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19, il quale garantirebbe altresì (analogamente a quanto avviene per altre libertà: ad es. gli articoli

fondamento costituzionale per annoverare la libertà di coscienza tra i diritti costituzionalmente garantiti. Più in generale, la protezione costituzionale accordata alla coscienza rappresenta un corollario imprescindibile «della tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico»[5].

Fino a che punto può spingersi tale tutela? Quando le convinzioni interiori dell'individuo si pongono in aperto contrasto con quanto disposto dalle norme giuridiche, come è possibile risolvere il conflitto tra la libertà di coscienza dell'individuo – che trova nella propria fede o nella propria etica un impedimento alla piena accettazione di un valore espresso da una norma giuridica di cui la società a cui appartiene si è fatta portavoce – e l'ossequio alla legge, traducibile anche nel principio di certezza del diritto? [6]

Detto conflitto[7] può, a ben vedere, incontrare tre soluzioni logicamente accettabili: la negazione totale della rilevanza di qualsiasi imperativo morale degli individui che sia contrario al diritto oggettivo (prevalenza del diritto sulla coscienza); il pieno e incondizionato riconoscimento della libertà di coscienza, che consentirebbe la deroga personale a qualsivoglia imposizione normativa (prevalenza della coscienza sulla regola giuridica) e, quale soluzione intermedia, il caso in cui è l'ordinamento che determina i casi in cui è consentito al singolo di disattendere gli obblighi normativi, se in contrasto con la propria coscienza (bilanciamento tra diritto e coscienza).

Che tale conflitto non possa essere risolto nella mera imposizione *tout court* degli obblighi previsti dal diritto positivo, senza alcuna rilevanza giuridica delle ragioni della coscienza personale degli

---

18 e 21 Cost.) la corrispondente libertà "negativa". Ma anche chi ricomprende la libertà di opinione religiosa del non credente in quella di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost. (norma parimenti richiamata come parametro di giudizio nell'ordinanza del pretore di Torino) perviene poi alle stesse conclusioni pratiche, e cioè che il nostro ordinamento costituzionale esclude ogni differenziazione di tutela della libera esplicazione sia della fede religiosa sia dell'ateismo, non assumendo rilievo le caratteristiche proprie di quest'ultimo sul piano teorico».

[5] Cfr. Corte cost., sent. n. 467/1991, cons. in diritto, 4.

[6] Sul punto si veda, a titolo meramente esemplificativo, Corte cost., sent. n. 195/1972, avente a oggetto il contrasto tra la libertà di coscienza sotto il profilo della libertà di insegnamento secondo le proprie convinzioni etico-morali e la libertà di una istituzione di scegliere i propri docenti al fine di offrire un insegnamento orientato verso una specifica professione religiosa (le cc.dd. organizzazioni di tendenza). Il caso, noto come "caso Cordero", trae origine dal ritiro del nulla osta da parte della Santa Sede, con conseguente revoca dell'incarico di insegnamento disposta dall'Università Cattolica del Sacro Cuore, nei confronti di un docente che aveva assunto prese di posizioni in contrasto con il prevalente orientamento cattolico. La Corte costituzionale, chiamata a sindacare sulla conformità a Costituzione dell'art. 38 del Concordato del 1929, che prevedeva – appunto – il meccanismo del nulla osta della Santa Sede, concluse per la conformità a Costituzione della norma, sostenendo il carattere indispensabile della libertà dell'Università di fruire di un corpo docente che condivida la sua ideologia, in modo da assicurare all'istituzione di preservare la propria connotazione.

[7] Sul conflitto tra norma giuridica e norma morale e sulle implicazioni che esso può avere, si veda l'esauriente, seppur risalente, ricostruzione di R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza degli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, 1967, p. 14 sgg.

individui, sembra un assunto intrinseco nella stessa natura pluralista dell'ordinamento di uno Stato democratico – come il nostro – permeato dal valore della dignità e della libertà della persona[8].
Affermare quale delle due soluzioni rimanenti appena prospettate sia preferibile, ossia comprendere se, nel nostro ordinamento, la tutela dell'obiezione di coscienza possa avere carattere incondizionato o meno, significa rispondere al quesito di fondo che proponiamo di affrontare nel prosieguo del lavoro. Si tratta, in altre parole, di valutare se l'obiezione di coscienza abbia una natura costituzionalmente doverosa oppure se sia rimessa a una scelta discrezionale rimessa al legislatore.
Siamo, così, dinanzi a quello che potremmo definire 'il dilemma dell'obiezione di coscienza'.

2. I presupposti dell'obiezione: è possibile un'obiezione senza legge?

Si è visto poc'anzi che l'obiezione di coscienza rappresenta il rifiuto, dettato da convincimenti morali, etici o religiosi, che un soggetto oppone a un obbligo imposto dal diritto positivo[9]. Un conflitto, dunque, tra regola non giuridica, elaborata dalla propria coscienza, e regola giuridica, imposta dall'esterno, «che si snoda [quindi] lungo una duplice direzione: negativa, come rifiuto di osservare una norma posta dall'ordinamento; positiva, nel senso di adesione da parte della persona a un valore – o sistema di valori – morali, ideologici o religiosi contrapposti»[10].
Una delle fondamentali pronunce in materia della Corte costituzionale è, senza dubbio, la sentenza 467 del 1991[11], nella quale si esprime il principio per cui la protezione accordata alla libertà di coscienza, quale valore costituzionale essenziale, giustifica «la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come

[8] Eppure non è certamente mancato chi ha sostenuto che l'obiezione di coscienza rappresenti, invece, un istituto dal carattere antidemocratico, con il rischio che le singole coscienze individuali possano sopraffare le decisioni democraticamente adottate. In tal senso, v. G. GEMMA, *Obiezione di coscienza ed osservanza dei doveri*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Doveri*, Milano, 2007, p. 55 sgg. e M. AINIS, *Dall'obiezione di coscienza all'obiezione di massa*, in *Quad. cost*., 2009, p. 903 sgg.
[9] Sulla natura 'astensiva' dell'obiezione v. A. BOMPREZZI, *Libertà di coscienza e poteri pubblici*, Giappichelli, 2018, p. 87 sgg.
[10] Cfr. S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in C. COLAPIETRO – M. ATRIPALDI – G. FARES – A. IANNUZZI, (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità: esperienze a confronto, Atti del Convegno Internazionale, Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza 5 e 6 aprile 2017*, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 403 – 424.
[11] La sentenza n. 467/91 si colloca all'interno della prima ipotesi di obiezione di coscienza riconosciuta dal legislatore, ossia l'obiezione al servizio militare obbligatorio. Il giudizio di legittimità costituzionale verteva sull'art. 8, commi secondo e terzo, della legge 15 dicembre 1972, n. 772 (Norme per il riconoscimento della obiezione di coscienza), nella parte in cui non consentiva che il trattamento previsto dalle disposizioni impugnate per chi avesse obiettato prima di assumere il servizio militare, si estendesse anche a coloro che, trovandosi nelle medesime condizioni, avessero rifiutato di continuare a prestare servizio militare, dopo averlo assunto, adducendo i medesimi motivi, ossia il proprio convincimento morale, filosofico o religioso di rifiutare l'uso delle armi. La distinzione di trattamento era tale per cui l'"obiettore tardivo", dopo aver espiato la pena prevista per il reato di omessa presentazione in servizio, non sarebbe stato esonerato dalla prestazione del servizio militare di leva. A commento di questa sentenza v. P. SASSI, *Una nuova sentenza della Corte Costituzionale in tema di obiezione di coscienza al servizio militare. Obiezione c.d. sopravvenuta e motivi religiosi*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 475 sgg. Per un approfondimento sull'obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio, v. R. VENDITTI, *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, 1999.

inderogabili»[12]. Nella stessa sentenza, poi, si rintraccia un primo elemento utile a escludere la tesi del carattere costituzionalmente doveroso dell'obiezione di coscienza, laddove è asserito che l'obiezione possa (e debba) trovare tutela solo «a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale»[13]. Ciò che traspare è la necessità di realizzare un adeguato bilanciamento tra valori, in grado di garantire l'obiezione senza pregiudicare altri beni di rilievo costituzionale. Questo, però, non è sufficiente a rispondere in via definitiva alla questione circa la doverosità di una clausola di coscienza: ciò che si potrebbe, infatti, affermare è che, come per qualsiasi altro diritto costituzionalmente garantito, anche la libertà di coscienza possa scontrarsi con altri valori sanciti dalla Costituzione, con la conseguente necessità di ricerca del bilanciamento da parte del legislatore.

Il risultato di tale ponderazione – si potrebbe, ancora, sostenere – non deve essere necessariamente nel senso di riconoscere la possibilità per l'individuo di obiettare alle regole poste dal diritto, quando queste non siano confacenti alle sue convinzioni religiose ed etiche. Ragionando in questi termini, il risultato sarebbe quello di dichiarare sempre incostituzionale una disposizione che non lascia spazio all'obiezione di coscienza, cosa che, *prima facie*, sembra essersi verificata proprio nel caso della predetta sentenza. Nella sentenza n. 467, infatti i giudici costituzionali hanno concluso per la declaratoria di incostituzionalità della disposizione oggetto di giudizio di legittimità costituzionale, l'art. 8, terzo comma, della legge 15 dicembre 1972, n. 772, per omessa previsione della possibilità di sollevare obiezione di coscienza a favore di chi avesse già assunto il servizio militare di leva.

La formulazione 'additiva' del dispositivo non deve, però, trarre in inganno. Un passaggio della parte motiva aiuta a comprendere le ragioni che hanno portato alla decisione della Corte: «in relazione alla tutela dei propri convincimenti religiosi, morali o filosofici (artt. 21 e 19 della Costituzione) di fronte al dovere di prestare il servizio militare di leva (art. 52 della Costituzione), il legislatore ha attuato l'anzidetto ordinamento di valori costituzionali con la ricordata legge n. 772 del 1972, distinguendo, secondo un paradigma che questa Corte ha già giudicato come *non irragionevole* (v. sent. n. 409 del 1989), due posizioni fondamentali: quella di chi rifiuta per motivi di coscienza il servizio militare di leva aderendo tuttavia alla possibilità di prestare servizi civili o militari alternativi e quella di chi, per gli stessi motivi, rifiuta in toto qualsiasi prestazione di servizi, ordinaria o sostitutiva, connessa all'obbligo di leva. Mentre la prima fattispecie viene espunta dal campo dell'illecito penale […] la seconda fattispecie, invece, viene conservata nell'ambito del penalmente sanzionato, […] sulla base di un *non irragionevole bilanciamento* fra gli opposti valori costituzionali rappresentati dalle pretese di coscienza e dall'obbligo militare […] Nell'ambito dell'ultima ipotesi, come si è prima ricordato, il legislatore ha prodotto un'ulteriore suddistinzione fra il caso dell'obiettore di coscienza "totale" che rifiuta in tempo di pace il servizio militare prima di assumerlo e quello dello stesso tipo di obiettore che compie il medesimo rifiuto dopo aver assunto quel servizio, provvedendo a stabilire un trattamento giuridico differenziato. *Questa diversità di trattamento è palesemente irragionevole*, poiché introduce un discrimine all'interno di una disciplina concernente condotte riferibili alla protezione

[12] Cfr. Corte cost., sent. n. 467/1991, cons. in diritto, 4.
[13] *Ibid.*

di un bene giuridico costituzionalmente unitario e comportante, a livello di norme costituzionali, un medesimo bilanciamento di valori [cors. agg.]»[14]. Ciò che emerge da queste righe è un dato incontrovertibile: la declaratoria di incostituzionalità non ha trovato fondamento nella mancata previsione, da parte del legislatore, della clausola di coscienza, ma nella considerazione che tale omessa previsione rappresenti l'esito di un bilanciamento manifestamente irragionevole. Se ne dovrebbe dedurre che l'incostituzionalità è conseguenza non della mancanza, ma dell'irragionevole mancata estensione della pretesa.

Appare utile, a tal proposito, ricordare la sentenza 196 del 1997[15], con la quale la Corte non ha ravvisato nella mancata previsione dell'obiezione di coscienza a favore del giudice tutelare, chiamato al rilascio dell'autorizzazione alla minore per l'interruzione volontaria di gravidanza, un'ipotesi di incostituzionalità. Qualora avesse ritenuto non sacrificabile la libertà di coscienza del giudice tutelare, nulla avrebbe impedito alla Consulta di provvedere alla declaratoria di incostituzionalità della disposizione *de qua*, nella parte in cui è omessa la previsione dell'obiezione di coscienza a favore di una figura, quella del giudice tutelare, che prende parte – nella sua fase genetica e non medica – al processo della pratica abortiva[16]. Ha, invece, ritenuto che nel bilanciamento tra l'indeclinabile e primaria realizzazione dell'esigenza di rendere giustizia e la tutela dell'obiezione di coscienza dovesse essere la prima a prevalere[17]. Un esempio di come l'assenza di una previsione normativa non consenta di ritenere esercitabile *tout court*

---

[14] Cfr. Corte cost., sent. n. 467/91, cons. in diritto, 5.

[15] Corte cost., sent. n. 196/1987, con nota di E. ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Foro it*., 1988, I, p. 766. La sentenza trae origine dalla circostanza che la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (l. 194/1978), che pur prevedeva (e prevede tutt'ora) l'obiezione di coscienza a favore del personale medico-sanitario, non conteneva un eguale garanzia a tutela della libertà di coscienza del giudice tutelare, che deve provvedere, in caso di soggetto minore, ad autorizzare l'intervento di IVG. Non si è trattato dell'unico caso in cui un soggetto diverso dall'*équipe* medico-sanitaria, ma comunque attore del processo di IVG, abbia opposto ragioni di coscienza all'esercizio delle sue funzioni: si pensi al caso realmente accaduto di un'impiegata presso una clinica, che si rifiutò, nello svolgimento delle sue mansioni di natura burocratica, di registrare un intervento di aborto. Sull'obiezione di coscienza in materia di interruzione volontaria di gravidanza, v., *ex multis*, C. B. CEFFA, *Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2017; D. PARIS, *Riflessioni di diritto costituzionale sull'obiezione di coscienza all'interruzione volontaria della gravidanza a 30 anni dalla legge n. 194 del 1978*, in *Quad. reg*., 2008, p. 1083 sgg.; P. B. HELZEL, *L'obiezione di coscienza incontro/scontro tra diritto naturale e diritto positivo: il caso dell'interruzione volontaria della gravidanza*, in *www.federalismi.it*, 2017; S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in C. COLAPIETRO, (a cura di), *I modelli di welfare sanitario tra qualità e sostenibilità: esperienze a confronto, Atti del Convegno Internazionale, Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza 5 e 6 aprile 2017*, Editoriale Scientifica, 2018; S. TALINI, *interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. profili critici e ipotesi di superamento*, in *www.osservatorioaic.it*, 2/2017 e A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2015, p. 132 sgg.

[16] Questa eventuale sentenza della Corte costituzionale avrebbe seguito, dunque, lo schema delle sentenze additive. Sulle sentenze additive, è sufficiente il tale sede il richiamo a S. M. CICCONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, V ed., Giappichelli, 2014, p. 95 sgg.

[17] Si evince, dunque, come la giustizia venga in rilievo quale funzione imprescindibile, a differenza dell'esigenza di tutela del diritto di autodeterminazione.

l'obiezione di coscienza deriva, ancora una volta, dall'ambito delle pratiche abortive in particolare tra quelle riconducibili all'assunzione di specifici farmaci[18]. L'assenza di una disposizione legislativa che espressamente riconosca l'obiezione in capo ai farmacisti, che dietro prescrizione medica vendono il farmaco abortivo, ha spinto alcuni deputati a presentare un disegno di legge che, se approvato, avrebbe consentito a ogni farmacista di astenersi dal consegnare «qualsiasi dispositivo, medicinale o sostanza che il professionista giudichi, in scienza e coscienza, atto a produrre effetti anche potenzialmente abortivi»[19]. In assenza di una siffatta disposizione normativa, però, non è possibile affermare che vi sia in capo ai farmacisti la possibilità di obiettare[20]. Sulla questione, infatti, è intervenuta anche la Corte di Strasburgo, sostenendo che, in assenza di un'apposita legge, la libertà di coscienza non può spingersi fino al punto di consentire il rifiuto dei farmacisti di vendere prodotti contraccettivi[21].

La necessità di un intervento legislativo affinché un individuo possa sollevare obiezione di coscienza sembra trovare un ulteriore riscontro nella giurisprudenza costituzionale, laddove non è mai stata affermata l'obbligatorietà della clausola di coscienza.

La tesi che si vuole sostenere è che l'obiezione di coscienza sia un 'diritto ad interposizione legislativa': l'individuo le cui convinzioni morali e religiose si pongono in contrasto con le norme giuridiche potrà legittimamente obiettare (si parla, in tal caso, di obiezione *secundum legem*) solo qualora ciò sia stabilito espressamente da una disposizione legislativa. Nelle altre ipotesi, la condotta del soggetto che viola le disposizioni normative in virtù dei comandi della propria coscienza (obiezione *contra legem*) sarà considerata antigiuridica, con le conseguenze a ciò riconnesse. Questa conclusione risponde anche alle esigenze generali dell'ordinamento: consentire che, anche laddove non sia previsto, l'individuo possa ritenersi esente, per motivi di coscienza, dall'adempimento degli obblighi previsti dalla legge comporterebbe il rischio della crisi dell'intero sistema. Senza la necessità di soffermarsi sulle caratteristiche di un ordinamento giuridico, appare indubbio che questo viva grazie al principio di cogenza del diritto[22], che sarebbe

---

[18] Attualmente i farmaci che provocano aborto farmacologico in commercio sono l'RU486 e il Norlevo, noto come "pillola del giorno dopo". La differenza tra i due è insita nella circostanza che il primo può essere somministrato esclusivamente in ambito ospedaliero, in quanto cagiona l'espulsione dell'embrione che si è annidato, ciò comportando l'integrale applicazione della disciplina della l. 194, mentre il secondo farmaco è un contraccettivo di emergenza, che, ritardando e/o bloccando l'ovulazione, impedisce il formarsi di una gravidanza, se assunto nelle ore immediatamente successiva al rapporto sessuale non protetto.

[19] Cfr. XVII leg., d.d.l. AC 3805, dep. Gigli e Sberna, presentato alla Camera il 4 maggio 2016. Il progetto di legge è stato assegnato alla XII Commissione Affari Sociali in sede Referente il 20 maggio 2016, dove risulta essersi arenato. L'atto di iniziativa legislativa è, dunque, decaduto a seguito della fine della legislatura.

[20] Sulla questione se i farmacisti possano obiettare si è sollevato un acceso dibattito: per un approfondimento sul tema, si veda G. DI COSIMO, *I farmacisti e la pillola del giorno dopo*, in *Quad. cost.*, 1/2001, p. 144 sgg.; G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, Editoriale scientifica, 2014, p. 12; L. MUSSELLI – C. B. CEFFA, *cit.*, 106 sgg. e F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale scientifica, 2014, p. 133, secondo cui «non potendo l'eventuale obiezione del farmacista o del medico alla vendita o alla prescrizione della pillola del giorno dopo né ricadere nella sfera di applicazione dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978 né invocarne l'applicazione analogica, il rifiuto dei due professionisti non ha, nel nostro ordinamento, copertura normativa».

[21] Cfr. Corte EDU, *Pichon c. Francia*, 2.10.2001.

[22] Riassumibile nel concetto di effettività per come sviluppato da F. MODUGNO in *Validità (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 44 – 84. Si veda anche G. ZAGREBELSKY, *Validità, efficacia ed effettività*, in *Dir. e soc.*, 1/2018, pp. 1 – 10.

messo seriamente in discussione, se ogni soggetto potesse disattendere le norme giuridiche sulla base dei convincimenti interiori, qualunque essi siano[23]. Il riconoscimento dell'obiezione di coscienza, dunque, deve passare attraverso un intervento del legislatore, che preveda le singole fattispecie in cui questa possa essere sollevata legittimamente. D'altronde, l'estrema genericità che caratterizza il contenuto dell'obiezione di coscienza non consente di tracciare un linea di demarcazione certa tra quali convinzioni morali possano effettivamente considerarsi idonee a configurare ipotesi legittime di esenzione dagli obblighi normativi: se tale valutazione venisse rimessa ai giudici, caso per caso, anche in assenza di espresse previsioni legislative, si correrebbe il rischio di veder proliferare istanze disgregative, incompatibili con la sopravvivenza dell'ordinamento giuridico.

Ciò non significa che le scelte del legislatore, anche in ordine alla non previsione della clausola di coscienza, vadano esenti da qualsiasi tipo di sindacato. Qualora il legislatore, nell'attività di bilanciamento tra valori confliggenti, decida di comprimere la libertà di coscienza e non prevedere la possibilità di sollevare obiezione, nulla esclude un intervento della Corte costituzionale volto ad accertare se tale mancata previsione sia il risultato di una scelta manifestamente irragionevole e, come tale, tradursi in una declaratoria di incostituzionalità.

Il diritto dell'obiezione di coscienza è stato oggetto anche di pronunce della Corte di Strasburgo. Nella CEDU non è espressamente sancito tale diritto, in quanto l'unico riferimento presente si limita a sancire che le forme alternative al servizio militare previste eventualmente negli Stati membri per gli obiettori di coscienza non possono essere qualificate quale lavoro forzato. Ma il diritto all'obiezione di coscienza ha trovato comunque riconoscimento, in via interpretativa, nella libertà di coscienza di cui all'art. 9 e nel divieto di lavoro obbligatorio *ex* art. 4 della Convenzione. La giurisprudenza iniziale della Corte EDU era, senza ombra di dubbio, orientata nel senso di ammettere la facoltà di considerarsi esenti dal rispetto di determinate norme, solo nel caso in cui l'ordinamento di riferimento lo avesse espressamente previsto[24]. Questa giurisprudenza sembrava essere superata con la sentenza *Bayatyan c. Armenia*[25], in cui la *Grand Chambre*, dopo una prima

[23] La stessa tesi è sostenuta, tra i molti, da A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in Digesto delle discipline pubblicistiche, X, Torino 1995, p. 240 sgg. e F. PALAZZO, *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir*., XXIX, 1979, p. 547 sgg. Di parere contrario è, invece, D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica,* Passigli, 2011, p. 263 sgg., il quale afferma la possibilità di un riconoscimento giurisprudenziale all'obiezione di coscienza, quand'anche questa non sia espressamente prevista a livello legislativo, fatta eccezione per i casi in cui «il tenore letterale della disposizione non lo consente, o quando al silenzio della legge debba essere inequivocabilmente assegnato il significato di escludere l'obiezione di coscienza, oppure quando l'intervento di una disciplina legislativa sia indispensabile per evitare situazioni di disuguaglianza e comportamenti opportunistici». Sostiene una tesi ancora diversa F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Dir. e questioni pubbliche*, n. 9/2009, p. 184, secondo il quale l'interposizione legislativa non risulta strettamente necessaria, ma «è opportuna soprattutto nei casi in cui una determinata obiezione di coscienza abbia un ampio spettro di diffusione e quando tale obiezione interessa persone che ricoprono funzioni pubbliche e sono, pertanto, in linea di principio legati da doveri di ruolo, poiché in tali casi bisogna assicurare non solo la tutela della coscienza individuale ma anche che ciò non si risolva in un danno nei confronti di terzi». Come è facilmente deducibile, il pluralismo di opinioni in merito alla logica e alla struttura del diritto di obiezione evidenziano la complessità del tema affrontato.

[24] Si veda, a tal proposito, Corte EDU casi: *X c. Austria*, 02.03.1973; *X c. Repubblica Federale Tedesca*, 07.07.1077; *N c. Svezia*, 11.10.1984; *Ülke c. Turchia*, 24.01.2006.

[25] Cfr. Corte EDU, *Grand Chamber, Bayatyan c. Armenia*, 7 luglio 2011.

pronuncia della Corte in cui veniva ribadito il precedente orientamento[26], ravvisava una violazione dell'art. 9 nella mancata previsione, nell'ordinamento armeno, di un servizio alternativo a quello militare obbligatorio per chi decidesse di sollevare obiezione di coscienza. Questa pronuncia ha spinto parte della dottrina a ritenere ormai avallata anche dalla Corte di Strasburgo la concezione dell'obiezione di coscienza quale diritto costituzionalmente doveroso[27]. Eppure, a ben vedere, in una successiva sentenza, *Eweida e altri c. Regno Unito*, la Corte è giunta ad una conclusione differente[28]. L'*iter* argomentativo seguito dalla Corte risulta abbastanza chiaro: tra i due valori in gioco – la tutela delle coppie omosessuali, da un lato, e il riconoscimento dell'obiezione di coscienza, dall'altro – lo Stato ha legittimamente optato, nell'ambito dell'ampio margine di apprezzamento riconosciutogli, per la compressione del secondo a favore del primo. La Corte non ha negato la sussistenza del diritto all'obiezione di coscienza, ma ha ritenuto che spettasse agli ordinamenti nazionali la scelta sul grado di protezione da garantire nell'ipotesi di conflitto con altri diritti fondamentali.

A ben vedere, dunque, anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è dirimente il tema della ponderazione tra valori. Nel caso *Bayatyan c. Armenia*, i giudici devono aver ritenuto che il dovere di difesa della Patria ben avrebbe potuto (evidentemente anche alla luce della previsione negli altri Stati dell'obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio) essere espletato attraverso servizi sostitutivi, tutelando così coloro che avessero espresso il rifiuto alle armi sulla base delle loro convinzioni religiose o morali. Diversamente, nell'altra fattispecie, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità di sollevare obiezione di coscienza in ordine alle unioni civili di coppie omosessuali trovasse un fondamento legittimo nell'esigenza di evitare discriminazioni basate sull'orientamento sessuale.

Si è visto che né la Costituzione né la CEDU contengono un espresso riconoscimento dell'obiezione di coscienza. Questo si trova, invece, nella Carta di Nizza, che all'art. 10, 2 co. sancisce il diritto all'obiezione, prevedendo che questo è riconosciuto «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Così come formulata, la disposizione è volta a garantire il diritto all'obiezione di coscienza, ma attraverso il necessario intervento del legislatore nazionale: un ulteriore argomento a favore della tesi dell'obiezione di coscienza quale diritto ad interposizione legislativa necessaria[29].

---

[26] Cfr. Corte EDU, *Bayatyan c. Armenia*, 29.10.2009.

[27] Si veda, tra tutti, D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, cit., p. 258 sgg.

[28] Cfr. Corte EDU, *Eweida e altri c. Regno Unito*, 15.01.2013. La causa trae origine da quattro ricorsi, aventi in comune la lamentata violazione della libertà di religione. Dopo aver analizzato le diverse fattispecie, la Corte ha accertato la violazione dell'art. 9 CEDU solo nella vicenda della signora Edeiwa, a cui il suo datore di lavoro aveva impedito di indossare un simbolo religioso durante l'orario di lavoro. Negli altri tre casi la Corte ha ritenuto non fondate le censure. La vicenda che qui rileva, in quanto l'unica strettamente relativa al diritto all'obiezione di coscienza, trae origine dal rifiuto di una dipendente addetta ai pubblici registri del *London Borough of Islington* di presiedere alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e di procedere alla conseguente registrazione, perché ciò sarebbe stato contrario alle sue convinzioni religiose. La Corte, nel rigettare il ricorso, ha ritenuto legittimo il licenziamento. Il 27 maggio 2013 la *Grand Chambre* ha rigettato l'istanza di riesame, rendendo così definitiva la suddetta pronuncia. Per un approfondimento v. E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013, p. 11.

[29] Così S. RODOTÀ, *Obiezione di coscienza e diritti fondamentali*, in P. BORSELLINO – L. FORNI – S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, 2011, p. 31.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'interposizione legislativa, in tema di obiezione di coscienza, appare la soluzione preferibile, quale giusto compromesso tra l'esigenza di evitare che i soggetti versino in situazioni di conflitto insanabile con gli obblighi imposti dal diritto– da un lato – e l'esigenza di evitare che l'ordinamento degeneri in una forma anarchica, dove le norme risultino efficaci solo in quanto moralmente condivise dai consociati – dall'altro. Il rischio di considerare l'obiezione di coscienza costituzionalmente doverosa è rappresentato dalla possibilità che l'attuazione di ogni intervento normativo possa essere ostacolata, con evidente lesione dei principi di certezza del diritto e del buon andamento della pubblica amministrazione, nonché degli altri diritti che le norme vogliono tutelare. L'accoglimento della tesi dell'obiezione generalizzata realizzerebbe un'inversione paradossale tale per cui ogni obbligo normativo di per sé sarebbe derogabile se confliggente con la coscienza dei soggetti, con il pericolo di deriva della concezione stessa di ordinamento giuridico: «in un sistema costituzionale e democratico [...] è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge»[30].

3. La mancanza di una clausola espressa di coscienza nella legge sul fine-vita (L. n. 219/2017)

Quanto si è finora detto a proposito del dilemma dell'obiezione di coscienza costituisce un buon punto di partenza dal quale affrontare la questione dell'obiezione nelle normative sul fine-vita e, nello specifico, dell'assenza di una clausola di coscienza espressa nella recente legge n. 219/2017. La legge, approvata nel dicembre 2017, ha introdotto – per la prima volta a livello nazionale – una disciplina dettagliata del consenso informato in tema di trattamenti sanitari e di disposizioni anticipate di trattamento (DAT), rappresentando una vera novità per l'ordinamento italiano, che risultava tra i pochi Stati europei a non aver disciplinato un aspetto così delicato del percorso di vita del singolo[31].

Nell'articolato, frutto di un *iter* parlamentare controverso[32], si recepiscono una serie di buone prassi già sperimentate a livello locale[33] e si introducono una serie di accorgimenti e di

[30] Così, Cons. St., sez. atti normativi, 21 luglio 2016, n. 1695: parere reso sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile ai sensi della legge n. 76 del 2016, contenente la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

[31] Per qualche cenno comparato v. C. CASONATO, *Il fine vita nel diritto comparato, fra imposizione, libertà e fuzzy sets*, in C. CASONATO – L. BUSATTA – S. PENASA – C. PICIOCCHI – M. TOMASI (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, e-book Università di Trento, 2014, p. 285 sgg. e C. CASONATO – T. E. FROSINI – T. GROPPI, *L'atipicità del panorama italiano in tema di biodiritto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2007, p. 1650 sgg.

[32] Sui lavori parlamentari sia consentito rinviare a I. DEL VECCHIO, *L'approvazione nel finale di legislatura della legge n.219 del 2017: una doppia matrice per le regole sul fine vita*, in *Rassegna parlamentare*, 1, 2018, p. 197 sgg.

[33] Il Friuli Venezia Giulia, in particolare, per primo approvava una legge che regolava le DAT e le disposizioni sulla volontà di donare organi e tessuti (l. r. n. 4 del 13 marzo 2015). Con particolare riferimento alle DAT la legge regionale disponeva, all'art. 1, il riconoscimento della «possibilità della persona di rendere esplicite con certezza le proprie determinazioni in ordine ai trattamenti sanitari, nell'ambito del Servizio sanitario regionale e in tutte le fasi della vita, ivi compresa quella terminale, e anche per l'ipotesi in cui la persona stessa non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi di legge». La normativa regionale, però, è stata dichiarata incostituzionale, con la sent. n. 262/2016, per violazione degli artt. 3 e 117, secondo comma, lett. l), Cost., in quanto la materia rientra tra quelle di competenza esclusiva statale. A commento della pronuncia v. C. MAGNANI, *Sul testamento*

meccanismi atti a promuovere la consapevolezza del paziente nel rilascio del consenso ai trattamenti e nella scelta delle opzioni terapeutiche future contenute nelle DAT (dichiarazioni anticipate di trattamento)[34].

Le legge, ad esempio, risolve positivamente la questione sulla riconducibilità dei trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale tra i trattamenti di cui il paziente può disporre – oggetto di un acceso dibattito[35] – così andando a toccare questioni che, anche se non espressamente riconducibili all'eutanasia, inevitabilmente incidono sul fine vita[36].

In questo contesto non può che destare qualche perplessità l'assenza nella legge della facoltà di obiezione per il personale sanitario o ausiliario chiamato a dare esecuzione alle disposizioni del paziente.

Sull'opportunità di prevedere l'obiezione di coscienza nell'ambito delle discipline sul fine vita si trova un ampio riscontro nella dottrina straniera[37] sebbene, anche in paesi dove la normativa è presente da tempo, non sempre il legislatore abbia positivizzato la facoltà per i medici di appellarsi a motivi di coscienza per non dare attuazione alle direttive del paziente[38].

---

biologico altro scontro tra Stato e Regioni. Il Titolo V fa male alla salute? in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 dicembre 2016 e L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di eguaglianza»*, in *Le Regioni*, 3, 2017, pp. 563 – 579.

[34] La forma richiesta per l'espressione delle DAT è quella dell'atto pubblico, della scrittura privata autenticata o della dichiarazione consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro. È quindi esclusa la possibilità di fornire le suddette dichiarazioni attraverso un atto olografo. Tale scelta è stata letta da alcuni come un fattore di burocratizzazione eccessiva dello strumento. Il requisito formale richiesto, per la verità, non sembra costituire un reale problema: la richiesta di formalità è, infatti, giustificabile alla luce delle esigenze di tutela che sono sottese alla libera e certa manifestazione del consenso che il dichiarante presta e sono in ogni caso controbilanciate dalla previsione di importanti strumenti di semplificazione e di potenziamento delle dichiarazioni. Esistono nella legge, infatti, incentivi sia di carattere economico quali, ad esempio, l'esenzione dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa che di carattere materiale come, ad esempio, la possibilità di esprimere le DAT, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso videoregistrazioni o servendosi di dispositivi che permettono la comunicazione di soggetti con disabilità. Le dichiarazioni, poi, possono essere in ogni momento modificate o revocate dal dichiarante nelle medesime forme o, in caso di necessità, con forme "semplificate" (art. 4, comma 6).

[35] In linea con quanto suggerito dalla dottrina – cfr., tra gli altri, C. BARBISAN – M. BONETTI – A. FELTRIN – E. FURLAN, *Etica nel morire. Vissuto degli operatori e ruolo dei comitati etici*, Franco Angeli, 2011, p. 172 sgg. – la legge non opera alcuna esclusione con riferimento alle pratiche terapeutiche di nutrizione e idratazione artificiale, facendole rientrare tra i trattamenti dei quali il dichiarante può disporre. Si è così evitato il paradosso – che si stava verificando con l'approvazione del d.d.l. Calabrò durante la XVI legislatura – di prevedere una normativa sulle disposizioni anticipate di consenso sui trattamenti sanitari negando, però, la possibilità di far rientrare tra i c.d. trattamenti sanitari rifiutabili quelli che più di altri incidono sulla prosecuzione "artificiosa" della vita come l'idratazione, la nutrizione e la ventilazione artificiale. Il d.d.l. Calabrò, infatti, escludeva la natura di trattamento sanitario della nutrizione e idratazione artificiale, facendoli rientrare nella diversa categoria delle forme di "sostegno vitale" per le quali non era possibile disporre il dissenso.

[36] Per questo si è soliti distinguere l'eutanasia attiva (somministrazione di un farmaco che provoca la morte) da eutanasia passiva (interruzione delle cure che tengono in vita il paziente) e ricondurre le DAT alla seconda categoria.

[37] Tra gli altri v. M.R. WICCLAIR, *Conscientious Objection*, in S. J. YOUNGNER – R.M. ARNOLD (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethics at the End of Life*, Oxford, 2016, p. 87 sgg.

[38] Emblematico è il caso statunitense dove il Patient Self-Determination Act (PSDA) – la legge federale sulle decisioni del fine vita – è in vigore dal 1990 ma non inclusivo di alcuna forma di obiezione. La legge,

Anche nel sistema italiano, come si diceva nel paragrafo precedente, non sembra esistere un obbligo costituzionale all'obiezione, non esiste – in altre parole – per il legislatore un dovere di inserire una clausola di coscienza tutte le volte che la legge approvanda tocchi temi eticamente sensibili[39].

Sebbene in Parlamento in apertura di XVIII legislatura si sia già presentato un progetto di legge volto ad introdurre una clausola di coscienza nella legge n. 219[40], al momento nel testo di legge non vi è alcun riferimento espresso alla facoltà di obiettare in capo a chi sia tenuto a seguire le indicazioni contenute nelle disposizioni di consenso e nelle DAT, anche se queste provochino – seppur indirettamente – la morte del paziente.

Ebbene, seguendo le alternative prospettate nel paragrafo precedente a fronte di un silenzio normativo in materia di obiezione, le strade ermeneutiche sono varie e possono – sinteticamente – ricondursi a tre: una lettura 'ampliativa', una 'costituzionalmente orientata' e una 'restrittiva'. Nel primo senso, potrebbero cogliersi, in alcune disposizioni della legge, gli appigli necessari per una previsione implicita della facoltà di obiettare; nel secondo senso, prediligere, come è stato proposto da alcuni, una lettura costituzionalmente orientata che vada oltre il dettato normativo e inserisca un'ipotesi di obiezione di coscienza[41], anche attraverso l'intervento manipolativo della Corte costituzionale[42]; o, infine, si potrebbe seguire un'interpretazione letterale delle disposizioni sul fine-vita e così escludere qualsiasi facoltà di obiezione.

In primo luogo, si potrebbe seguire la strada interpretativa che rintraccia, nella legge n. 219, la previsione implicita di una clausola di coscienza. Agli articoli 1 e 4 della legge in esame, infatti, vi sono disposizioni che sembrano presupporre la facoltà di obiezione

Nell'art. 1, comma 6, ad esempio, si limita l'ambito di espressione del consenso del singolo quando si afferma che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste,

---

non fornendo indicazione alcuna, ha consentito che i singoli Stati federali abbiano operato decisioni autonome. Non tutti gli Stati hanno però indicato la via di risoluzione del conflitto nel caso in cui l'adempimento della scelta del paziente collida con la coscienza del medico, così lasciando una zona di incertezza normativa, con conseguenze sul piano giurisprudenziale.

[39]Nella prassi tale clausola è contenuta espressamente in molte delle discipline che, al pari di quella oggetto di esame, trattano di questioni afferenti alla bioetica. Si fa riferimento, ad esempio, alla legge n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza, alla legge n. 413 del 1993 sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale e alla legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, tutte contenenti una clausola di coscienza.

[40] Cfr. XVIII leg., A.C. 674 d.d.l. Mugnai '*Introduzione dell'articolo 4-bis della legge 22 dicembre 2017, n. 219, concernente la clausola di coscienza del personale medico e sanitario rispetto alle attività conseguenti a rifiuto o rinunzia del paziente ai trattamenti sanitari*' presentato alla Camera il 30 maggio 2018 e per il quale non è ancora iniziato l'esame.

[41] Opera questa ricostruzione – pur non sostenendola – D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?,* in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 1, 2018, p. 34.

[42] Vi sarebbe un profilo di incostituzionalità nella 'omessa previsione' dell'obiezione con la 'natura pluralista della società' e l'estensione dell'obbligo di esecuzione delle prestazioni a ogni struttura 'pubblica e privata', non prevedendo alcuna riserva a favore delle strutture sanitarie ecclesiastiche che godono di privilegi previsti pattiziamente si contrasterebbe con l'art. 7 Cost. Questa la ricostruzione offerta da L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2018, p. 188 sgg. Infine, l'incostituzionalità potrebbe risiedere nella violazione della libertà di coscienza stessa (artt. 2, 3, 19 e 21 Cost.).

il medico non ha obblighi professionali». Il medico, dunque, può sottrarsi all'adempimento dell'obbligo di esecuzione volontà disposte dal dichiarante, attraverso il rinvio alla *deontologia professionale* o alle *buone pratiche clinico-assistenziali*. Questi due ultimi riferimenti, però, pongono dei problemi applicativi dal momento che si tratta di due fonti extra legislative dalla dubbia natura normativa che prevedono, peraltro, regole che limitano l'operare delle DAT. Il Codice di deontologia medica del 2014, aggiornato da ultimo nel gennaio 2017, contiene – ad esempio – una previsione che espressamente esclude che il medico, anche su richiesta del paziente, possa effettuare o favorire atti finalizzati a provocarne la morte (art. 17)[43]. O ancora, nella stessa disciplina delle DAT contenuta nel Codice di deontologia medica, si dice che il medico «*tiene conto* delle dichiarazioni anticipate di trattamento [e] verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente [cors. agg.]» (art. 38 Codice di deontologia medica 2014), così ponendo ulteriori problemi di coordinamento con la disciplina legislativa per la quale «il medico *è tenuto* al rispetto delle DAT [cors. agg.]» (art. 4, comma 5).

Così, attraverso la deontologia medica, il medico potrebbe sottrarsi all'obbligo di eseguire le DAT attribuendo al Codice "ruolo supplente delle clausole di coscienza"[44]. Questa ricostruzione, però, non può essere sostenuta dal momento che la delicatezza – anche in termini di sostenibilità amministrativa[45] – che la gestione della previsione di un'obiezione comporta necessita di un fondamento normativo ben più solido del Codice deontologico e degli altri referenti richiamati dalla norma, referenti di cui è dubbia la stessa natura normativa[46]. La deontologia medica, in altre parole, può orientare le scelte in ambito medico ma «scont[a] taluni problemi ai fini della sua collocazione nel sistema delle fonti»[47] e per questo – si ritiene – non possa costituire il fondamento di una clausola di coscienza.

L'art. 4, comma 5, della legge in esame, poi, enuclea le ipotesi in cui il medico può legittimamente rifiutarsi di eseguire le volontà espresse dal soggetto nelle DAT. La clausola è certamente necessaria dal momento che il campo della ricerca medica è in continua evoluzione e il dato temporale può facilmente rendere obsoleti alcuni trattamenti o crearne di nuovi ma la lettera della norma è talmente ampia da permettere facilmente una lettura 'abusiva' attraverso un progressivo ampliamento delle ipotesi di esclusione.

---

[43] Rilevava simili problemi, già prima dell'approvazione definitiva della legge, M. AINIS, *Se obiettano sul testamento biologico*, in *La Repubblica*, 26 febbraio 2017.

[44] Usa questa espressione, sebbene con riferimento alla diversa ipotesi dell'obiezione dei farmacisti nella vendita della c.d. pillola del giorno dopo, D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, cit., p. 287.

[45] La libertà di coscienza del medico può infatti scontrarsi con i principi organizzativi, primo tra tutti il principio di buon andamento della PA, che trovano fondamento nell'art. 97 Cost. Sul punto v. G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. DI COSIMO – A. PUGIOTTO – S. SICARDI, *La libertà di coscienza*, Editoriale scientifica, 2015, p. 26 sgg.

[46] Sul punto v. P. I. D'ANDREA, *Diritto, tecnica, economia: brevi note su alcune recenti tendenze della legislazione in materia di tutela della salute e ricerca scientifica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013.

[47] C. CASONATO, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in F. LUCREZI – F. MANCUSO (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubettino, 2010, p. 92 sgg.

Vi è chi, d'altra parte, sostiene che sia possibile rinvenire nella legge una qualche forma di obiezione di coscienza attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata o attraverso un intervento manipolativo della Corte costituzionale.
Entrambi questi orientamenti – benché il primo contempli una obiezione non espressa, ma ricavabile interpretativamente (l'obiezione c'è ma non si vede) mentre il secondo rinvenga nell'assenza dell'obiezione, colmata dalla Corte, la ragione dell'incostituzionalità (l'obiezione non c'è ma dovrebbe esserci) – presuppongono il riconoscimento di un diritto costituzionale all'obiezione di coscienza. Come si è visto, la Corte costituzionale ha desunto dagli artt. 2, 3, 19 e 21 Cost. la libertà di coscienza e di fede oltre al principio (supremo) della laicità dello Stato, ma non ha mai ritenuto come 'costituzionalmente dovuta' la previsione di una clausola di coscienza. In altre parole, l'inserimento di tale previsione rientra, a parere di chi scrive, nella piena discrezionalità del legislatore che è chiamato, peraltro, a bilanciare l'interesse protetto dall'obiezione di coscienza con gli altri interessi in conflitto. Pertanto non sembra corretto ritenere che la stessa possa essere enucleata dai giudici comuni, attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme, o aggiunta dalla Corte costituzionale con un intervento di tipo additivo[48].
Per questo sembra, piuttosto, auspicabile una lettura fedele al dato testuale: la legge non contiene alcuna previsione espressa circa la possibilità di obiettare e per questo non è consentita alcuna deroga al disposto normativo. Tale lettura, nella sua linearità, sembra essere quella preferibile dal momento che assicura l'operatività della legge e non pone problemi di ordine organizzativo all'interno delle strutture sanitarie.
A conferma di tale ultimo punto può richiamarsi l'art. 1, comma 9, dove si dispone che «ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei princìpi di cui alla presente legge». Ogni eventuale obiezione, in altre parole, potrebbe influire sull'organizzazione delle strutture sanitarie e quindi incidere sulla 'corretta attuazione' della legge stessa. Pertanto, prescrivendo la garanzia della piena attuazione della legge, prescriverebbe implicitamente la negazione di qualsiasi forma di obiezione o di deroga in grado di incidere sull'operare delle DAT nelle strutture sanitarie.
Questa lettura ha il merito di assicurare l'effettività della normativa, non consentendo *de iure condito* di prevedere alcuna forma di obiezione di coscienza, e di garantire che i casi di deroga all'esecuzione espressamente consentiti non siano utilizzati impropriamente quali clausole implicite di coscienza.

4. Quali sono le implicazioni pratiche? Cenni conclusivi.

La tesi della previsione implicita di una clausola di coscienza nella legge 219 non solo appare quale estremizzazione di quanto espressamente sancito dalle disposizioni in esame, ma stride altresì con la concezione dell'obiezione di coscienza quale diritto a interposizione legislativa necessaria.

[48] Sull'eventualità di un intervento della Corte costituzionale, si tenga presente che il recente Comunicato stampa della Corte costituzionale sul cd. Caso Cappato sembrerebbe deporre a favore dell'opportunità di un intervento del legislatore sulla materia del fine vita (cfr. c.s. 24 ottobre 2018). Sulla recente decisione della Corte costituzionale, v. *infra*, par. 4.

Il dato da cui partire per valutare i possibili risvolti pratici è, dunque, proprio l'impossibilità per il medico, allo stato attuale, di disattendere legittimamente le disposizioni anticipate di trattamento di un paziente, qualora contrastino con le sue convinzioni etico-morali, alla luce della non configurabilità di un'obiezione di coscienza *secundum legem*.
Proprio per l'esigenza di eliminare tale impedimento, a inizio legislatura – come è stato già rammentato – è stata presentata alle Camere una proposta di legge, di iniziativa parlamentare, volta a introdurre nella l. n. 219 il diritto all'obiezione di coscienza[49]. Nell'ipotesi in cui una siffatta proposta di legge fosse approvata, i problemi relativi all'obiezione di coscienza si sposterebbero sul piano della garanzia del servizio e del buon andamento della pubblica amministrazione. Come si è visto già il testo originario della legge – all'art. 1, comma 9 – prescrive la piena attuazione della legge da parte di tutte le strutture sanitarie – pubbliche o private – così da scongiurare il presentarsi di problemi operativi, come avvenuto per il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, spesso limitato operativamente dalle altissime percentuali di obiettori di coscienza presenti nelle strutture ospedaliere[50].
In questo casi si dovrebbe forse pensare a una rimeditazione del sistema di reclutamento dei medici in modo tale da assicurare l'accesso alle cure – e con esse anche l'esecuzione delle DAT – da parte dei pazienti[51].

---

[49] Cfr. XVIII leg., d.d.l. A.C. 674, Mugnai: «Alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, dopo l'articolo 4 è inserito il seguente art. 4-bis: Il personale medico ed esercente le attività e professioni sanitarie non è tenuto a rispettare la volontà, espressa dal paziente ai sensi dell'articolo 4, di rifiutare o rinunciare a un trattamento sanitario qualora sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione comunicata al direttore dell'azienda sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, e al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture sanitarie private autorizzate o accreditate, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione o dalla data di inizio dell'esercizio dell'attività presso l'azienda o struttura interessata. La dichiarazione può essere resa anche oltre il termine di cui al precedente periodo, ma in tale caso produce effetto dopo trenta giorni dalla data della sua presentazione. 2. L'obiezione di coscienza può essere revocata in ogni momento. 3. L'obiezione di coscienza esonera il personale medico ed esercente le attività e professioni sanitarie dal compimento delle sole procedure e attività specificamente e necessariamente dirette a eseguire la volontà, espressa dal paziente ai sensi dell'articolo 4, di rifiutare o rinunciare al trattamento sanitario». Il disegno di legge è stato presentato alla Camera dei Deputati il 30 maggio 2018 e attualmente risulta assegnato alla Commissione Affari Sociali in sede referente l'11 settembre 2018. Nella relazione illustrativa è evidenziato come la legge 219 non disciplini il diritto dell'*équipe* medica di sollevare obiezione di coscienza, rendendo, così, opportuno una modifica legislativa che introduca nel testo di legge una espressa clausola di coscienza, «nella ragionevole considerazione della necessità di un equilibrio tra i diversi interessi, anche di rango costituzionale, coinvolti nell'attuazione delle norme in oggetto».
[50] Su questo profilo, v. M. D. GARASIC, *La coscienza di Ippocrate*, Luiss, 2018, p. 92 sgg. Al di là dell'elevata percentuale di medici obiettori presenti soprattutto nel territorio della regione Lazio (secondo il Ministero della Salute superiore all'80%), ciò che lascia perplessi è la motivazione sottostante tale scelta, spesso ben lontana da questioni etico-morali dettate dalla propria coscienza, ma legata a motivi di mera convenienza, per evitare un aumento dei carichi di lavoro e un arresto nella carriera professionale. Tale situazione ha portato il Comitato europeo per i diritti sociali, nel 2014 e nel 2016, a condannare l'Italia per violazione del diritto alla salute delle donne, che incontrano intollerabili ostacoli nell'accesso all'aborto.
[51] La prassi che si è sviluppata a livello regionale, condannata dalla giustizia amministrativa, ad esempio, è quella del requisito contenuto nel bando di medico 'non obiettore'. Sul tema e sull'annullamento dei bandi regionali v. S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, cit., p. 403 sgg.

In questa sede, però, ci si vuole soffermare maggiormente sulle eventuali conseguenze derivanti dalle obiezioni di coscienza sollevate senza una base giuridica positiva. Difatti, anche alla luce di alcune dichiarazioni rilasciate dopo l'entrata in vigore della legge[52], appare presumibile ritenere che non mancheranno casi, pur in assenza di un'espressa previsione legislativa, di rifiuto da parte degli operatori medico-sanitari di dare seguito alle richieste del paziente contenute nelle DAT, quando queste siano in contrasto con le ragioni di coscienza[53].
In questi casi, teoricamente, dovrebbe configurarsi una ipotesi di rifiuto di atti d'ufficio, con conseguente condanna del medico "obiettore". Ciò nonostante, alcuni giudici di merito, nella convinzione che l'obiezione di coscienza sia un diritto illimitato e costituzionalmente doveroso, potrebbero decidere di concludere per la legittimità di una siffatta condotta[54], con la conseguenza di riconoscere in capo al singolo medico il diritto di sollevare obiezione di coscienza. In altre parole, il giudice – sul presupposto che l'obiezione di coscienza, almeno nelle materie sensibili che coinvolgono questioni inerenti la vita e la morte, debba sempre essere riconosciuta – potrebbe essere spinto a fornire una interpretazione, a suo dire, costituzionalmente orientata delle disposizioni della legge 219[55]. Ma, in tal modo, si ricaverebbe dalla legge ciò che la legge non stabilisce. Inoltre, una siffatta ipotesi non solo rischierebbe di mettere a repentaglio la pregnanza del principio di certezza del diritto, ma potrebbe anche risultare lesiva del principio di

[52] Tra tutte, si veda quanto affermato da don Carmine Arice, il quale, in qualità di superiore generale del Cottolengo, storica istituzione torinese impegnata nella cura e nell'assistenza dei malati, ha espresso il rifiuto dell'intera struttura ad assecondare richieste di morte (intervista di L. MONTANARO, *Dal Cottolengo obiezione di coscienza alle DAT*, in *www.famigliacristiana.it*, 16 dicembre 2017).
[53] Si ricorda, infatti, che, attualmente, il medico può legittimamente rifiutarsi di eseguire le volontà espresse dal soggetto nelle DAT solo qualora queste risultino manifestamente inappropriate o non corrispondenti allo stato effettivo di salute del paziente o siano state stilate quando ancora non erano conosciute terapie in grado di migliorare sensibilmente la condizione del paziente (art. 4, co. 5, l. 219/17). Si veda, anche, la dichiarazione rilasciata dall'allora Ministro della salute Beatrice Lorenzin subito dopo l'approvazione della legge n. 219/17: «sarà possibile per gli operatori sanitari applicare l'obiezione di coscienza sulle Dat, le disposizioni anticipate di trattamento appena approvate dal Parlamento. (…) È mia intenzione – ha detto – immediatamente dopo la pubblicazione della legge, incontrare i rappresentanti delle strutture sanitarie private cattoliche, per condividere con loro opportune modalità applicative della legge» (*Biotestamento, Lorenzin: "Garantirò obiezione di coscienza"*, in *Ansa*, 20 dicembre 2017) ma anche quella del direttore dell'Ufficio nazionale di pastorale della salute Angelelli: «Sulle Dat faremo obiezione di coscienza», in *Avvenire*, 15 dicembre 2017.
[54] D'altronde, a ben vedere, non sarebbe la prima volta che un giudice di merito decide di riconoscere legittima l'obiezione di coscienza sollevata in assenza di espressa previsione normativa. Infatti, il Tribunale di Gorizia, nel 2016, con sentenza confermata in sede di appello nel luglio del 2018, ha assolto dal reato *ex* art. 328 c.p. una farmacista che, per motivi legati alla propria fede religiosa, si era rifiutata di vendere un farmaco abortivo, seppur dietro presentazione di valida prescrizione medica. Si è trattato di una pronuncia singolare, basata soprattutto sulla circostanza che la donna che richiedeva il farmaco non aveva avuto comunque difficoltà a reperirlo, con conseguente non avvenuta lesione del bene penalmente protetto. Tale sentenza lascia aperta la possibilità che, in futuro, anche i medici che sollevino obiezione di coscienza ai trattamenti sanitari richiesti con le disposizioni anticipate di trattamento non incontrino conseguenze giuridiche.
[55] V., *ex multis*, M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente*, Giuffrè, 2014, p. 122 sgg., il quale sostiene che al meccanismo dell'*interpositio legis* debba affiancarsi quello dell'*interpositio iudicum*: all'autorità giudiziaria potrebbe essere consentito vagliare ed eventualmente riconoscere richieste di obiezione di coscienza non espressamente previste dal legislatore, purché, però, utilizzi valutazioni basate sui medesimi principi giuridici seguiti dal legislatore per le ipotesi di riconoscimento espresso.

uguaglianza, qualora le decisioni di merito, in questo clima di incertezza per assenza di espressa clausola di coscienza, non si muovano tutte nella stessa direzione[56].

L'ultimo scenario possibile sarebbe rappresentato dall'intervento della Corte costituzionale. Come già affermato, la teoria dell'obiezione di coscienza a necessaria interposizione legislativa impedirebbe una pronuncia di tipo additivo per assenza di un diritto costituzionalmente doveroso. Ma non esclude, in via assoluta, che i giudici costituzionali dichiarino l'incostituzionalità della disposizione per omessa previsione della clausola di coscienza, qualora risulti manifestamente irragionevole la ponderazione dei valori in gioco effettuata dal legislatore, che ha portato a non prevedere il diritto all'obiezione.

Nella fattispecie oggetto di analisi, nulla esclude, dunque, che la Corte pronunci una declaratoria di incostituzionalità della legge 219/17 per mancata previsione dell'obiezione di coscienza quale conseguenza di un irragionevole bilanciamento tra la tutela del diritto di obiettare secondo coscienza del medico e la tutela del diritto di autodeterminazione e del diritto alla salute del paziente[57].

A ben vedere, però, la recente decisione della Corte costituzionale di rinviare di quasi un anno la trattazione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p., «per consentire in primo luogo al

[56] Sebbene non contenga richiami alla legge 219, sembra opportuno sottolineare in questa sede che una delle ultime decisioni di merito rinvenute, relative alla possibilità per il medico di disattendere quanto richiesto dal paziente, si è conclusa con la dichiarazione dell'illiceità della condotta dell'esercente la professione sanitaria (Trib. T. Imerese, sent. n. 465/18, 06 aprile 2018, con cui è stato condannato per il reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. il medico che ha praticato emotrasfusioni, nonostante l'espresso rifiuto della paziente). Ovviamente, il motivo che ha spinto l'esercente la professione medica a somministrare il trattamento, prescindendo dalle volontà del paziente, è insito nelle sue convinzioni etico-morali, ancorché non si possa parlare di "vera" obiezione di coscienza, in quanto questa si estrinseca nel *non facere* imposto dalla coscienza contro un facere previsto dal diritto. Ciò nonostante, la sentenza *de qua* è rilevante nella parte in cui esclude che al medico che sottoponga un soggetto ad un trattamento sanitario, liberamente e lucidamente rifiutato da quest'ultimo, possa applicarsi alcuna scriminante, anche laddove l'interruzione o la non attivazione della cura possa causare la morte del paziente, alla luce della preminenza del diritto di autodeterminazione del paziente, che costituirebbe un limite non valicabile dell'esercizio dell'attività medica.

[57] Si potrebbe anche prospettare – sebbene non sia un'opzione auspicata da chi scrive – l'ipotesi dell'intervento della Corte costituzionale attraverso una sentenza additiva di principio, che, rivolgendosi al legislatore, farebbe salva l'esigenza di una interposizione legislativa.

Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina»[58], lascia trasparire un *favor* generale per l'intervento del legislatore in materia di questioni sul fine-vita[59].

Alla luce di quanto detto finora, non solo la natura dell'obiezione di coscienza quale diritto ad interposizione legislativa, ma tutto l'insieme degli altri diritti e dei valori che a questa possano contrapporsi nonché le pronunce giurisprudenziali analizzate depongono a favore della necessità di una espressa previsione legislativa che possa risolvere, almeno sul piano teorico, il delicato problema dell'interazione tra i diritti del medico 'obiettore' e quelli del paziente, nell'ambito delle DAT.

E dunque: ciò che è sotteso al tema della mancata clausola di coscienza nella legge 219 del 2017 non è solamente l'eterno conflitto tra regola normativa e sfera intima del soggetto, ma altresì la *querelle* "pro-life contro pro-choice", che l'ordinamento è chiamato ad affrontare quando la scienza medica incontra il diritto.

---

[58] Cfr. Corte cost., Comunicato Stampa del 24/10/18, con il quale la Corte costituzionale ha anticipato l'esito della questione sollevata dalla Corte d'Assise di Milano, avente ad oggetto l'art. 580 c.p. nella parte in cui, secondo l'interpretazione seguita dal diritto vivente, incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione, «a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio». La Corte d'Assise di Milano, chiamata a pronunciarsi sulla condotta di Marco Cappato, che integrerebbe la fattispecie di reato di agevolazione del proposito suicidario altrui, per aver accompagnato Fabiano Antoniani in Svizzera, affinché quest'ultimo potesse porre fine alla sua vita, ha deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che «deve ritenersi che in forza dei principi costituzionali dettati agli art. 2, 13, I comma, della Costituzione ed all'art. 117 della Costituzione con riferimento agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'individuo sia riconosciuta la libertà di decidere quando e come morire e che, di conseguenza, solo le azioni che pregiudicano la libertà della sua decisione possano costituire offesa al bene tutelato dalla norma in esame» (1^ Corte di Assise di Milano, ordinanza del 14 febbraio 2018, imp. Cappato). Per un approfondimento, si veda A. MORRONE (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 12 ottobre 2018; S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *Federalismi.it*, 10, 9 maggio 2018 e sia consentito il rinvio a E. CANALE, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire (Osservazioni a margine dell'ordinanza della 1^ Corte di Assise di Milano, 14 febbraio 2018, imp. Cappato)*, in *www.osservatorioaic.it*, 2/2018.

[59] L'atteggiamento 'attendista' della Corte è stato criticato da alcuni – v. reazioni di V. ONIDA – G. M. FLICK riportate in *La sentenza della Consulta. Costituzionalisti increduli «La Corte deve decidere non inviare dei messaggi». Gli ex presidenti Onida e Flick critici sul pronunciamento nel caso di dj Fabo. E se il Quirinale sollevasse il conflitto, i giudici dovrebbero valutare sé stessi*, in *La Verità*, 26 ottobre 2018, p. 12 – perché contrario al divieto di *non liquet*, ma può essere letto, a parere di chi scrive, come un monito 'a scadenza' al legislatore che ha la responsabilità di svolgere un ruolo di ponderazione degli interessi in materie così delicate.

L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento".

di ***Marco Edgardo Florio*** *(praticante avvocato)*

Con la L. n. 219 del 2017 le c.d. "direttive anticipate di trattamento" hanno finalmente trovato organica sistemazione nel nostro ordinamento. Per quanto accolto da molti con favore, tale intervento legislativo è stato altresì oggetto di qualche critica: tra le più pregnanti si segnala quella concernente la mancata previsione del diritto del medico all'obiezione di coscienza. Il presente contributo si propone di scandagliare il tema dell'obiezione di coscienza, partendo dalle nozioni di teoria generale del diritto per arrivare ai più recenti contributi della dottrina sull'argomento. Per tale via si vuole verificare se il diritto all'obiezione di coscienza debba o meno considerarsi ricompreso nel novero dei diritti riconosciuti dalla Carta fondamentale, onde poter appurare la tenuta costituzionale del novum legislativo.

With the L. n. 219 of 2017 the so called "advance treatment directives" have been finally implemented in the italian legal system. Although welcomed by many, this law has also been the subject of some criticism: among the most significant is the one concerning the failure to foresee the right of the doctor to conscientious objection. The present contribution aims to explore the issue of conscientious objection, starting from the notions of general theory of law to arrive at the most recent contributions of the doctrine on the subject. In this way we want to verify whether the right to conscientious objection should or should not be considered included in the category of rights recognized by the fundamental Charter, in order to ascertain the constitutional status of the legislative novum.

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Precisazioni terminologiche: il caso peculiare dell'obiezione di coscienza positiva e le altre distinzioni operate dalla dottrina. – **2.1.** Precisazioni terminologiche: la definizione di "obiezione di coscienza". – **3.** L'obiezione di coscienza come conflitto tra doveri. – **3.1.** Legge e coscienza: antinomia reale o apparente? – **3.2.** Il fondamento giuridico-costituzionale dell'obiezione di coscienza. – **3.3.** Il problema dell'azionabilità del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza. – **3.3.1.** La tesi che nega l'immediata azionabilità. – **3.3.2.** La tesi che riconosce l'immediata azionabilità. – **3.3.3.** Considerazioni critiche: incertezza, indeterminatezza e inopportunità di un diritto generale, immediatamente azionabile, all'obiezione di coscienza. – **3.4.** Conclusioni sulla portata del diritto all'obiezione di coscienza nel sistema. – **4.** La L. n. 219/2017 e la mancata previsione del diritto all'obiezione di coscienza. – **4.1.** La Legge n. 219/2017 è costituzionalmente legittima? – **5.** Obiezione di coscienza e dritto penale: le conseguenze giuridiche di un'obiezione *contra legem*. – **5.1.** La natura del precetto imposto dalla L. n. 219/2017. – **5.2.** Natura dell'obiezione di coscienza e contenuto concreto della DAT. – **5.3.** L'obiezione di coscienza negativa del medico: responsabilità penale o soltanto civile? – **5.4.** La

responsabilità penale del medico e l'eventuale possibilità di escluderla. – **5.4.1.** L'invocabilità della scriminante dell'art. 51 c.p. – **5.4.2.** L'errore sull'esistenza della scriminante. – **5.4.3.** Il ricorso ad altre scusanti. – **5.4.4.** Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Funzione essenziale del diritto è quella di stabilire le regole dell'azione dell'uomo nei rapporti sociali. Un aspetto fondamentale di tale funzione era già stato evidenziato da Kant, il quale, nel descrivere il diritto come «*l'insieme delle condizioni che consentono all'arbitrio di ciascuno di coesistere con l'arbitrio degli altri*», illuminava il basilare compito di difesa della libertà che questo, mediante l'imposizione di obblighi negativi di rispetto, è chiamato a svolgere.

A tale funzione se ne affianca un'altra, altrettanto importante: l'organizzazione della vita sociale. Come è stato efficacemente sottolineato, «*il cittadino chiede al diritto non solo il rispetto, ma anche la collaborazione degli altri cittadini*». Per raggiungere tali scopi «*viene costituito, con vario contenuto, un ordine da rispettare, ordine che si impone obbligatoriamente nei rapporti tra gli uomini*»[1].

Ora, secondo una prospettiva tradizionale che affonda le proprie radici nel positivismo, il compito di dettare le regole che sono volte a garantire la pacifica e ordinata convivenza all'interno di un ordinamento giuridico spetterebbe sempre e soltanto allo Stato. Detto altrimenti, il diritto sarebbe soltanto quello che promana dal potere statuale, ovvero il diritto positivo. Nessuno spazio competerebbe invece al diritto naturale, ovvero a quel complesso di regole che, nell'elaborazione dello spirito umano, si vorrebbero scaturite dall'intrinseco modo d'essere dei rapporti di convivenza, pur senza essere maturate nella volontà di un legislatore[2].

Quest'ordine di idee merita tutt'ora di essere accolto[3]. Talune dolorose vicende della storia recente hanno tuttavia dimostrato che la legge, quale atto che promana dall'autorità dello Stato, può facilmente trasformarsi in uno strumento di oppressione, e che essa, pur rifacendosi spesso alla morale per qualificare un comportamento in termini di liceità o illiceità, può discostarsi anche di molto dalle valutazioni che sono fatte proprie dalla coscienza di un dato momento storico.

Se la prima considerazione ha portato all'inserimento nelle moderne Costituzioni (tra le quali anche la nostra) di taluni princìpi generali che non possono essere per nessuna ragione disattesi, pena la negazione del sistema stesso; la seconda, ovvero che diritto e morale non sempre coincidono e che il legislatore può talora imporre di fare ciò che la morale (individuale o collettiva) vieta, ha convinto della necessità di accordare una sempre maggior considerazione alle istanze della coscienza che di volta in volta possono opporsi al rispetto del precetto normativo.

Il tema dell'obiezione di coscienza evoca proprio questo potenziale conflitto. Un conflitto che oggi assume termini nuovi e decisamente più ampi di quelli che lo connotavano in passato. Il

---

[1] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, G. Trabucchi (a cura di), Cedam, 2017, p. 3.

[2] Sulla contrapposizione tra diritto positivo e diritto naturale v., *ex multis*: G. DEL VECCHIO, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Zanichelli, 1922; F. CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Cedam, 1953; L. LOMBARDI VALLAURI, voce *Diritto Naturale*, in *Jus*, 1987; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, 1995.

[3] Non sembra, difatti, che possano trovare accoglimento le istanze di «*coloro, i quali, fautori di un neo diritto naturale*» tentano *«di negare l'evidenza della inevitabile positività del diritto e delle sue regole*» (come giustamente rileva F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Esi, 2017, p. 8).

multiculturalismo che caratterizza la società attuale, ossia il convivere in un medesimo contesto sociale di più individui appartenenti a gruppi diversi, ciascuno con i propri valori ideologici ed etici, ha infatti generato una vera e propria «*esplosione delle coscienze*». Si è cioè assistito al moltiplicarsi[4] del numero di istanze volte a salvaguardare gli ideali fatti propri dai singoli membri della collettività nei confronti dell'autorità statale[5].

L'esperienza italiana ne è lo specchio fedele: il fenomeno dell'obiezione di coscienza, da fenomeno misconosciuto e marginale qual era, ha ricevuto crescente diffusione, venendo sempre più di frequente ad interessare l'esperienza giuridica del nostro Paese[6]. In Italia, difatti, le ipotesi di obiezione di coscienza codificate, cioè espressamente previste e disciplinate dal legislatore, sono andate progressivamente aumentando. Dapprima si è ammessa l'obiezione al servizio militare (prevista dalle leggi del 1972, 1974 e 1998, modificate da una serie di sentenze della Corte Cost.), che risolve il conflitto tra il dovere di difendere la patria (art. 52 Cost.) e la libertà di coscienza. In seguito, a tale ipotesi se ne sono aggiunte altre tre: 1) l'obiezione all'interruzione della gravidanza (di cui alla L. n. 194/1978, art. 9), che risolve il conflitto tra il dovere degli operatori sanitari della prestazione interruttiva della gravidanza e la libertà di coscienza radicata nel presupposto costituzionale della tutela della vita, fin dall'origine; 2) l'obiezione alla sperimentazione animale (di cui alla L. n. 413/1993), che risolve il conflitto tra l'interesse al progresso della ricerca scientifica (art. 9 Cost.) e la libertà di coscienza, incentrata qui sull'interesse dell'umana pietà per gli animali e sul c.d. «*diritto dell'animale alla non sofferenza*»; 3) l'obiezione alla procreazione medicalmente assistita (di cui alla L. n. 40/2004, art. 16), che risolve il conflitto tra il dovere degli operatori sanitari di effettuare la prestazione, per soddisfare l'altrui diritto alla procreazione, e la libertà di coscienza, radicata qui nel valore della «*dignità della procreazione (insita nell'originalità della trasmissione della vita, l'atto più intimo della coppia), spersonalizzata dalla proceduralizzazione del concepimento, e nel valore della vita degli embrioni, messi in pericolo dalla PMA (anche per l'elevata probabilità di insuccesso e di morte dei medesimi)*»[7].

L'ultima legislatura, invece, che tra le molte omissioni si è contraddistinta per aver finalmente disciplinato due istituti che la coscienza collettiva avvertiva ormai come imprescindibili (le unioni civili e le direttive[8] anticipate di trattamento, ovvero DAT, secondo l'acronimo ormai invalso nell'uso), invertendo la tendenza degli ultimi anni, non ha accordato (o perlomeno così sembra),

---

[4] Solo in Italia il numero di obiettori è cresciuto esponenzialmente: 16.000 nel 1990, 30.000 nel 1994, 70.000 nel 1998.

[5] E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella costituzione italiana*, in A. Bernardi (a cura di), *Quaderni di diritto penale contemporaneo, internazionale, ed europeo*, Giuffrè, 2006, p. 115.

[6] Lo evidenzia P. MONETA, voce *Obiezione di coscienza (profili pratici)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, 1988, p. 1.

[7] F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto. L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in S. Canestrari (a cura di), *Criminalia*, 2011, p. 392.

[8] Il testo di legge impiega, per la verità, un lemma diverso ("disposizioni", anziché "direttive"). I due termini sono tra loro fungibili: disposizioni anticipate, testamento biologico, living will, direttive anticipate, sono tutte *«espressioni che, con varietà di sfumature, indicano le intenzioni manifestate da una persona attualmente cosciente in merito alle terapie che intende o non intende accettare nell'eventualità in cui dovesse trovarsi nella condizione di incapacità di esprimere il proprio diritto di acconsentire o non acconsentire alle cure proposte*» (G. FERRANDO, voce *Testamento Biologico*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, Giuffrè, 2014, p. 989).

né al medico né all'ufficiale di stato civile, il diritto all'obiezione di coscienza. La mancanza di una espressa previsione del diritto di obiezione, tanto nella L. n. 219/2017[9], quanto nella L. n. 76/2016[10], ha riacceso un dibattito che in realtà non si era mai sopito del tutto: quello concernente l'ammissibilità di un diritto generale all'obiezione di coscienza, che sia costituzionalmente garantito, immediatamente azionabile e che prescinda, perciò, da un'esplicita *interpositio legislatoris*.

Volendo qui concentrarci su quanto previsto dalla L. n. 219/2017, dobbiamo pertanto interrogarci sul ruolo che il diritto all'obiezione di coscienza viene ad assumere nell'attuale sistema, onde poter verificare se: a) là dove le richieste del paziente si dimostrino contrarie ai valori e alla coscienza del medico, risulti allo stesso effettivamente preclusa ogni possibilità di obiettare; b) ove si riconosca che una simile preclusione effettivamente sussiste, essa possa eventualmente comportare l'illegittimità costituzionale della legge che la prevede. La risposta a questi interrogativi, come vedremo, è infatti destinata a variare profondamente a seconda della posizione che si intenda attribuire all'obiezione di coscienza all'interno del nostro ordinamento.

2. Precisazioni terminologiche: il caso peculiare dell'obiezione di coscienza positiva e le altre distinzioni operate dalla dottrina.

Nel descrivere cosa sia l'obiezione di coscienza si fa spesso riferimento[11] alla vicenda che nella celebre tragedia di Sofocle vedeva per protagonisti Antigone e Creonte. La violazione da parte di Antigone dell'editto di Creonte, che le vietava di dare sepoltura al fratello Polinice, riecheggerebbe, si dice, il conflitto che nell'obiezione di coscienza si instaura fra legge dello Stato e legge interiore del singolo obiettore.

Per quanto ciò risulti senz'altro vero, a ben vedere la vicenda di Antigone è esemplificativa di una peculiare ipotesi di obiezione di coscienza: l'obiezione di coscienza positiva[12] (dove l'attributo "positiva" sta ad indicare che l'obiezione si sostanzia in una azione, anziché in un'omissione, presupponendo essa la violazione di un obbligo giuridico di non fare, piuttosto che di fare). L'obiezione di coscienza positiva nasce, perciò, come figura contrapposta all'obiezione di coscienza negativa, nella quale invece, a fronte di un dovere giuridico positivo (tenere un comportamento, rendere un servizio, fornire una prestazione, ecc.), sta la volontà dell'obiettore

---

[9] Per un commento alla disciplina dettata dal legislatore in materia di direttive anticipate di trattamento, *ex multis*: U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *lacostituzione.info*, 2017; C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *La rivista il Mulino on-line*, 2017; C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Pen. cont.*, n. 12/2017, pp. 123 ss.; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, in *Riv. it. med. leg*, n. 3/2017, pp. 975 ss.; M. E. FLORIO, *Dai principi alla legge: riflessioni sul travagliato percorso del "testamento biologico"*, in *Riv. dir. fam. e succ.*, n. 2/2018, pp. 91 ss.

[10] Per un commento alla disciplina delle unioni civili, *ex multis*: B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Cedam, 2016; L. DELL'OSTA - G. SPADARO, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Giuffrè, 2016; M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it*, n. 2/2016; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2018.

[11] Così, ad es., V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg*., n. 2/2012, pp. 403 ss.

[12] Sull'obiezione di coscienza positiva: F. MASTROMARTINO, *Contro l'obiezione di coscienza positiva*, in *Ragion pratica*, 2015; P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. Borsellino - L. Forni - S. Salardi (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, *Notizie di Politeia*, 2011, XXVII; ID., *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, in *Dir. e Quest. pubbl*., n. 9/2009.

di omettere la condotta prescritta.
Tale distinzione deve essere tenuta presente, poiché, se il diritto all'obiezione di coscienza negativa costituisce da tempo un istituto riconosciuto in molti ordinamenti, un diritto all'obiezione di coscienza positiva non sembra abbia mai trovato riconoscimento nel diritto oggettivo, presumibilmente per gli effetti gravemente destabilizzanti dell'ordinamento giuridico che sarebbero connessi al suo accoglimento. La condotta disubbidiente commissiva presenta, invero, una pericolosità sociale ben più elevata di quella omissiva[13].
Al di là dell'assonanza terminologica e di qualche similarità concettuale, tra le due forme di obiezione sussistono quindi differenze profonde, tali da rendere del tutto impraticabile qualunque argomentazione volta a sostenere che il diritto all'obiezione di coscienza positiva possa, o addirittura debba, trovare spazio nel nostro ordinamento[14].
È per tale ragione che, prima ancora di definire in generale cosa sia l'obiezione di coscienza dal punto di vista del diritto, si è deciso di tracciare sinteticamente una linea di demarcazione tra le due *species* in cui il *genus* "obiezione di coscienza" è suscettibile di ripartirsi. Ed è per la medesima ragione che, nel prosieguo del presente contributo, nell'utilizzare il termine "obiezione di coscienza" senza ulteriori specificazioni, si farà riferimento alla sola obiezione di coscienza negativa.
Entro il *genus* "obiezione di coscienza", oltre a quella poc'anzi tratteggiata, sono state operate numerose altre distinzioni[15]: così, ad esempio, quella tra obiezione totale e parziale o quella tra obiezione assoluta e relativa. Tali differenziazioni, però, in quanto elaborate con specifico riferimento all'obiezione di coscienza al servizio militare, unica forma di obiezione conosciuta e studiata in passato, si dimostrano non sempre suscettibili di estensione alle altre ipotesi obiettorie.
L'unica distinzione che conserva una sicura valenza generale, unitamente a quella tra obiezione negativa e positiva, è quella tra obiezione *secundum legem* e obiezione *contra legem*[16]. Taluni Autori la considerano problematica[17] e incerta, ma essa possiede un'indubbia efficacia euristica:

---

[13] Lo sottolineano, in particolare: F. ONIDA, *Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza (alla luce della giurisprudenza statunitense)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1985, p. 230, con numerosi riferimenti alla giurisprudenza statunitense, che più di ogni altra ha affrontato i molteplici risvolti applicativi dell'istituto; R. NAVARRO VALLS - J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, 1995, pp. 33 ss.
[14] Di contrario avviso P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale*, *cit*., pp. 84 ss., il quale ritiene che «*la tesi dell'asimmetria radicale* [tra le due forme di obiezione] *sia un pregiudizio privo di fondamento; che la sua forza riposi, in ultima istanza, su un atteggiamento di acritico conformismo, non suffragato da adeguata riflessione*».
[15] Le differenziazioni operate negli anni sono davvero numerosissime, ma non tutte in fondo così significative: si veda, ad esempio, quella tra obiezione di coscienza «*classica*» (o premoderna), «*moderna*» e «*modernissima*» (o postmoderna) prospettata da F. D'AGOSTINO, *Dinamiche postmoderne dell'obiezione di coscienza*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, pp. 248 ss.
[16] A tale bipartizione qualcuno, probabilmente in ossequio alle distinzioni tradizionalmente operate con riferimento alle forme di consuetudine, mostra di preferire una tripartizione, distinguendo tra obiezione *secundum legem*, *contra legem* e *praeter legem* (così V. TURCHI, voce *Obiezione di coscienza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ*., XII, Utet, 1995, pp. 543-544).
[17] La distinzione risulta problematica poiché, come meglio vedremo *infra*, molti Autori delineano un diritto costituzionale immediatamente azionabile all'obiezione, quasi prospettando una rilevanza giuridica dell'obiezione in sé, indipendentemente da una puntuale *interpositio legislatoris*. Se ci si pone in quest'ottica, è evidente la difficoltà di concepire un'obiezione che possa realmente dirsi "*contra legem*".

consente di discernere i casi in cui la facoltà di obiettare è prevista da una norma di legge ordinaria da quelli in cui una specifica disciplina positiva dell'obiezione invece manca.

2.1. Precisazioni terminologiche: la definizione di "obiezione di coscienza".

L'obiezione di coscienza è un fenomeno comunemente indagato da discipline giuridiche diverse, e perciò interdisciplinare: delle variegate ipotesi di obiezione di coscienza disciplinate nei più svariati ordinamenti liberali si occupano, in varia guisa, tutti i rami della dogmatica giuridica (dal diritto penale al diritto amministrativo, dal diritto ecclesiastico a quello costituzionale, dal diritto processuale al diritto del lavoro, ecc.). Inoltre, si tratta di un fenomeno che, per quanto giuridico, presenta stretti legami con aree di indagine che tradizionalmente appartengono al campo della filosofia politica e morale.

Definire cosa sia l'obiezione di coscienza, perciò, si rivela un compito assai arduo, trattandosi di un istituto che si presenta frammentato e in grado di assumere una miriade di significati diversi a seconda dell'angolo prospettico dal quale viene rimirato.

Volendo semplificare, sembra che il termine "obiezione di coscienza" sia stato assunto storicamente in almeno tre diverse accezioni: una più ampia, una più ristretta ed una intermedia, che tenta di superare i difetti delle prime due.

Taluni Autori, specialmente in passato, interpretando l'obiezione di coscienza come «*l'antitesi, fondata su convincimenti interiori dell'animo umano, ad una realtà, ad un oggetto, che può risultare il più vario*»[18], hanno accolto del termine una accezione particolarmente lata, e all'evidenza del tutto atecnica.

Più di frequente la locuzione "obiezione di coscienza" è stata impiegata nel lessico della dogmatica per indicare il rifiuto, motivato da ragioni di coscienza, di prestare servizio militare o di imbracciare le armi. Si tratta di un'accezione alquanto ristretta, che assume il fenomeno che per primo è divenuto oggetto di considerazione da parte degli ordinamenti giuridici contemporanei (quello, appunto, dell'obiezione al servizio militare) quale archetipo dell'intera categoria[19].

Il diffondersi di tale accezione nel linguaggio della dogmatica ha subito una netta battuta d'arresto, però, quando il legislatore ha riconosciuto e disciplinato espressamente ipotesi di "obiezione di coscienza" diverse da quella nei confronti del servizio militare, impiegando per descriverle la medesima locuzione[20].

Circostanza che ha favorito il diffondersi di una diversa accezione, oggi predominante, che

---

Inoltre, v'è da rilevare che, secondo alcuni Autori, l'obiezione *secundum legem* non sarebbe in realtà neppure una vera e propria "obiezione", in quanto conforme ad un precetto normativo.

[18] R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, 1967, pp. 16-17. Un'accezione parimenti atecnica, ma leggermente più ristretta, è rinvenibile nell'opera di A. GOMEZ DE AYALA, *Aspetti giuridici e teologici dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, 1964, p. 193 (Per l'A. l'obiezione di coscienza è «*l'atto di opporre la propria all'altrui opinione*»).

[19] Così, ad esempio, A. PIGLIARU, *Promemoria sull'obiezione di coscienza*, in *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Giuffrè, 1968, p. 646, il quale rileva che «*nel linguaggio contemporaneo l'obiezione di coscienza ha assunto un contenuto preciso e specifico, un significato prevalente in rapporto al servizio militare ed all'ipotesi della guerra*».

[20] Questa circostanza ha portato taluni Autori a preferire l'impiego della locuzione al plurale. Così, ad esempio, R. NAVARRO VALLS - J. MARTINEZ TORRON, *Le obiezioni, cit.*, p. 9: «*non si parla più di obiezione di coscienza al singolare, ma di obiezioni di coscienza, al plurale*».

differisce profondamente da quelle accolte in passato (da quella lata, per la sua natura tecnico-giuridica e non più atecnica; da quella ristretta, in quanto suscettibile di essere applicata ad una pluralità di fattispecie giuridiche, e non soltanto all'obiezione al servizio militare). In questa accezione "intermedia", l'obiezione di coscienza può essere definita come «*la pretesa di chi rifiuta in nome della propria coscienza di obbedire ad un precetto giuridico, alla cui osservanza è tenuto in quanto destinatario delle norme di un determinato ordinamento*»[21].

3. L'obiezione di coscienza come conflitto tra doveri.

Dovrebbe essere chiaro, a questo punto, come l'obiezione di coscienza sia un fenomeno tipicamente individuale: la coscienza impedisce al singolo obiettore di adeguarsi all'imperativo cristallizzato nella norma giuridica, che è solitamente fatto oggetto di condivisione da parte della maggioranza dei consociati[22].

Dal punto di vista giuridico l'obiezione di coscienza sottende un conflitto di doveri[23]. L'obiettore si trova cioè di fronte a due imperativi[24], che egli avverte come cogenti, ma non può adeguarsi ad

[21] Questa la definizione di "obiezione di coscienza" offerta da F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 9/2009, p. 169.

[22] L'essenza individualistica dell'obiezione di coscienza trova significativo riscontro nel pensiero di uno dei più celebri obiettori della storia: H.D. Thoreau. Dalla normale individualità del fenomeno, taluni fanno discendere l'inammissibilità di un'obiezione di gruppo, un'obiezione che sia cioè prevista a favore di classi o gruppi di cittadini [così R. BERTOLINO, voce *Obiezione di coscienza* (*profili teorici*), in *Enc. Giur.*, Treccani, 1992, p. 1; *contra*, tuttavia, J.P. CATTELAIN, *Obiezione di coscienza all'Esercito e allo Stato*, A. Drago (a cura di), E. Polizzi (trad. it.), Celuc Libri, 1976, p. 41]. Difatti, la volontà collettivamente manifestata di non adeguarsi ad un precetto normativo dà di regola luogo ad un caso di disobbedienza civile, poiché, se l'obiezione di coscienza è un comportamento tipicamente individuale, la disobbedienza civile è una prassi tendenzialmente collettiva, pubblica e non violenta che trova giustificazione non già nei principi della «*moralità personale*» o delle «*dottrine religiose*», bensì nella concezione «*della giustizia pubblicamente condivisa che sottostà all'ordinamento politico*» [così J. RAWLS, in S. Maffettone (a cura di), *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 2002, p. 304]. Da non sottovalutare [cfr. M.J. FALCÒN Y TELLA, *Libertad ideológica y objeción de conciencia*, in *Persona y Derecho*, 2001, pp. 173 ss.], però, il carattere solo tendenziale della predetta distinzione (basata sulla individualità o meno del rifiuto manifestato dall'obiettore di adeguarsi al precetto normativo). Ciò, in quanto «*si possono dare casi in cui tali principi di moralità individuale siano condivisi da un ampio gruppo di persone, che possono meglio tutelare il loro diritto individuale attraverso azioni congiunte*» e «*allo stesso modo vi possono essere singoli individui che esercitano forme di disobbedienza civile in quanto l'obiettivo della loro azione è quello di far cambiare una legge ingiusta e non già semplicemente di sottrarsi alla sua obbedienza*» (in questi termini F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, *cit.*, p. 170).

[23] Si tratta della situazione in cui viene a trovarsi chi «*abbia al tempo stesso l'idea di due norme, che* […] *si creda vincolato da due doveri che si contraddicono e quindi si escludono a vicenda*» (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, 1963, p. 381).

[24] La prestazione personale, imposta dall'ordinamento e rifiutata dall'obiettore, deve in linea di massima sostanziarsi in un obbligo giuridico, inteso in un'accezione ampia, come obbligo promanante da una Pubblica Autorità (conforme F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, *cit.*, p. 169). Si discute, invece, se si possa parlare di obiezione di coscienza anche nei casi in cui l'obiettore rifiuti di adeguarsi ad un onere posto quale condizione per assumere una posizione giuridica determinata. In linea di massima, la soluzione più corretta sembra quella di ritenere che la prestazione personale rifiutata debba «*consistere in un obbligo giuridico e non già in un semplice onere*», potendosi «*legittimamente pretendere che il diretto interessato rinunci alle conseguenze favorevoli derivanti dall'adempimento di quest'ultimo, pur di rimanere coerente con la propria coscienza*». Sotto questo profilo, quindi, risultano criticabili [come ha rilevato anche P. VERONESI, *Opinioni a confronto. L'obiezione di coscienza e le riflessioni del giurista nell'era del biodiritto*, in S. Canestrari (a cura di), *Criminalia*, 2011, p. 405] le conclusioni cui è pervenuta certa giurisprudenza

uno senza al contempo violare l'altro.
L'obiezione di coscienza pone quindi un problema nodale, che è quello di risolvere l'antinomia[25] che si crea tra «*il dovere di ubbidienza alla legge, data la sua valenza democratica, e il rispetto della coscienza e, quindi, il diritto di obiettare alla legge*»[26].
Tale problema è risolto in radice nei casi in cui il legislatore è intervenuto espressamente a disciplinare, in settori per lo più circoscritti e ben individuati, un particolare e specifico "diritto all'obiezione di coscienza" (obiezione *secundum legem*)[27]. Nei casi disciplinati *ex lege*, difatti, non solo vi è senza alcun dubbio un'antinomia da risolvere (sussistendo entrambi i termini del rapporto antinomico: l'obbligo di legge e il diritto di obiettare alla stessa), ma il legislatore ha risolto il conflitto in maniera espressa, dando giuridica rilevanza alle convinzioni ideologiche e morali del singolo obiettore e disciplinando limiti e modalità di esercizio dello specifico diritto accordato al medesimo[28].
Frutto di incertezze, invece, sono i casi non disciplinati, ovvero quei casi in cui il legislatore (vuoi per incuranza, vuoi per sciatteria nella redazione del testo di legge, vuoi per garantire l'obbligatorietà della disciplina dettata) ha omesso di riconoscere rilevanza giuridica al conflitto che si anima nella psiche dell'obiettore (obiezione *contra legem*)[29]. In tali ipotesi, ancor prima di capire come risolvere il conflitto tra il dovere di ubbidire alla legge e il diritto di obiettare alla stessa, occorre stabilire se un simile conflitto venga effettivamente ad esistenza. Invero, in mancanza di una interposizione espressa del legislatore, non è affatto certo che nell'obiezione di coscienza, tra dovere giuridico (imposto dalla legge) e dovere morale (imposto dalla coscienza), si venga a creare un'antinomia reale e non soltanto apparente.

[emblematica la pronuncia del T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477, la quale, «*ribaltando le conclusioni di altra giurisprudenza*» – T.A.R. Emilia-Romagna, sez. Parma, 13 dicembre 1982, n. 289, in *Giust. civ*., 1983, pp. 3139 ss. –, «*ha escluso la possibilità di procedere all'assunzione a tempo determinato di medici destinati ai consultori, condizionando ciò a una clausola (puramente onerosa) per la quale l'aspirante doveva rinunziare all'obiezione (e questo per consentire, come peraltro imposto dalla legge, il regolare svolgimento del servizio)*»].

[25] I termini conflitto e antinomia sono stati impiegati dalla dottrina talvolta indifferentemente, in altri casi per indicare, rispettivamente, il confluire di più norme giuridiche antitetiche su di un identico fatto il primo, la contraddizione razionale fra più norme egualmente valide ed efficaci all'interno di un medesimo ordinamento giuridico il secondo (sul punto v. *amplius* F. MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir*., vol. XV, Giuffrè, 1966, pp. 627 ss.). Con la convinzione che la distinzione sia inutilmente "complicatoria", i due termini verranno impiegati nel presente contributo come se fossero sinonimi.

[26] Sottolinea l'importanza del problema F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, *cit*., p. 389.

[27] Casi che, come si è constatato in premessa, nell'ordinamento italiano sono andati progressivamente aumentando.

[28] In tal caso «*l'armonizzazione è compiuta dallo stesso potere legislativo, che permette di sottrarsi all'obbligo giuridico in determinate situazioni giuridicamente previste, circoscrivendo gli effetti destabilizzanti della disobbedienza»*, tanto che, secondo alcuni, *«sarebbe improprio parlare di "disobbedienza"*» vera e propria (così F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, *cit*., p. 174).

[29] R. BOTTA, *Prefazione*, in R. Botta (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, *Atti del convegno di Studi (Modena 30 novembre – 1° dicembre 1990)*, Giuffrè, 1991. In simili ipotesi l'eventuale obiezione di coscienza avverrebbe «*contro un atto di determinazione del bene comune compiuto dall'autorità politica*» (sul punto cfr. F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, *cit*., pp. 174 ss.).

3.1. Legge e coscienza: antinomia reale o apparente?

Secondo una visione tradizionale di matrice positivistica, se il legislatore non codifica uno specifico diritto all'obiezione di coscienza, si avrebbe a che fare con un conflitto improprio. Nell'obiezione di coscienza, difatti, i doveri confliggenti apparterrebbero di per sé a piani differenti, giuridico l'uno e pregiuridico o metagiuridico l'altro, mentre per aversi un'autentica antinomia le norme confliggenti dovrebbero entrambe avere natura giuridica e appartenere al medesimo ordinamento. Il conflitto tra dovere morale (cui l'obiettore pretende di prestare ossequio) e dovere giuridico (al quale l'obiettore ritiene di non doversi adeguare) non potrebbe quindi risolversi che con la prevalenza di quest'ultimo, di modo che l'obiezione di coscienza (sorretta da ragioni non giuridiche), innanzi al comando normativo (l'unico che rileva per l'ordinamento), non potrebbe far altro che soccombere ed essere sanzionata penalmente[30].

La suddetta opinione è stata sottoposta a serrata critica dalla dottrina più recente, la quale non ha mancato di osservare come in una democrazia pluralistica come la nostra, «*ove il principio di maggioranza è sottoposto a limiti e contrappesi, onde evitare che la volontà maggioritaria possa comprimere, indebitamente, i diritti e le libertà dei singoli individui*», non si possa disconoscere totalmente la rilevanza giuridica dei doveri morali imposti dalla coscienza individuale, come invece avviene negli «*Stati totalitari, autoritari, fondamentalisti*»[31]. Tale dottrina si è perciò sforzata di ricercare un addentellato normativo che le consentisse di attribuire giuridica rilevanza ad un dovere che, altrimenti, in mancanza di un espressa interposizione legislativa, sembrerebbe riposare su di un piano esclusivamente morale.

Per la dottrina ad oggi assolutamente dominante, tale appiglio normativo va ricercato nelle norme costituzionali che tutelano implicitamente la libertà di coscienza. Esse, anche in assenza di un'*interpositio legislatoris*, consentirebbero di affermare la rilevanza giuridica, e non soltanto morale, dell'imperativo dettato dalla coscienza e di superare, in tal modo, l'ostilità mostrata dalla dottrina positivistica all'idea che la coscienza individuale possa incidere sui rapporti giuridici[32].

3.2. Il fondamento giuridico-costituzionale dell'obiezione di coscienza.

Si parla di "*norme costituzionali che tutelano implicitamente la libertà di coscienza*" poiché la nostra Costituzione, diversamente dall'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 9 della CEDU, non fa alcun esplicito riferimento alla libertà di coscienza[33]. La mancanza di un richiamo espresso, tuttavia, per l'interpretazione largamente condivisa[34], non

---

[30] È questa la tesi sostenuta da A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, 1963, pp. 7 ss.

[31] Lo evidenzia, in particolare, F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto, cit.*, p. 390.

[32] Per osservazioni in tal senso, cfr. *amplius* V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Esi, 2009, pp. 50 ss.

[33] Un esplicito riferimento a tale libertà è invece contenuto, oltre che nei summenzionati articoli, anche nella Costituzione tedesca che, al §4, afferma a chiare lettere che «*nessuno può essere costretto, contro la sua coscienza, al servizio militare con le armi*». In argomento v. W. LOSHCELDER, *The non fulfillment of legally imposte obligations because of decisions of conscience – the legal situation in the Federal Republic of Germany (FRG)*, in AA. VV., *L'obiezione di coscienza nei Paesi della comunità europea, Atti dell'incontro (Bruxelles-Lovanio 7-8 dicembre 1990)*, Giuffrè, 1992, pp. 29 ss.

[34] *Ex multis*: S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Il Mulino, 2017; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Utet, 1960, pp. 1629 ss.; F. PALAZZO, voce

costituirebbe un impedimento all'individuazione di un fondamento costituzionale di tale libertà. Difatti, nella Carta costituzionale si rinvengono talora «*riconoscimenti costituzionali impliciti non meno validi di quelli esplicitamente formulati*»[35]. Tra questi riconoscimenti impliciti, si è affermato, dovrebbe senz'altro annoverarsi quello accordato alla libertà di coscienza, la quale finirebbe col giovarsi indirettamente della tutela accordata a tutte le altre libertà.

Se vi è convergenza di opinioni sull'assunto che la libertà di coscienza trovi fondamento nella nostra Costituzione, sia pure in forma implicita, divergenze permangono, invece, circa l'individuazione della norma costituzionale da cui è consentito enucleare tale libertà.

Nello specifico, il fondamento costituzionale della libertà di coscienza, e di conseguenza il fondamento giuridico del diritto all'obiezione di coscienza, che della prima rappresenta la principale forma di manifestazione, sono stati desunti, a seconda delle diverse opinioni: a) ora dall'art. 2 Cost., che interpretato quale clausola aperta destinata ad accogliere e costituzionalizzare ogni interesse inviolabile della persona non potrebbe non abbracciare anche la coscienza individuale, come «*riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana*»[36]; b) ora dall'art. 13 Cost., in quanto la libertà psicofisica (della mente e del corpo, nella loro inscindibile unità) comprenderebbe pure la libertà di coscienza; c) ora dall'art. 19 Cost., rappresentando la libertà di coscienza il fondamento del diritto alla libertà religiosa[37]; d) ora dall'art. 21 Cost., dal momento che la libertà di manifestazione del pensiero comprende anche l'estrinsecazione dei propri convincimenti etici, filosofici e religiosi; e) ora, infine, da una interpretazione sistematica delle suddette norme costituzionali, «*più che su singoli articoli della Costituzione, essendo nessuno di essi di per sé esaustivo*»[38].

Corollario di una simile impostazione è che il «*dramma dell'opzione tra due doveri*»[39] che affligge l'obiettore cesserebbe di essere un conflitto improprio, in cui a scontrarsi sono la eteronomia giuridica e la autonomia morale, per divenire una vera e propria antinomia giuridica tra regole di condotta differenti (delle quali una si ricava da una norma di legge ordinaria, mentre l'altra affonda le proprie radici nei convincimenti etici ed ideali dell'individuo che sono tutelati dalla Costituzione).

In linea di massima, là dove una norma «*vieti una condotta che si configura al tempo stesso come esercizio di un diritto o di una libertà costituzionale*» l'antinomia dovrebbe «*essere risolta – in applicazione del principio della gerarchia delle fonti – assegnando la prevalenza alla norma*

Obiezione di coscienza, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, pp. 543 ss. (il quale evidenzia il carattere residuale e indefinito del contenuto del diritto alla libertà di coscienza).

[35] Per una simile notazione G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, *cit.*, p. 1629. In senso analogo P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, *cit.*, p. 401, il quale osserva che «*il fatto che nella Costituzione non troviamo* […] *sanciti, tra gli altri, né il principio di separazione di poteri, né quelli di legalità e di laicità; e neppure* […] *il diritto alla vita o il diritto a formare unioni similfamiliari* […] *non significa affatto che questi non esistano*». Anzi, «*molti principi e diritti non sono menzionati semplicemente perché assunti a presupposto o comunque protetti dall'ombrello di più ampie previsioni costituzionali*». Sul punto cfr. anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 63.

[36] Corte Cost. 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3805. Fanno riferimento all'art. 2 Cost. come «*previsione normativa idonea a garantire le libertà non riconducibili ai tipi costituzionali*» anche: R. BERTOLINO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit.*, p. 3; F. PALAZZO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit.*, pp. 543 ss.

[37] Cfr. A. PUGGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl*, X, Utet, 1991, p. 246.

[38] Così F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, *cit.*, p. 391.

[39] Come lo definisce G. CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in *Foro it.*, 1950, II, p. 48.

costituzionale». Le cose vanno diversamente, tuttavia, se la norma di legge ordinaria risulta «*strettamente necessaria, nel caso concreto, ad assicurare la salvaguardia di un controinteresse*»[40] di rango costituzionale.
In questo caso, ed è solitamente il caso dell'obiezione di coscienza, non si assisterà all'automatica prevalenza della norma costituzionale su quella ordinaria, ma si avrà a che fare con un conflitto tra diritti: quello dell'obiettore alla libertà di coscienza, che è un diritto costituzionalmente protetto, e quello alla tutela del quale è preposto l'obbligo di legge (ad es. il diritto all'autodeterminazione della donna nel caso dell'aborto), anch'esso di regola garantito dalla Carta fondamentale[41]. Un conflitto che occorre risolvere operando un bilanciamento tra gli interessi confliggenti.

3.3. Il problema dell'azionabilità del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza.
Perciò, una volta riconosciuto che nell'obiezione di coscienza si assiste ad un'antinomia reale e non soltanto apparente, non tutti i problemi posso dirsi risolti.
Anche là dove si voglia ammettere che nell'obiezione di coscienza (sia essa prevista o meno da una norma di legge ordinaria) il rapporto antinomico si instaura tra due doveri dotati di rilevanza giuridica, rimane infatti da stabilire a chi spetti operare il bilanciamento di interessi che è sotteso alla ricostruzione dell'obiezione di coscienza come manifestazione di una libertà costituzionalmente garantita.
Per poter far ciò, però, occorre passare per la risoluzione di una questione preliminare, che alla prima si presenta strettamente connessa: stabilire se il diritto di obiettare sia immediatamente azionabile oppure necessiti comunque di una *interpositio legislatoris*. Invero, il fatto che si ammetta la legittimità dell'obiezione di coscienza e le si riconosca lo *status* di diritto costituzionalmente garantito non risolve il problema della sua «*effettiva operatività, anche a prescindere da specifiche interposizioni legislative*»[42].
All'interprete si prospettano due soluzioni antitetiche: a) considerare il diritto all'obiezione di coscienza come un diritto generale, costituzionalmente garantito e immediatamente azionabile anche in assenza di una previsione normativa espressa[43]; b) attribuire rilievo a tale diritto solo in

---

[40] F. VIGANÒ, *Sub art. 51*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, 2015.
[41] Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Libertad y obieción de conciencia*, in *Persona y derecho*, 2006, pp. 264 ss.: «*concebir la objeción como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia tan sólo supone que las distintas formas o modalidades de objeción no reguladas* […] *deben ser tratadas como un caso de conflicto entre el derecho fundamental y el deber jurídico cuyo cumplimiento se rehúsa*». V., altresì, M. GASCÓN ABELLÁN, *El estatuto jurídico de la objecion de conciencia y los problemas que plantea*, in *Parlamento y Constitución*, 2010, pp. 9 ss.: «*el caso habrá de ser considerado como un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, como un problema de colisión entre el derecho individual y los valores protegidos por el deber jurídico en cuestión*».
[42] Come rileva F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, *cit*., p. 391. Cfr. anche F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, *cit*., p. 178, il quale, rispondendo alla critica sollevata nei confronti di un diritto generale alla libertà di coscienza, che metterebbe «*in ombra il significato eminentemente eccezionale e personale dell'obiezione di coscienza*» (critica sollevata da T. PAINE, *The Rights of Man. Part I* (1791), in B. Kuklick (a cura di), *Political Writings*, Cambridge, 1989, p. 94), osserva che «*l'affermazione dell'esistenza di un diritto generale costituzionale all'obiezione di coscienza non aggiunge nulla alla previsione costituzionale della libertà di coscienza e non risolve il problema della sua concretizzazione, cioè della sua costruzione come diritto effettivamente azionabile nei confronti di una legge statale*».
[43] In questo senso, *ex multis*: F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, *cit*., p. 391; G. DALLA TORRE,

quanto esso sia legislativamente previsto, là dove sussista cioè una vera e propria *interpositio legislatoris*, accordando la Costituzione una tutela soltanto mediata e di principio all'obiezione di coscienza[44].
Dall'opzione per l'una o l'altra delle due ricostruzioni prospettate dipende l'identificazione del soggetto che, in ultima analisi, è gravato del compito di stabilire quando, e soprattutto a quali condizioni, deve considerarsi lecito sollevare un'obiezione di coscienza.

3.3.1. La tesi che nega l'immediata azionabilità.
La tesi che nega recisamente l'immediata azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza, che tra le due è probabilmente quella più ragionevole (per i motivi che vedremo *infra*, nel par. 3.3.3.) e che trova il conforto della granitica giurisprudenza della Corte Costituzionale[45], è stata variamente argomentata: a) sulla base del carattere eccezionale che ogni ipotesi di obiezione di coscienza rivestirebbe nel sistema, e che abbisognerebbe di un'espressa previsione legislativa, legittimante la deroga ad una regola contraria; b) sulla base della distinzione che intercorrerebbe fra libertà di coscienza (che è un diritto costituzionalmente garantito) e obiezione di coscienza (che rappresenterebbe soltanto un valore costituzionalmente tutelato, non immediatamente azionabile in mancanza di un'espressa disposizione di legge)[46]; c) in considerazione della necessità di prevedere modalità e limiti di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza, i quali non potrebbero essere fissati se non da una norma di legge; d) infine, in ragione del pregiudizio che il riconoscimento accordato ad un diritto immediatamente azionabile all'obiezione di coscienza potrebbe arrecare al buon andamento delle strutture organizzative e dei servizi di interesse generale[47].

Obiezione di coscienza, in *Iustitia*, n. 3, 2009, pp. 274 ss.; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario. Statuto delle professioni sanitarie*, in L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti (a cura di), *Trattato di Biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, pp. 174 ss.; I. LEONCINI, *Laicità dello Stato, pluralismo e diritto costituzionale all'obiezione di coscienza*, in *Arch. giur.*, 2011, pp. 182 ss.

[44] In questo senso, *ex multis*: F. PALAZZO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit*., p. 543; F. ONIDA, *Contributo*, *cit*., 1982, p. 235; A. PUGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit*., pp. 244 ss.; F. MODUGNO – R. D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? Note in margine alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 97 ss.; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, *cit*.; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Giuffrè, 1983, p. 92.

[45] La Corte costituzionale, più volte investita della questione, ha riconosciuto la rilevanza costituzionale della libertà di coscienza (fondata sulla lettura sistematica degli artt. 2, 9, 21 Cost.) e della conseguente libertà di obiettare, ma ha altresì richiesto per il concreto riconoscimento del diritto all'obiezione l'interposizione legislativa. Essa (*ex multis*: C. Cost., 24 maggio 1985, n. 164 in *Giur*. cost., 1985, pp. 1203 ss.; C. Cost., 18 gennaio 1993, n. 422 in *www.giurcost.org.*; C. Cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Dir. eccl.*, 1979.), invero, ha affermato a più riprese che è la legge «*a dare riconoscimento e quindi ingresso all'obiezione di coscienza*» nell'ordinamento e che soltanto la presenza di una legge può segnare lo spartiacque fra una condotta obiettante giuridicamente lecita ed una invece sanzionata. Per un riepilogo delle sentenze della Corte Costituzionale intervenute in materia: A. PUGIOTTO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit*., p. 248.

[46] Così G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, *cit*., p. 1981. L'A. ritiene che la dimensione costituzionale della libertà di coscienza non abbraccerebbe le «*attività esteriori dell'uomo*» (e quindi la condotta attiva od omissiva dell'obiettore).

[47] In particolare nei casi in cui l'obiezione di coscienza ha «*un ampio spettro di diffusione*» e riguarda «*persone che ricoprono funzioni pubbliche*», ossia soggetti «*in linea di principio legati da doveri di ruolo*», i quali dando attuazione alle proprie personali istanze recherebbero pregiudizio ad interessi di soggetti terzi

È chiaro che, per tale tesi, stabilire se e a quali condizioni la libertà di coscienza sia in grado di imporsi sul precetto normativo è compito che spetterebbe sempre e soltanto al legislatore: se questo ha ritenuto di dover concretizzare il riconoscimento implicito che la Costituzione accorda alla libertà di coscienza, attribuendo uno specifico diritto all'obiettore, è egli stesso a dettare i criteri che consentono di discernere una condotta obiettante lecita da una sanzionata; se invece ha ritenuto di non dover riconoscere una clausola di coscienza, significa che in quello specifico caso ha stimato che gli imperativi dettati dalla coscienza, per quanto degni di rilevanza giuridica, non potessero giammai considerarsi idonei a prevalere sul precetto normativo.

3.3.2. La tesi che riconosce l'immediata azionabilità.

Alla suddetta tesi sono state mosse tre obiezioni principali: a) che le ipotesi di obiezione di coscienza, quelle codificate e quelle ancora da riconoscere, non avrebbero carattere eccezionale, ma «*regolare, essendo espressioni di principi giuridici generali*»; b) che i limiti e le modalità di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza sarebbero già immanenti all'ordinamento giuridico, e dallo stesso estrapolabili senza bisogno alcuno di intercessione del legislatore; c) infine, che «*la postulata necessità dell'interposizione legislativa*» sarebbe comunque «*tributaria dell'idea, poco liberale, dello Stato come fonte unica di ogni diritto e di ogni dovere*».

Tali obiezioni hanno spinto una parte della dottrina a patrocinare una tesi differente: quella «*del riconoscimento dell'o. di c. come diritto costituzionalmente tutelato, immediatamente azionabile innanzi al giudice, senza bisogno di interposizione legislativa*»[48].

Alla stregua di questa impostazione, il diritto all'obiezione di coscienza sarebbe un diritto «*generale ed unitario*» i cui «*imprescindibili limiti e* […] *modalità di esercizio*» sarebbero desumibili dai «*principi, fondanti il nostro ordinamento giuridico, dell'autentica laicità (intesa come neutralità etica dello Stato laico), del pluralismo, dell'uguaglianza e della libertà di coscienza; nonché dalle normative disciplinanti le specifiche ipotesi di obiezione codificate*»[49].

Queste ultime normative, in particolare, assurgerebbero secondo l'accennata prospettiva a «*fondamentali punti di riferimento per l'individuazione dei requisiti, limiti e modalità d'esercizio del generale ed unitario diritto di obiezione*». Ciò in quanto «*le normative sulle ipotesi di obiezione codificate*» sarebbero «*norme non eccezionali (come, invece, hanno ritenuto i sostenitori dell'interposizione legislativa)*», bensì «*pienamente regolari e, perciò, estensibili per*

(in questo senso, tra gli altri: S. MANGIAMELI, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 523 ss.; V. ONIDA, *L'o.d.c. dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. Perrone, *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, 1992, pp. 365 ss.). Nei predetti casi, pur aderendo all'interpretazione opposta, incline ad ammettere l'immediata azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza, considerano l'interposizione della legge quantomeno «*opportuna*» anche: F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza*, *cit*., p. 184; E. LA ROSA, *Attività sanitaria, norme penali e conflitti di coscienza*, in *Criminalia*, 2008, p. 113.

[48] Queste, in particolare, le critiche avanzate da F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, *cit*., pp. 390 ss. Alle predette critiche si aggiunge quella di G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza*, *cit*., p. 275. L'A., considerando l'obiezione di coscienza alla stregua di un diritto inviolabile dell'uomo, rileva che sarebbe comunque «*arduo sostenere una tutela diversa per l'obiezione di coscienza rispetto a quella accordata ai diritti inviolabili dell'uomo, in ragione dell'interposizione* [legislativa] *necessaria per la prima e non necessaria per i secondi*», a meno che non si voglia cadere nell'errore di ritenere che il mancato intervento del legislatore ordinario possa privare «*la sfera intima della coscienza di quelle tutele che invece i diritti inviolabili hanno di per sé*».

[49] F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, *cit*., pp. 390 ss.

analogia», poiché rappresentando delle «*eccezioni ad eccezioni*» esse confermerebbero «*la regola*»[50].
È evidente che, per la predetta ricostruzione, a farsi carico del compito di individuare i suddetti «*requisiti, limiti e modalità d'esercizio*» non potrebbe essere altri che il giudice: l'obiezione di coscienza, liberata dalla «*presa* […] *del legislatore*»[51], verrebbe consegnata alle sapienti mani del magistrato[52], il quale potrebbe sopperire all'inerzia del primo dando riconoscimento a nuove forme di obiezione sulla base dei presupposti ricavabili dai principi costituzionali e dalle normative che disciplinano le obiezioni già codificate.

3.3.3. Considerazioni critiche: incertezza, indeterminatezza e inopportunità di un diritto generale, immediatamente azionabile, all'obiezione di coscienza.
L'impostazione teorica che patrocina il riconoscimento di un generale ed unitario diritto all'obiezione di coscienza, immediatamente azionabile e operante nel sistema a prescindere da specifiche interposizioni legislative, per quanto vada progressivamente acquisendo consenso[53], è frutto di alcuni assunti che sembrano difficilmente condivisibili.
Anzitutto, a non persuadere è la convinzione che la legge, in quanto atto che promana dallo Stato, crei inevitabilmente nocumento alla libertà dei consociati, e che pertanto, là dove la legge dovesse costringere taluno a tenere un dato comportamento, senza prevedere la possibilità per lo stesso di obiettarvi, sarebbe da guardare automaticamente, per ciò solo, come strumento di limitazione della libertà (nello specifico della libertà di coscienza)[54].
Si tratta di un assunto che sembra non tenere in debito conto la funzione di tutela della collettività che la legge è il più delle volte chiamata a svolgere: se è vero, infatti, che la legge, dettando imperativi che impongono di fare qualche cosa o di astenersi dal tenere determinati comportamenti, può in una certa misura comprimere la libertà dei singoli, è altrettanto vero che essa, mediante una simile restrizione della libertà individuale, mira a garantire la fruizione di uno

---

[50] Così sempre F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, *cit*., pp. 390 ss., il quale ritiene che non siano norme eccezionali: «*a) né l'art. n. 9 L. 194/1978, sull'obiezione all'aborto, poiché la tutela della vita, anche del concepito, è la regola, essendo espressione del principio generale del non uccidere, mentre eccezionale è l'interruzione della gravidanza, giuridicamente autorizzata soltanto nei precisi limiti (serio pericolo per la salute psicofisica o grave pericolo per la vita o salute della donna, per l'aborto rispettivamente prima e dopo i 90 giorni dal concepimento) e modalità, fissati dalla suddetta legge; b) né l'art. 16 L. n. 40/2004, sull'obiezione alla procreazione assistita, poiché regola è la procreazione naturale ed eccezione la procreazione assistita, giuridicamente autorizzata nei precisi limiti e modalità dalla suddetta legge fissati; ed anche perché l'obiezione ha pure lo scopo di evitare la partecipazione ad attività, che compromettono la vita di embrioni (date le elevate probabilità di insuccesso) ed è, quindi, espressione anche del principio generale del non uccidere; c) né la L. n. 413/1993, sull'obiezione alla sperimentazione animale, perché espressione del principio regolare del divieto di maltrattamenti degli animali (sancito, in crescendo, dalla legislazione in materia, e in particolare, dagli artt. 544 bis e ss. del c.p., ed anche sotto la spinta della filosofia degli* animal rights*), mentre una deroga a tale principio è la sperimentazione animale*».
[51] P. CHIASSONI, *Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State*, in *Dir. e quest. pubbl*., 2016, p. 43.
[52] Sostiene che quella giudiziaria sia «*l'unica strada per la giustificazione giuridica*» dell'obiezione L. PRIETO SANCHÍS, *Libertad y obieción de conciencia*, *cit*., 2006, p. 269.
[53] V'è da precisare, comunque, che si tratta di impostazione teorica ancora minoritaria.
[54] Cfr. G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, 2000, p. 5.

spazio di libertà comune[55]. Così, ad esempio, la norma del codice penale che incrimina «*chiunque percuote taluno*» (art. 581 c.p.) non mira certo a restringere la libertà del percussore (il quale si vedrebbe così privato della possibilità di percuotere liberamente l'offeso), ma ha piuttosto lo scopo di garantire ai consociati la libertà di vivere la loro vita senza l'assillante preoccupazione di poter essere percossi liberamente dai propri simili in qualsiasi momento della loro esistenza.
Eppure, con una disinvoltura talora eccessiva, si asserisce che la libertà di coscienza dell'obiettore andrebbe garantita a discapito degli obblighi posti dalla legge[56], perfino quando garantire tale libertà significhi accettare il rischio di poter recare pregiudizio alle libertà altrui (a quella della donna che veda frustrata la propria richiesta abortiva, della ragazza che si trovi nell'impossibilità di procacciarsi il farmaco che le spetterebbe di diritto, ecc.).
Non v'è chi non veda come l'attribuzione di un così vasto campo di applicazione all'obiezione di coscienza sia suscettibile di condurre ad una vera e propria «*frantumazione dell'ordinamento giuridico*», potendo l'obiezione di coscienza mettere a repentaglio l'unità e la conservazione dello stesso[57]. Come è stato evidenziato, difatti, l'obiezione di coscienza, esentando dai doveri di solidarietà imposti dalla legge, mette in discussione la stessa «*idea di reciprocità*» che è insita nel concetto di comunità, la quale «*richiede che chiunque benefici di un contratto sociale faccia la propria parte*»[58].
In secondo luogo, a non convincere del tutto è l'idea che, senza obiezione di coscienza, una democrazia pluralista[59] come la nostra non potrebbe effettivamente dirsi tale[60]. La convinzione cioè che il pluralismo, senza garanzia dell'obiezione di coscienza, sia formula vuota e priva di significato[61]. Il «*rapporto*» tra obiezione di coscienza e pluralismo, ove lo si intenda «*come rapporto strumentale tra mezzo e fine*», è infatti tutt'altro che «*immune da problematicità*»[62].
Una vera e propria corrispondenza biunivoca tra pluralismo e libertà di coscienza (per cui, in linea di massima, se c'è pluralismo c'è obiezione di coscienza e se non c'è obiezione di coscienza allora non c'è pluralismo) si instaura solo nella misura in cui il fenomeno venga mantenuto entro limiti

---

[55] Del resto è una constatazione risalente che, se è vero che «*la legge restringe la libertà*», è altrettanto vero che «*le restrizioni della libertà sono inevitabili*», che è cioè «*impossibile introdurre delitti, imporre obblighi, proteggere la persona, la vita, la reputazione, la proprietà, la sussistenza, la stessa libertà, se non a spese della libertà*» (così J. BENTHAM, *Principes du code civil*, in É. Dumont (a cura di), *Oeuvres de Jérémie Bentham*, Bruxelles, 1840, pp. 55 ss.). D'altra parte, non era estranea neppure ad Hobbes l'idea che la legge avesse lo scopo di «*limitare la libertà naturale dei singoli uomini, in modo che essi non si nuocessero*» (T. HOBBES, *Leviatano*, trad. it. a cura di M. Vinciguerra, Laterza, 1911, p. 220).
[56] Sottovalutando forse che, così facendo, si spoglia la norma giuridica della sua obbligatorietà etico-politica, anche là dove la stessa appartenga ad un ordinamento giuridico legittimo e sia emanata nel rispetto delle procedure democratiche.
[57] Sottolineano che «*l'idea*» di una «*applicazione illimitata*» dell'obiezione di coscienza potrebbe condurre alla «*frantumazione dell'ordinamento giuridico*»: V. POSSENTI, *L'obiezione di coscienza oggi: elementi di analisi*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, 1992, p. 166; P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, *cit.*, 2011, pp. 403-404.
[58] D.M. PAPAYANNIS, *La objecion de conciencia en el marco de la razón publica*, in *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2006, p. 55.
[59] Sul concetto di pluralismo, per tutti: R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2017, pp. 51 ss.
[60] Opinione fatta propria da F. MANTOVANI, *Opinioni a confronto*, *cit.*, pp. 390 ss.
[61] D.M. PAPAYANNIS, *La objecion de conciencia*, *cit.*, 2006, p. 81.
[62] Lo evidenzia F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza?*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 1/2018, p. 163.

circoscritti.
Fin quando gli obiettori rappresentano soltanto una minoranza, non in grado di compromettere il bene giuridico tutelato dall'obbligo di legge, il pluralismo ben può trovare realizzazione tramite il riconoscimento accordato all'obiezione di coscienza. Là dove «*gli obiettori diventano maggioranza (magari formando anche ben più della maggioranza assoluta, come da qualche anno avviene, in Italia, in ambito medico-sanitario rispetto all'aborto)*» [63], la garanzia dell'obiezione finisce invece per minare proprio quel pluralismo che dalla stessa si vorrebbe garantito. In tal modo, insomma, si favorisce l'interesse del solo obiettore a scapito dell'interesse che fa capo a tutti gli altri consociati, e che nel caso concreto è presidiato dall'obbligo di legge.
Perciò, come è stato icasticamente evidenziato, se è «*indubbio che l'obiezione costituisce un'utilissima* "*risorsa critica*" *per l'ordinamento*», è tuttavia altrettanto certo che essa porta con sé il rischio «*di negare, all'atto pratico, il pluralismo e il personalismo (in capo alla "vittima" dell'obiezione) nel momento stesso in cui se ne rivendica l'applicazione (a favore, però, del solo obiettore)*»[64].
Non meno problematica, infine, è l'inversione tra regola ed eccezione che è operata da chi propugna la ricostruzione dell'obiezione di coscienza in termini di diritto generale immediatamente azionabile. Infatti, il ragionamento sotteso ad una simile impostazione è che, anziché ritenere che la libertà di coscienza possa eccezionalmente limitare (peraltro solo in parte) l'esercizio del diritto che l'obbligo di legge vuole garantire, si debba all'opposto considerare «*l'obbligo giuridico come un limite all'esercizio della libertà di coscienza, di cui occorre valutare, secondo le circostanze, la legittimità*»[65]. È «*evidente il capovolgimento concettuale che ne risulta*». Se «*è l'obiezione, e non l'obbligo di legge, a possedere una legittimità* prima facie *(essendo modalità di esercizio di un diritto costituzionale, la libertà di coscienza), la natura essenzialmente derogatoria dell'obiezione svanisce: non è più l'obiezione a costituire l'eccezione; l'obiezione diviene la regola, l'obbligo imposto dalla legge il limite che in circostanze eccezionali ne circoscrive l'applicazione*»[66].
Un simile opinare conduce ad una pericolosa regressione verso modelli ordinamentali in cui la distinzione tra diritto e morale è pericolosamente labile. Il rischio concreto è che «*l'autorità del diritto*» possa finire «*per dissolversi negli ideali di giustizia di ciascuno*»[67].
Oltre ai presupposti da cui la suddetta tesi parte, a non poter essere condivisi sono gli esiti cui la

---

[63] *Ibidem*, p. 164.
[64] P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, *cit.*, 2011, pp. 403-404.
[65] M. GASCÓN ABELLÁN, *El estatuto jurídico de la objecion de conciencia y los problemas que plantea*, *cit.*, p.152, parla di «*presunción iuris tantum de legitimidad constitucional para quien actúa por motivos de conciencia*». Di «*inversione dell'onere della prova*» parlano: E.A. KRISKOVICH DE VARGAS, *La objeción de conciencia como derecho umano fundamental: en materia de bioética y bioderecho*, Libreria editrice vaticana, 2015, p. 106 (secondo cui «*la objeción de conciencia debe perder su trasfondo de ilegalidad más o menos consentida, produciéndose una inversión de la prueba, de modo que su legitimidad constituiría un a priori, salvo que se demuestre lo contrario caso por caso en el ámbito jurisprudencial*»); L. GUERZONI, *L'obiezione di coscienza tra politica, diritto e legislazione*, in R. Botta (a cura di.), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, Giuffrè, 1991, p.192.
[66] Così F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, *cit.*, p. 166.
[67] H. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in V. Frosini (a cura di), *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, 1964, pp. 107 ss.

stessa conduce. Essa, da un lato, fondando il diritto all'obiezione sulla sola libertà di coscienza (clausola aperta, suscettibile di essere riempita dai contenuti più vari) e affidando al giudice il compito di ricavare dall'ordinamento i requisiti di volta in volta legittimanti le nuove ipotesi di obiezione di coscienza, pregiudica irrimediabilmente la certezza del diritto; dall'altro, assegnando una funzione *lato sensu* "istituzionale" all'obiezione di coscienza (rendendola cioè «*congegno istituzionale strumentale non già solo a difendere la libertà di coscienza degli obiettori, ma anche a delegittimare la legge contro cui è diretta la loro obiezione*»)[68], finisce per sovrapporre due piani che dovrebbero invece restare separati: quello della legittimità costituzionale dell'obiezione e quello della legittimità costituzionale della legge.

Sotto il profilo della certezza giuridica, infatti, non solo è pressoché impossibile individuare criteri idonei a circoscrivere l'ambito applicativo della libertà di coscienza[69], ma è anche massimamente inopportuno lasciare al giudice il compito di decidere, di volta in volta, della legittimità o meno del comportamento obiettante.

Il giudice sarebbe tenuto a compiere un accertamento caratterizzato da notevole complessità: onde poter valutare della legittimità del rifiuto che l'obiettore oppone al precetto normativo, egli dovrebbe in particolare constatare se nel caso concreto «*la condotta è dettata da un profondo e cogente convincimento interiore, non esprime un bilanciamento di valori incompatibile con i supremi principi dell'ordinamento, non ha apportato alcun pregiudizio, o comunque un pregiudizio di minima entità, al bene giuridico tutelato dalla norma che qualifica come doveroso il comportamento rifiutato e non ha dato luogo a situazioni di irragionevole disuguaglianza*»[70].

Un riscontro che, data la sua difficoltà e gli ineliminabili margini di opinabilità che sono insiti in ogni accertamento giudiziario (amplificati qui dal fatto che in gioco vi è un concetto elastico e cangiante come quello di "coscienza"), è all'evidenza suscettibile di concludersi con esiti incerti e tra loro sempre diversi: come il gatto nel famoso paradosso di Schrödinger era sospeso in uno stato indeterminato, potendo essere sia vivo che morto fino a che la scatola rimaneva chiusa, così l'obiezione di coscienza non potrebbe dirsi né legittima né illegittima fintanto che il giudice non

---

[68] Cfr., *amplius*, F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, *cit*., p. 167.

[69] Non sembrano realmente in grado di contenere le virtualità espansive della libertà di coscienza: a) né il criterio che richiede che i motivi dell'obiezione debbano riguardare la «*tutela essenziale della dignità della persona*» (V. TURCHI, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2010, p. 43, il quale afferma che i convincimenti in materia elettorale – la preferenza tra sistemi proporzionali o maggioritari – non sono motivi di coscienza idonei a legittimare l'obiezione, non avendo riguardo al valore della dignità individuale); b) né quello che si riallaccia al c.d. "principio del danno" (P. CHIASSONI, *Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State*, cit., 2016, pp. 37 ss.): l'obiezione sarebbe giustificata allorché la legge imponga obblighi nella «*sfera d'inviolabilità degli individui*» (*space of individual inviolability*). Ciò che farebbe del diritto all'obiezione di coscienza non già un diritto "assoluto", non bilanciabile di fronte alla forza di resistenza opposta da altri diritti, bensì un diritto "relativo", suscettibile di subire limitazioni in applicazione di un principio, quello del danno per l'appunto, funzionale a distinguere le condotte idonee a formare oggetto di obiezione dalle condotte illegittime. Il primo criterio, fondandosi sul concetto di «*dignità umana*», valore evanescente e inafferrabile, potrebbe essere riempito dagli interpreti dei contenuti più vari (sull'incerto contenuto della "dignità": G. RESTA, *La dignità*, in S. Rodotà - M. Tallachini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, 2010, pp. 259 ss.; G CRICENTI, *I giudici e la bioetica*, Carocci editore, 2017); il secondo, prestandosi a molteplici letture, non sembra possa rappresentare un parametro in grado di circoscrivere adeguatamente l'ambito di applicazione della libertà di coscienza.

[70] Così D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, 2011, p. 267.

si pronunci al riguardo.
Manifesto lo stato di incertezza che ne conseguirebbe. A risultare seriamente menomata sarebbe la stessa funzione di orientamento che la legge è chiamata a svolgere: così come l'obiettore non sarebbe in grado di orientare consapevolmente le proprie scelte, non avendo idonei parametri alla cui stregua poter valutare se l'ordinamento gli consenta o meno di obiettare ad un determinato precetto normativo, almeno fino a che ciò non sia accertato in un'aula di giustizia; allo stesso modo il titolare del diritto garantito dalla legge non potrebbe avere alcuna garanzia che quanto la legge gli accorda in astratto gli venga poi riconosciuto in concreto[71].
Tale stato di incertezza, inoltre, sarebbe suscettibile di perpetuarsi nel tempo: non essendo il nostro un ordinamento di *common law*, e non avendo quindi il precedente giurisprudenziale valore vincolante per il futuro, nulla sarebbe di ostacolo a che due giudici, chiamati in successione a pronunciarsi su casi analoghi, possano valutare diversamente la medesima obiezione, ritenendola ora legittima, ora illegittima[72]. Un identico caso potrebbe essere deciso, così, accordando prevalenza ora alla libertà di coscienza dell'obiettore, ora all'interesse tutelato dalla legge cui l'obiettore rifiuta di adeguarsi, a seconda che le convinzioni e la sensibilità del singolo giudice lo orientino, in quel preciso momento in cui egli emette la sentenza, in un senso o nell'altro. Ciò che condurrebbe ad una sistematica violazione del principio di uguaglianza.
D'altra parte, pure dalla funzione "istituzionale" che si vorrebbe attribuire all'obiezione di coscienza si traggono conclusioni inammissibili: a) che l'obiezione di coscienza debba ritenersi sempre dovuta e mai frutto di una libera scelta del legislatore; b) che la legge che la preveda sarebbe quindi sempre costituzionalmente legittima e quella che non la preveda, viceversa, sempre incostituzionale; c) che se il legislatore emana una legge senza ivi prevedere l'imprescindibile diritto all'obiezione di coscienza, chi obietta, perciò, lo farebbe automaticamente nei confronti di una legge costituzionalmente illegittima.
Che la scelta del legislatore di inserire una clausola di coscienza debba sempre ritenersi obbligata, anziché frutto di una valutazione discrezionale dello stesso, è affermazione che non risponde alla realtà: ciò si verifica in alcuni casi (così, ad esempio, l'inserimento nella legge sull'aborto di una clausola di coscienza, almeno quando la legge fu emanata, venne considerata una scelta vincolata da parte del legislatore), ma non in tutti[73].

---

[71] Con buona pace della c.d. "certezza del diritto", cioè a dire della possibilità per il singolo di conoscere con sicurezza ciò che la legge detta e fare così affidamento su di essa (Corte Cost. n. 349/85, in *Giust. Cost.*, p. 659; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto*, *Enc. Giur.*, Treccani, 1993).
[72] Come ha evidenziato la Corte Cost. (v. D. PULITANÒ, *Nota introduttiva*, *Titolo I*, *Libro I*, in G. Forti - S. Seminara - G. Zuccalà (diretto da), *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2017, p. 3), persino "*l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore essenzialmente persuasivo, e può essere disatteso in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica*».
[73] Così, ad esempio, era quantomeno dubbio che si potesse ritenere una scelta obbligata quella di inserire una clausola di coscienza nell'ambito della legge sulla procreazione medicalmente assistita, considerato che questa legge: «*disciplina l'applicazione di tecniche finalizzate alla procreazione e non alla soppressione della vita umana; prevede (*rectius *prevedeva, prima della sua parziale riscrittura ad opera della Corte costituzionale) una tale quantità di divieti che lo spazio di esercizio dell'obiezione, se vi era, appariva davvero residuo; riconosce irrazionalmente l'obiezione anche al personale medico che eserciti in strutture private che hanno come finalità esclusiva quella di provvedere proprio alla pratica della PMA*» (v. *amplius* F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, *cit*., pp. 172 ss.). Lo stesso è a dirsi per la clausola di coscienza che è contenuta nella legge sulla sperimentazione animale (L. 413/1993). Per quanto «*sia innegabile che la tutela della vita e della salute degli animali* […] *possa trovare fondamento*

Altrettanto errata è la corrispondenza che si vorrebbe instaurare tra legittimità costituzionale della legge e previsione della clausola di coscienza che consente l'obiezione: l'idea che la legge debba ritenersi sempre costituzionalmente illegittima, in tutti i casi in cui essa non conceda all'obiettore la facoltà di astenersi dal comportamento imposto, è frutto di una presunzione che non trova riscontro nella realtà delle cose.
Casomai, dovrà valutarsi attentamente, di volta in volta, se il diritto di obiezione possa ritenersi effettivamente dovuto e, conseguentemente, valutando la posta in gioco, se si renda opportuna una declaratoria di incostituzionalità del testo di legge che non lo prevede.

3.4. Conclusioni sulla portata del diritto all'obiezione di coscienza nel sistema.
Stando così le cose, se non si vuole arrivare a negare il fondamento costituzionale della libertà di coscienza e, di conseguenza, la giuridicità del conflitto che si anima tra coscienza del singolo e norma di legge, si deve riconoscere che la soluzione più equilibrata resti quella di garantire l'operatività del diritto all'obiezione di coscienza solo nei casi in cui sussista un'espressa interposizione del legislatore che ne detti tempi, forme e modi di estrinsecazione[74].
Solo la legge, infatti, può adeguatamente «*soppesare costi e benefici, individuare i modi con i quali sondare la veridicità delle opzioni di coscienza, proteggere i diritti costituzionali dei singoli dalla "dittatura" di coscienze altrui, stabilire fino a qual punto l'obiezione possa liberamente spingersi senza mettere in pericolo la stessa tenuta dell'ordinamento, prescrivere prestazioni alternative che rimarchino la non contestata appartenenza sociale del soggetto obiettante e la genuinità delle sue scelte*»[75], nonché «*farsi carico delle conseguenze dell'esercizio dell'obiezione di coscienza sulle finalità perseguite dalla legge e delle possibili situazioni di disuguaglianza che possono presentarsi a seguito del suo riconoscimento*»[76].
Al contrario, l'idea che le aule di giustizia possano essere considerate il luogo più adatto per accertare la legittimità di un'obiezione di coscienza e occuparsi di realizzare il più equo contemperamento tra gli interessi in conflitto (quelli facenti capo all'obiettore e quelli propri del soggetto garantito dalla legge) non sembra poggiare su argomentazioni solide e razionali, quanto piuttosto su una radicata e del tutto eccessiva sfiducia nei confronti del legislatore, cui fa da contraltare un altrettanto irrazionale affidamento nella magistratura[77].

---

costituzionale, non sembra che essa goda di un riconoscimento così elevato da rendere costituzionalmente dovuta la previsione dell'obiezione per chi rifiuti, persino nell'ambito di centri di ricerca privati, di praticare la sperimentazione» (v. *amplius* D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, *cit.*, pp. 309 ss.).

[74] Come costantemente affermato dalla Corte costituzionale, occorre quindi un'interposizione legislativa che discerna da caso a caso e bilanci gli interessi e i diritti confliggenti dei soggetti coinvolti (cfr., *ex plurimis*, le sentenze n. 422/1993, n. 467/1991, n. 409/1989, n. 164/1985, n. 117/1979, n.58/1960).

[75] Così anche P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, *cit.*, p. 404, il quale tuttavia si mostra incline ad ammettere «*che, in ipotesi assolutamente residuali ed eccezionali, il diritto all'obiezione di coscienza possa essere rilevato dal giudice (ai sensi* […] *dell'art. 51 c.p., nonché degli artt. 10 e 52 della Carta dei diritti fondamentali) o dalla Corte costituzionale (ad es., nel quadro di un giudizio di uguaglianza e ragionevolezza, oppure nelle ipotesi in cui concretamente si riscontri la mancata garanzia del "nucleo essenziale" della libertà in discorso)*».

[76] D. PARIS, *L'obiezione di coscienza*, *cit.*, pp. 312 ss.

[77] Tale impostazione sembra dimenticare che il legislatore, nel legiferare, incontra limiti cui il giudice non va incontro. E che le leggi, a differenza delle statuizioni giudiziarie, sono poi sempre suscettibili di essere sottoposte ad un penetrante controllo di costituzionalità. Il fine dei «*limiti che il legislatore deve incontrare*» e dei «*controlli sulle leggi*» è proprio quello di assicurare «*che, nella formazione del diritto, la graduazione*

Difatti, per quanto sia ormai pacifico che il compito del giudice non possa ridursi ad una meccanica applicazione della norma di legge (*ius dicere*), ma presupponga necessariamente un momento d'interpretazione volto a specificare, precisare e, se del caso, integrare il contenuto della stessa (attività che comunque deve essere contenuta entro limiti circoscritti, per non sfociare in un'attività creatrice del diritto, piuttosto che interpretatrice)[78], sembra «*davvero eccessivo riconoscere al giudice il compito di dichiarare, quando ve ne siano i presupposti, ciò che il diritto dice – l'obbligo di legge – e, insieme, il suo contrario – la condotta obiettoria – così legittimando l'esenzione dagli obblighi stabiliti dalla legge*»[79].

4. La L. n. 219/2017 e la mancata previsione del diritto all'obiezione di coscienza.

Ciò detto, siamo a questo punto in condizione di rispondere agli interrogativi che si erano posti in apertura. Come si è già evidenziato, la L. n. 219/2017 non pare accordare espressamente all'operatore sanitario alcun diritto di obiezione.

È vero infatti che «*in ogni caso, in presenza di richieste illegittime (come quelle di segno eutanasico) o non supportate da risultati sperimentali (come per il metodo Stamina) il testo è chiaro nel tutelare l'autonomia del medico tesa a rifiutare la richiesta di trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali*»[80], ma è altrettanto indubbio che tale facoltà di rifiuto poco o nulla abbia a che vedere con l'obiezione di coscienza vera e propria[81].

Inoltre, il tentativo compiuto da una parte della dottrina di ravvisare nel testo di legge un riconoscimento diretto del diritto all'obiezione di coscienza, estrapolabile dal rinvio che l'art. 1, comma 6, fa alle norme deontologiche, non sembra possa essere condiviso. Ritenere, come taluno ha fatto, che il rinvio alle norme deontologiche, tra cui anche all'art. 22 del codice deontologico[82],

---

e la composizione degli interessi avvenga in conformità a criteri ed a canoni obiettivi». Ciò «*vale in special modo per le democrazie pluraliste e per le società politicamente non omogenee, nelle quali più si presenta il pericolo di un nuovo feudalesimo, giacché alcune concentrazioni di interessi particolari, venendo meno al dovere di lealtà tra i gruppi, potrebbero – se non incontrassero dei limiti e delle efficaci reazioni – sovvertire l'equilibrio sociale ed imporre la loro visione ideologica della realtà*» (come osservava già T. MARTINES, *La democrazia pluralista*, in *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, 2000, p. 251)

[78] L'idea che la giurisprudenza possa svolgere una funzione creativa è infatti da osteggiare. Condivisibili sul punto sembrano le considerazioni di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, pp. 13 ss. L'Autore, muovendo dalla premessa che «*gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità*», critica, non senza fondamento, «*i molti orientamenti teorici e dottrinari – kelseniani, post-kelseniani, ermeneutici, principialisti, neopandettisti, realisti – che contribuiscono ad allargare ulteriormente tali spazi, fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione e perciò il declino della soggezione dei giudici alle leggi sulla quale si fonda la legittimazione del potere giudiziario*».

[79] F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale*, *cit*., p. 178.

[80] Come osserva C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, *cit*. p. 2.

[81] Così anche B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017, pp. 1 ss.; D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018, pp. 31 ss.

[82] Che, nella sua formulazione attuale, così recita: «*il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave ed immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della*

che contiene una clausola di coscienza generalissima tale da poter consentire al medico di rifiutare qualsiasi intervento gli venga richiesto, possa effettivamente rappresentare la base normativa del diritto del medico all'obiezione di coscienza, è soluzione che conduce a risultati pratici irragionevoli e finanche aberranti.

Non sembra ragionevole pensare, difatti, che il legislatore possa aver scientemente deciso di accordare ad un'intera categoria (quella dei medici) la facoltà di scegliere se, ed eventualmente in che misura, attuare le disposizioni di legge, ovvero che possa aver voluto autorizzare l'intera classe medica a rispettare la legge se, e nella misura in cui, essa si presenti conforme alla coscienza di ciascuno dei suoi membri.

A seguire questa interpretazione «*si giungerebbe infatti al paradosso per cui, attraverso una disposizione di carattere generale come l'art. 1, c. 6, secondo periodo, la legge avrebbe consentito all'ordine professionale dei medici di autoesentarsi dall'attuazione della nuova legge, alle condizioni da esso stabilite nel codice deontologico*»[83]. Con il che verrebbe ad essere stravolta la stessa gerarchia delle fonti, dovendo essere eventualmente la legge a delimitare l'ambito di validità delle norme deontologiche, e non il contrario[84].

Sembra soluzione obbligata, quindi, quella di ritenere che l'art. 1, comma 6, abbia semplicemente voluto accordare al medico la possibilità di rifiutare una prestazione allorquando questa si presenti contraria ai criteri oggettivi dell'*ars* medica, ma non quando la stessa risulti contraria alle proprie convinzioni filosofiche, religiose, etiche o morali.

Non c'è dato sapere con certezza se una tale omissione sia il frutto di una scelta consapevolmente orientata a garantire l'incontrastata validità della disciplina dettata, ovvero se essa sia soltanto l'infelice conseguenza della scadente tecnica di redazione dei testi di legge che, ormai da diversi anni, contraddistingue l'operato del legislatore[85].

Considerati comunque i precedenti tentativi di disciplina[86], in cui la non vincolatività per il

---

prestazione».

[83] D. PARIS, *Legge sul consenso informato*, *cit*., p. 33.

[84] Non sembra, dunque, che possa condividersi l'opinione di L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Giappichelli, 2018, § 3.10, per il quale il secondo periodo del comma 6, art. 1 – «*Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*» – deve interpretarsi nel senso che «*il riconosciuto diritto del medico "di non avere obblighi professionali" è scontato se le richieste sono riferite a trattamenti contra legem, discutibile se le richieste sono contrarie alla deontologia professionale e si traduce in obiezione se i trattamenti sanitari richiesti sono suscettibili di essere considerati in forza dell'art. 22 del codice deontologico o considerati in base al valore non solo scientifico, ma anche morale che questi rappresentano*».

[85] E che, come visto, sembra comunque aver fatto ingresso anche nel presente testo di legge: nella formula, «*non felice, che equipara legge e fonti deontologiche*» (S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, *cit*.). Invero, come si è osservato, e come aveva rilevato pure U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, *cit*., p. 3, «*il rinvio al codice deontologico come se fosse un testo di legge pare quantomeno poco opportuno, stante il rischio di equipararlo ad una fonte primaria, con la conseguenza che l'espressione dell'autodeterminazione del paziente possa essere limitata da vincoli non determinati e chiaramente fissati in legge*».

[86] Si veda il c.d. "progetto Calabrò", tra i disegni di legge in materia di "direttive anticipate di trattamento", quello che più si era avvicinato all'agognato traguardo dell'entrata in vigore. Per un commento generale a tale d.d.l., *ex multis*: 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, 2012; con particolare attenzione ai risvolti penalistici

medico delle indicazioni del paziente era indicata a chiare lettere (lo stesso termine impiegato nei precedenti disegni di legge – "dichiarazioni", anziché "disposizioni" – era sintomatico del fatto che esse non dovessero considerarsi cogenti per il medico), e l'esperienza maturata con la legge sull'aborto, la cui operatività risulta oggi pressoché vanificata dal riconoscimento ivi accordato all'obiezione di coscienza, sembra ragionevole ipotizzare che si sia trattato di una scelta consapevole, frutto di attenta e ponderata riflessione.

4.1. La Legge n. 219/2017 è costituzionalmente legittima?

Se così è, se ne deve inferire che la legge non accordi al medico alcun diritto di obiezione e che la possibilità per lo stesso di obiettare legittimamente dipenda unicamente da quella che si ritiene essere la portata del riconoscimento che la Costituzione accorda all'obiezione di coscienza.

Là dove si ammetta che la Carta fondamentale riconosce il diritto all'obiezione di coscienza, e soprattutto ne sancisce l'immediata azionabilità, nulla si potrebbe opporre, invero, a che il giudice possa valutare di volta in volta la legittimità del comportamento obiettante, anche nel silenzio del legislatore sul punto (v'è comunque da rilevare che, anche se ci si pone in quest'ordine di idee, risulta quantomeno dubbia la possibilità di applicare analogicamente al caso di specie la disciplina dettata per le altre ipotesi di obiezione attualmente codificate, e in special modo quella prevista per l'aborto)[87].

Viceversa, se si ammette il fondamento costituzionale del diritto all'obiezione di coscienza, ma si riconosce altresì la necessità di una interposizione del legislatore che ne specifichi contenuto e limiti, come sembra opportuno fare, si deve concludere che al medico non residui alcuna legittima possibilità di obiezione e che, al più, si possa valutare l'ammissibilità e l'opportunità di un intervento del legislatore o della Corte costituzionale volto a colmare la lacuna.

Se un'interpolazione del testo di legge ad opera del legislatore è certamente possibile, un intervento della Corte costituzionale volto a dichiarare costituzionalmente illegittima la L. n. 219/2017, nella parte in cui non prevede l'obiezione di coscienza del medico, per violazione degli artt. 2, 3, 13, 19 e 21 Cost. (presi isolatamente o nel loro rispettivo combinarsi), ammissibile in astratto, potrebbe non esserlo in concreto. Escluso ogni automatismo (per le ragioni già illustrate si deve escludere che l'illegittimità costituzionale della legge, per non aver enucleato la clausola di coscienza, possa discendere automaticamente dal rilievo costituzionale attribuito all'obiezione), occorrerà verificare se in questo specifico caso la previsione dell'obiezione di coscienza si presentasse come costituzionalmente dovuta, piuttosto che come l'esito di una libera scelta del legislatore. Ciò che, come abbiamo visto (*supra*, par. 3.3.3.), non sempre accade.

Ammesso poi che sia così, che cioè la previsione dell'obiezione di coscienza si ponga qui come

---

delle disposizioni in esso contenute, 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 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, 2011.

[87] Invero, come rileva F. MASTROMARTINO, *Esiste un diritto generale, cit.*, p. 176, «*se, da un lato, pare indubbio che la richiesta del paziente di rifiutare o di interrompere un trattamento possa determinare un contrasto con le ragioni di coscienza del medico, potendo derivare dal rispetto della volontà del paziente in certi casi anche la sua morte, d'altro lato è altrettanto innegabile che, diversamente dal caso dell'aborto, rispettare la volontà del paziente non significhi procurare un danno irreversibile a qualche soggetto terzo (com'è il concepito), bensì dare seguito a una scelta autonoma del paziente che si assume la responsabilità delle conseguenze della sua richiesta sulla propria vita*».

condizione necessaria della non illegittimità costituzionale della legge, occorrerà comunque valutare la necessità di un simile intervento ortopedico, che esso avvenga ad opera del legislatore o del Giudice delle leggi. Non è infatti escluso che, prima ancora di vagliare l'opportunità di un'eventuale modifica della legge in questione, la libertà di coscienza dei professionisti chiamati ad attuare le direttive del paziente possa già trovare adeguata tutela nelle «*normali regole organizzative delle strutture sanitarie*»[88].

Anche perché, sebbene nelle moderne società pluralistiche si tenda a considerare l'obiezione di coscienza come un diritto da salvaguardare, il suo riconoscimento, se non disciplinato adeguatamente nelle sue imprescindibili modalità di estrinsecazione[89], come ci insegna l'esperienza maturata con riferimento all'aborto (garantito per legge, ma reso pressoché impraticabile dal fatto che oltre il 70% dei medici si dichiara attualmente obiettore di coscienza)[90], può tradursi nella radicale vanificazione delle finalità per cui la legge viene emanata.

Mutuando il pensiero che fu di Stefano Rodotà, sembra quindi che l'obiezione di coscienza sia un istituto cui dover guardare con un certo scetticismo e, forse, persino con una punta di disfavore, poiché, nell'attuale realtà politica italiana, il rischio che si corre è che il promovimento indiscriminato di una «*pericolosa cultura dell'obiezione*» possa «*sostituire la tavola dei valori costituzionali con una diversa, strettamente dipendente dall'adesione a un credo*» individuale[91], in aperto contrasto con il canone aureo che dovrebbe informare ogni regime liberal-democratico, ovvero che «*la libertà* [anche quella di coscienza] *incontra il limite delle libertà altrui*»[92].

5. Obiezione di coscienza e diritto penale: le conseguenze giuridiche di un'obiezione contra legem.

A questo punto non ci rimane che analizzare le conseguenze che, sullo specifico terreno del diritto penale, si riconnettono ad una obiezione *contra legem*[93], quale dovrebbe ritenersi, sulla base di quanto si è precedentemente osservato, quella eventualmente posta in essere dal medico che decida di obiettare nei confronti della L. n. 219/2017.

5.1. La natura del precetto imposto dalla L. n. 219/2017.

Prima di poter scendere nell'analisi di tali conseguenze, però, si rende opportuno un chiarimento. Occorre stabilire, in particolare, quale sia la natura del precetto contenuto nella L. n. 219/2017,

---

[88] Lo evidenzia D. PARIS, *Legge sul consenso informato*, *cit*., pp. 34-35.

[89] Compito cui solo il legislatore, e talvolta neppure lui, è in grado di assolvere. Come osserva P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, *cit.*, p. 408., sono infatti «*le modalità e il lassismo con i quali la legge n. 194 disciplina l'obiezione del personale coinvolto nelle procedure abortive»* che stanno «*agevolando il vero e proprio boicottaggio politico della legge, oltre che l'immeritata tutela di opzioni personali che con la libertà di coscienza hanno verosimilmente poco a che vedere*».

[90] Si pensi che l'obiezione dei ginecologi raggiunge le vette dell'85,6% nel Lazio, dell'84,1% in Basilicata, dell'83,9% in Campania, dell'83,5% in Sicilia (dati estrapolati da P. VERONESI, *Opinioni a confronto*, *cit.*, p. 408).

[91] S. RODOTÀ, *Perché laico*, Laterza, 2010, pp. 32 ss.

[92] È lo stentoreo monito di V. CRISAFULLI, *Di libertà si può anche morire*, in V. Crisafulli (a cura di), *Stato, popolo, governo*, Giuffrè, 1985, p. 319.

[93] Impieghiamo il termine "obiezione *contra legem*", lo ricordiamo, semplicemente per evidenziare la situazione in cui l'obiezione non è prevista espressamente da una norma di legge ordinaria (obiezione *secundum legem*), che non vi è cioè alcuna legge che accordi espressamente un diritto all'obiezione e che ne detti condizioni, tempi e modalità di esercizio.

nei confronti del quale il medico solleva la sua obiezione: si tratta di un comando (che impone un comportamento attivo, che può essere omesso), di un divieto (che vieta di tenere un certo comportamento ed impone al soggetto cui si rivolge, perciò, un'astensione), ovvero di un precetto a natura variabile che deriva il suo contenuto dalla statuizione contenuta nella DAT (comando se il paziente esige un determinato trattamento o la sua interruzione; divieto se esso rifiuta una terapia, imponendo al medico di astenersi dal tenere un certo contegno)?
La predetta legge (all'art. 1, comma 6) statuisce che «*Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo*», nonché (all'art 4, comma 5) che, «*fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, il medico è tenuto al rispetto delle DAT*». Così facendo, essa sembra prestarsi a più di una lettura.
Escluso per ovvie ragioni che la suddetta legge possa imporre soltanto un'astensione (tale lettura sarebbe incompatibile col dato testuale), sembrano plausibili almeno due delle interpretazioni prospettate: a) da un lato, potrebbe ritenersi che essa comandi al medico sempre e soltanto di tenere un comportamento attivo, che si sostanzia nel «*rispettare la volontà espressa dal paziente*» nella DAT (indipendentemente da quello che poi sarà il contenuto concreto della stessa)[94]; b) da altro lato, si potrebbe argomentare che il contenuto del precetto dettato dalla stessa muti al variare del contenuto concreto della DAT, atteggiandosi come un divieto, laddove il paziente rifiuti taluni trattamenti imponendo al medico un "non fare", e come comando, là dove esso richieda l'interruzione di un terapia già in atto o il compimento di una determinata prestazione.
La faccenda va risolta, trattandosi di questione non scevra di risvolti pratici. Difatti, se si accoglie la prima delle due interpretazioni prospettate, l'obiezione compiuta dal medico, il quale "ometta" di «*rispettare la volontà espressa dal paziente*», qualunque essa sia, sarebbe sempre un'obiezione di coscienza negativa. Diversamente, ove si acceda alla seconda interpretazione, la natura dell'obiezione muterebbe al variare della concreta statuizione contenuta nella DAT, potendo essere positiva o negativa a seconda che il paziente imponga al medico di tenere un comportamento attivo od omissivo.
Delle due possibili tesi, la seconda sembra essere quella più corretta dal punto di vista dommatico. Da un lato, è ragionevole ipotizzare che il legislatore, nell'imporre al medico il «*rispetto delle DAT*», abbia inteso elevare al rango di norma di legge le volontà manifestate dal paziente, sicché, in definitiva, sono queste ultime a dover assumere un peso preponderante ai fini dell'individuazione della natura del precetto non ossequiato dal medico. Dall'altro, essa sembra cogliere meglio un incontestabile dato di realtà, che aderendo all'opposta ricostruzione si finirebbe per mettere in ombra: ovvero, che all'imposizione arbitraria di un trattamento medico, realizzata mediante un comportamento naturalisticamente attivo dell'operatore sanitario, vi è sotteso un disvalore ben diverso da quello che connota una semplice omissione[95].

---

[94] Così opinando, il medico che obietta assumerebbe sempre un contegno omissivo (omettendo di «*rispettare la volontà espressa dal paziente*»), anche nelle ipotesi in cui tale omissione gli imponga di tenere una condotta attiva (ad esempio, se il paziente ha rifiutato nella DAT di essere intubato, il medico realizzerebbe un'omissione – non «*rispettando la volontà espressa dal paziente*» – anche là dove decida di sottoporre il paziente, contro la sua volontà, a tale trattamento).
[95] La dottrina contemporanea tende a parificare i reati di azione e di omissione (gli Autori che si ispirano all'utilitarismo e al conseguenzialismo, in particolare, assumono il principio di «*assoluta simmetria morale*» tra agire ed omettere, ritenendo l'atto diretto ad uccidere equipollente all'omissione dell'atto in grado di salvare: così, ad es., J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Giappichelli, 1989,

5.2. Natura dell'obiezione di coscienza e contenuto concreto della DAT.

Se ci si pone in quest'ordine di idee, si dovranno diversificare le conseguenze penali che discendono dall'obiezione eventualmente posta in essere dal medico in ragione del contenuto che assume la DAT. Infatti, se essa impone sempre al medico di tenere un certo contegno, il contenuto concreto dell'imposizione può variamente atteggiarsi, potendo il paziente imporre al medico: a) un'astensione; b) l'interruzione di una terapia in atto o il divieto di proseguirla; c) l'esecuzione di un trattamento specifico.

Prima, però, occorre avere ben chiaro che individuare una qualificazione penale della condotta posta in essere dal medico è un'operazione che va incontro a significative difficoltà, per superare le quali si è spesso costretti a ricorrere a soluzioni "di fortuna", con il rischio di forzare il dato testuale e la struttura delle fattispecie di volta in volta considerate, piegandole ad esigenze di tutela ben diverse da quelle per le quali erano state originariamente concepite. Un approccio che non può ritenersi del tutto appagante, ma che risulta ineludibile se, almeno *de iure condito*[96], si vuole

---

pp. 120 ss.). A ben guardare, però, azione e omissione, «*per quanto accomunate dall'esprimere entrambe una libera, non necessitata, esternazione della persona nel mondo,* […] *differiscono profondamente tra loro*» (lo evidenzia M. RONCO, *Commentario al codice penale. Il reato*, I, Zanichelli, 2007, p. 118 ss.). Anzitutto, perché l'azione postula un divieto, là dove l'omissione è concepibile soltanto in presenza di un comando. In secondo luogo, ed è questa la principale differenza tra azione e omissione, che si coglie «*sul piano ontico/psichico*», poiché «*la violazione del divieto postula l'esplicarsi dell'energia psichica* versus *la causazione del risultato contrario al diritto*», mentre «*nel caso di violazione del comando* […] *al destinatario è richiesto il dispiegamento dell'energia psichica* versus *la realizzazione positiva di un risultato conforme al diritto*». Donde la conclusione che sarebbe lo stesso «*nucleo di disvalore dell'atteggiamento psichico inerente alle due condotte*» ad essere radicalmente «*diverso*», in quanto «*violando il divieto il soggetto è psichicamente attivo* versus *la causazione dell'offesa, mentre violando il comando è psichicamente inerte* versus *la promozione del bene giuridico*». Del resto, che azione ed omissione abbiano una differente pregnanza assiologica trova conferma nel fatto che un ordinamento quale quello tedesco, che tende a privilegiare l'etica dell'intenzione piuttosto che l'etica del risultato, abbia previsto nel c.p. del 1975 una diminuzione facoltativa di pena in caso di reato omissivo improprio. Come sottolineano F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, 2013, p. 86, «*al fondo di questa scelta sta evidentemente la convinzione che vi può essere* […] *una minore colpevolezza nel comportamento omissivo rispetto alla condotta attiva-commissiva. Chi agisce, cioè chi compie un'azione positiva, assume una posizione attiva: nella psiche dell'agente il processo di determinazione trova uno sbocco ineliminabile nel momento del "passaggio all'atto". Si tratta, cioè, di un impulso attivo della volontà che "impegna" la psiche del soggetto in modo molto più "coinvolgente" di quanto accade nella decisione di non agire. La condotta omissiva si caratterizza invece per la mancanza di tale impulso attivo della volontà e, naturalisticamente, sfocia in una inerzia, in una condizione passiva, che viene considerata indice di un diverso, minore grado di colpevolezza*».

[96] Diverso il discorso in una prospettiva *de iure condendo*. La gran parte degli Autori rileva, a ragione, che sarebbe quantomai opportuna l'introduzione di un'apposita fattispecie incriminatrice che sanzioni l'attività medica o chirurgica posta in essere contro la volontà del paziente (auspicano l'introduzione di una fattispecie *ad hoc*, *ex multis*: A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc*., 2008, p. 78, n. 49, che, pur con qualche cautela, attribuisce all'innovazione normativa anche un ruolo di orientamento culturale «*considerato quanto ancora sia radicata la propensione, in una parte cospicua della classe medica (e della magistratura), per una visione paternalistica del rapporto terapeutico*»; A. MANNA, *Il trattamento sanitario arbitrario*, in A. Manna (a cura di), *Reati contro la persona*, II, Giappichelli, 2007, p. 631; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, 2008, p. 80, che propone l'introduzione di una fattispecie strutturalmente simile alla violenza privata, con equiparazione alla violenza della «*imposizione arbitraria di terapie mediche (o*

fornire una tutela effettiva ad alcuni fondamentali diritti del paziente, che spesso trovano fondamento direttamente nella Costituzione (così, ad esempio, il diritto di rifiutare le cure)[97]. Ciò chiarito, non ci resta che procedere ad una rassegna delle fattispecie incriminatrici che potrebbero venire in rilievo, con la consapevolezza che una tale rassegna, per quanto completa, non potrà mai dirsi esaustiva, potendo la concreta realtà dimostrare che anche fattispecie da noi tralasciate sono in grado di trovare applicazione nel caso di specie.

Orbene, considerato che come si è ripetutamente evidenziato l'obiezione di coscienza può essere soltanto negativa, là dove il medico dovesse "obiettare" nei confronti della disposizione data dal paziente (e contenuta nella DAT) di astenersi dal tenere un determinato contegno, compiendo l'azione che gli era preclusa (intubando il paziente che aveva rifiutato tale trattamento, sottoponendo il paziente alla trasfusione che questi aveva respinto, ecc.), si verrebbe a configurare, a nostro avviso: a) sempre[98] e comunque[99] il reato di violenza privata di cui all'art.

---

di sostegno vitale) contro la volontà del paziente»; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 120).

[97] Come rileva A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1436, apparirebbe paradossale, «*nel quadro di un sistema repressivo notoriamente afflitto da ipertrofie e penalizzazioni "a tappeto", il rischio di un vuoto di tutela rispetto ad un diritto di rilevanza costituzionale, quale appunto quello di rifiutare le cure*».

[98] Sono note le perplessità che una parte della dottrina esprime nei riguardi di un possibile inquadramento nell'ambito dei delitti contro la libertà morale della condotta medica posta in essere in assenza del consenso informato del paziente (*ex multis*: F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2004, pp. 162 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici; M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome "in cerca di un nome" e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, p. 414, che propone una qualificazione in termini di sequestro di persona). Tali perplessità, però, risultano fortemente ridimensionate con riferimento ai casi in cui si agisca nonostante un esplicito dissenso del paziente (F. VIGANÒ, *Profili penali, cit*., p. 162). Ogniqualvolta sia possibile individuare una «*contenzione fisica*» (e quindi una condotta violenta) strumentale alla coazione del paziente a tollerare un trattamento indesiderato sul proprio corpo, la configurabilità di un fatto tipico di violenza privata non pare possa essere revocata in dubbio (così, ad esempio, nell'ipotesi di emotrasfusione imposta ad un testimone di Geova). Tale conclusione sembra essere stata recepita anche dalla più recente giurisprudenza di merito. Si veda, in particolare, il caso deciso dal Tribunale di Termini Imerese (30 maggio 2018, Ud. 6 aprile 2018, n. 465), che vedeva per protagonista una donna, testimone di Geova, costretta a subire una emotrasfusione che aveva espressamente rifiutato, facendo altresì allegare in cartella clinica le proprie disposizioni anticipate di trattamento: il Tribunale ha ritenuto di dover condannare il medico, che aveva praticato coattivamente l'emotrasfusione, nonostante il rifiuto opposto dalla paziente, per il reato di cui all'art. 610 c.p.

[99] Il reato in questione, secondo alcuni (F. VIGANÒ, *Profili penali, cit.*, pp. 162 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure, cit.*, p. 69), non verrebbe in rilievo nei casi in cui il medico profitti del sopravvenuto stato di incoscienza del malato. In questa prospettiva, che è stata sostenuta prima che le direttive anticipate di trattamento ricevessero una compiuta disciplina giuridica e che risultava suffragata dalla circostanza che nell'ambito dell'art. 609 bis c.p. l'ipotesi della «*violenza volta a costringere*» è tenuta distinta dall'«*approfittamento di una situazione di incapacità*», ad opporsi all'applicabilità dell'art. 610 c.p. sarebbe stato, essenzialmente, il concetto di "costrizione". Difatti, indipendentemente da quel che si decide di sostenere in ordine all'elemento della "violenza", la necessità che questa produca una coazione nel soggetto passivo presupporrebbe, in ogni caso, una partecipazione cosciente di quest'ultimo. La tesi non coglie nel segno e sembra confondere situazioni differenti: quella in cui il medico esegua un trattamento senza che l'interessato vi abbia specificamente consentito o dissentito (talché, là dove il paziente sia incosciente, il dissenso sarebbe soltanto presumibile); con quella in cui il paziente abbia manifestato, quando ancora era cosciente, un esplicito dissenso al trattamento praticato dal medico, dissenso che è stato mantenuto fermo

610 c.p. (delitto dotato «*di un elevato grado di flessibilità che lo rende particolarmente idoneo ad essere utilizzato come strumento di repressione*»)[100]; b) se dalla sottoposizione al trattamento rifiutato deriva la morte del paziente, il reato di omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p. (se si ritiene che la morte sia conseguenza di una lesione personale dolosa)[101] o, altrimenti, un omicidio colposo[102] ex art. 589 c.p. (sempre che, ovviamente, sia ravvisabile la «colpa» in capo all'operatore sanitario); c) se il trattamento è invasivo, ma determina un miglioramento delle condizioni di salute del paziente, una eventuale responsabilità a titolo di lesioni colpose o dolose[103].

Si tratterebbe, infatti, di un caso di "obiezione di coscienza" positiva, che anche là dove si voglia riconoscere all'obiezione di coscienza il rango di diritto costituzionalmente garantito e immediatamente azionabile, non potrebbe giammai ritenersi tutelata dall'ordinamento.

A conclusioni diverse si deve pervenire, invece, laddove il medico decida di astenersi a fronte: a) dell'obbligo di eseguire un trattamento specifico imposto dalla DAT (a meno che non si tratti di trattamento contrario «*a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali*»[104], ovvero la DAT appaia «*palesemente incongrua o non corrispondente alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*»); b) del divieto di proseguire un trattamento o dell'obbligo di interrompere il trattamento già in atto, sempre contenuti nella DAT, richiedendosi al medico, in entrambi i casi, una condotta

---

e non revocato prima del verificarsi della situazione che ha dato luogo allo stato di incoscienza. L'attualità del consenso, invero, non va valutata in un'accezione meramente e necessariamente cronologica, bensì in senso logico: «*attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione*» (come rileva F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali ed implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, p. 380). Consegue da ciò che, se un esplicito dissenso sussiste ed è attuale, sarebbe del tutto illogico negare l'applicabilità del reato di cui all'art. 610 c.p. soltanto in ragione del fatto che, nel momento in cui il medico pratica il trattamento rifiutato dal paziente, questi si trovi in stato di incoscienza.

[100] Lo evidenzia F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, I, Milano, 2002, p. 39, il quale, però, si impegna nel tentativo di individuare un concetto di «*violenza*» più restrittivo di quello accolto da dottrina e giurisprudenza prevalenti.

[101] Cass. Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, Massimo, CED 190113.

[102] Tra le altre: Cass. Sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521, Huscher, CED 249818; Cass. Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, Barese, CED 222579.

[103] In simili ipotesi la Cassazione ha parlato di «*esito fausto*» ed ha escluso la configurabilità del delitto di lesioni personali dolose, lasciando qualche spazio – «*in termini alquanto confusi*» (come rilevato da G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*. *Parte Generale*, Giuffrè, 2018, p. 291) – per una responsabilità a titolo di lesioni colpose (Cass. Sez. Un. 18 dicembre 2008, n. 2437, Giulini, CED 241752). Le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite nella sentenza "Giulini" sono state ribadite dalla Suprema Corte anche di recente (cfr. Cass. Sez. V, 24 novembre 2015, n.16678, Crotti, CED 266864). Rispetto all'arresto delle Sezioni Unite nel caso Giulini, però, si è pronunciata in senso difforme Cass. Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 21799, Petretto, CED 247341. La Cassazione, nella anzidetta pronuncia, ha affermato che, se il trattamento (nel caso di specie si trattava di un intervento chirurgico) «*è stato posto in essere nella piena coscienza dell'esplicito dissenso del paziente* […], *deve ravvisarsi non solo la imprescindibile volontà di incidere sulla incolumità individuale, che è il bene protetto dalla norma, attraverso la necessaria e propedeutica lesione strumentale chirurgica, ma anche quella peculiare di procurare – quanto meno sotto il profilo della preventiva accettazione del rischio della sua verificazione – il consequenziale evento dannoso finale*». Ne deriva che quest'ultimo evento «*va, quindi, imputato a titolo di dolo, non di colpa*».

[104] Formula da interpretare restrittivamente, nel senso già precisato (v. par. 4).

attiva[105] che può da questi essere omessa contro la volontà del disponente.

5.3. L'obiezione di coscienza negativa del medico: responsabilità penale o soltanto civile?

Assistendosi in queste ultime ipotesi (omissione del trattamento imposto, prosecuzione del trattamento rifiutato o mancata interruzione del trattamento in atto) ad una obiezione di coscienza negativa del medico, si pone, in primo luogo, il problema di verificare se la condotta di astensione del medico, sorretta da ragioni di coscienza, possa effettivamente importare una responsabilità penale. Fatto ciò, se si ritiene di poter dare risposta positiva all'interrogativo, occorre stabilire sotto quale fattispecie incriminatrice poter sussumere la predetta condotta.

Innanzitutto, sembra da escludere la possibilità di ricorrere alla fattispecie incriminatrice della violenza privata[106], che si prospetta come fattispecie a forma vincolata e, dunque, non convertibile

[105] Da questo punto di vista non è priva di rilevo la qualificazione in termini attivi od omissivi della condotta interruttiva del trattamento medico, specie quando la terapia sia attuata attraverso mezzi meccanici. Chi, facendo leva sulla teoria della «*omissione mediante azione*», propugnata da Claus Roxin sin dal 1969 (molto diffusa nella dottrina tedesca e, limitatamente, anche in quella italiana: F. VIGANÒ, *Esiste un diritto ad essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, pp. 7 ss.; L. MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *Ind. pen.*, 1998, pp. 499 ss.; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il dovere del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1828; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. Leg.*, 1984, p. 1017; F. RAMACCI, *Premesse alla revisione penale dell'aiuto a morire*, in *Studi senesi*, Giuffrè, 1988, p. 291; G. PAPPALARDO, *L'eutanasia pietosa: profili di interesse medico legale*, in Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'editore, 1992, pp. 109 ss.), ritiene che l'interruzione rappresenti in realtà la mancata prosecuzione del trattamento in atto (e che, quindi, la condotta interruttiva, attiva dal punto di vista naturalistico, debba esser considerata omissiva dal punto di vista giuridico), ne deve dedurre, come logica conseguenza, che la mancata sospensione del trattamento abbia natura commissiva. Risultato pratico di un simile opinare è l'inammissibilità nel caso di specie, dal punto di vista ontologico, dell'obiezione di coscienza (trattandosi di obiezione di coscienza positiva). Viceversa, se si privilegia – come sembra preferibile – il dato naturalistico (*ex multis*: S. CANESTRARI, *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Utet, 2011, p. 692. M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 912 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1561 ss.; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2007, pp. 1202 ss.; A. VALLINI, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, 2008, p. 54; F. GIUNTA, *Diritto di morire*, *cit.*, pp. 93 ss.) e si è portati a qualificare come omissiva la condotta del medico che rifiuti di assecondare la richiesta del paziente, si deve ritenere che il rifiuto opposto dal medico, laddove sorretto da ragioni di coscienza, configuri un'ipotesi di obiezione in senso tecnico (obiezione di coscienza negativa). Da evidenziare, anche se non è questa la sede per approfondire il discorso, che tra le due opposte tesi che inquadrano una volta per tutte l'interruzione del trattamento, ora come condotta attiva, ora come condotta omissiva, si stagliano soluzioni intermedie che richiedono di valutare da caso a caso se essa si presenti concettualmente più affine ad una azione o ad una omissione: così, ad esempio, quella di R. INGELFINGER, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, *C. Heymanns*, 2004, pp. 310 ss., che distingue a seconda che ad intervenire sia un medico (e allora sarebbe un agire equivalente all'omissione), oppure un terzo, che al primo si sostituisce (senza essere garante), nel qual caso sarebbe azione (tuttavia, come ha rilevato correttamente M. DONINI, *Il caso Welby*, *cit.*, pp. 902 ss., tale «*distinzione* […] *non persuade, perché una condotta non è omissiva solo perché realizzata da un garante che è obbligato a porla in essere*»).

[106] Circostanza che ha dato la stura ad una proposta ricostruttiva (sostenuta da A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, *cit.*, pp. 70 ss.) che inquadra il comportamento omissivo del medico che, anziché fare ciò che il paziente e che la scienza medica autorizzano, fa ciò che il malato non vuole, continuando a praticare il trattamento

in una corrispondente ipotesi omissiva impropria. Considerato pure che: a) l'espressione «*violenza*» presenta, già sul piano linguistico, una «*pregnanza di significato tale da risultare compatibile solo con una condotta attiva*»[107]; b) parrebbe in ogni caso arduo attribuire al medico lo *status* di vero e proprio garante, ex art. 40 cpv., del diritto del paziente a non subire ingerenze non volute sul proprio corpo[108].

Egualmente da escludere sarà, il più delle volte (ma non sempre, trattandosi di reato a forma libera), l'applicabilità delle fattispecie di lesioni personali (art. 582-583 c.p.), essendo difficilmente ipotizzabile che l'elemento della «*malattia*», il cui configurarsi è richiesto per l'integrazione del reato di lesioni, possa essere considerato diretta conseguenza dell'astensione del medico.

Per quel che attiene ai reati di omicidio (doloso e colposo), anch'essi si presentano sicuramente configurabili in astratto, ma è davvero difficile ipotizzare una loro rilevanza nel caso in cui il medico ometta, per ragioni di coscienza, di eseguire uno specifico trattamento richiesto dal paziente nella DAT o di interrompere quello già in atto: ciò che in questi casi muove il medico e lo spinge a sollevare obiezione di coscienza, almeno nella stragrande maggioranza delle ipotesi, è la volontà di salvare il paziente a tutti i costi. È perciò davvero arduo immaginare che il medico possa rifiutarsi di eseguire un trattamento in grado di salvare la vita del paziente o apportare un miglioramento alle sue condizioni di salute, così come che egli possa rifiutarsi di interrompere un trattamento, a meno che non si tratti di un trattamento salvavita. Per converso, si avrà frequentemente a che fare con rifiuti opposti dal medico a terapie che egli ritiene prive di validità scientifica (e qui potrebbe residuare un eventuale margine di applicabilità per l'omicidio colposo, se la valutazione del medico si dovesse alla fine dimostrare negligente, imprudente o imperita,

---

salvavita al paziente dissenziente, nell'ambito di applicazione della fattispecie di maltrattamenti prevista dall'art. 572 c.p. (norma che troverebbe applicazione anche in caso di affidamento di un soggetto ad un altro per ragioni di cura). Tale proposta ricostruttiva parte dal presupposto che è «*l'intera dinamica della relazione tra medico e paziente a risultare alterata e gestita con modalità arbitrarie ed offensive*» e che la genericità che contraddistingue il verbo «*maltrattare*», usato in via esclusiva per descrivere la condotta incriminata, sembrerebbe poter consentire l'applicazione della stessa a tutte le ipotesi – ivi comprese quelle omissive – non riconducibili né al delitto di violenza privata né a quello di lesioni personali. Sennonché, questa soluzione sembra prestare il fianco ad almeno tre obiezioni (da verificare, però, se esse risultino o meno decisive): a) anzitutto, essendo quello previsto dall'art. 572 c.p. un reato abituale, i maltrattamenti richiederebbero una reiterazione di più condotte lesive, che non sempre è dato riscontrare; b) in secondo luogo, non sembra che il concetto di abitualità possa esser fatto coincidere così facilmente con quello di permanenza (come invece vorrebbe A. VALLINI, *Rifiuto di cure*, *cit*., p. 78); c) infine, per quanto l'indirizzo oggi prevalente in dottrina e in giurisprudenza sembri ammettere la configurabilità del delitto *de quo* anche in presenza di reiterate omissioni dell'agente, la natura abituale del reato e l'assenza di un evento naturalistico tra i requisiti strutturali della fattispecie rendono quantomeno incerta l'applicabilità dell'art. 572 c.p. alla condotta omissiva del medico che rifiuti di interrompere il trattamento in atto (esclude la configurabilità dei maltrattamenti in forma omissiva, in particolare, T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, pp. 190 ss.).

[107] F. VIGANÒ, *La tutela penale, cit*., p. 277. Occorre rilevare, tuttavia, come parte della dottrina ammetta il configurarsi della «*violenza*» anche in forma omissiva, in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi (così, in particolare: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Giuffrè, 2008, p. 145, che porta ad esempio il caso di chi fa mancare il cibo a chi non è in grado di procurarselo autonomamente, per indurlo a un dato comportamento; F. GIUNTA, *Diritto di morire*, *cit*., p. 101, che ravvisa nel comportamento omissivo del medico, che non ottemperi la richiesta del paziente di interrompere le terapie di sostegno vitale, un'ipotesi di violenza impropria.

[108] L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere"*, *cit*., 2008.

ovvero frutto dell'inosservanza di «*leggi, regolamenti, ordini o discipline*») o ad interruzioni repentine di trattamenti che mantengono in vita il paziente, seppur contro la sua volontà.
Più agevolmente prospettabile, invece, sempre però che il medico sia investito di una qualifica pubblicistica, è una responsabilità penale dello stesso per le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 328[109], comma 1° (rifiuto di atti d'ufficio) o 2° (omissione di atti d'ufficio), e 323 c.p. (abuso d'ufficio). Tuttavia, se si tiene a mente che il 1° comma dell'art. 328 c.p. attribuisce rilevanza penale al rifiuto solo se l'atto doveva essere compiuto «*senza ritardo*», ci si avvede di come, nelle ipotesi in cui l'atto rifiutato dal medico venga ritenuto non urgente (come è facile che accada), difficilmente potrà ritenersi integrato il reato ivi previsto. In simili ipotesi, al più, potrebbe residuare una responsabilità per "omissione di atti d'ufficio", ai sensi del 2° comma del suddetto art. 328 c.p., e ciò sempre che: a) il paziente abbia nominato un fiduciario, o il giudice gli abbia assegnato un amministratore di sostegno; b) costoro (o quell'altro soggetto che «*vi abbia interesse*») abbiano fatto richiesta al medico di ottemperare alle DAT; c) quest'ultimo non abbia adempiuto entro 30 giorni dalla richiesta, ovvero non abbia esposto congrue «*ragioni del ritardo*».
In tal caso, però, l'avvio dell'azione penale verrebbe sostanzialmente a dipendere dalla volontà di un soggetto diverso dalla persona offesa o dal pubblico ministero, atteso che è difficilmente ipotizzabile che il soggetto che redige le DAT possa essere in condizione di avanzare «*richieste*» che non siano quelle già indicate nella disposizione redatta (sarebbe lo stesso configurarsi del reato, dunque, ad essere condizionato dalla altrui condotta).
Pertanto, soltanto supponendo che possano darsi casi in cui l'atto richiesto al medico sia suscettibile di presentarsi come urgente (debba cioè essere compiuto «*senza ritardo*») o che, in alternativa, il fiduciario, l'amministratore di sostegno o quel diverso soggetto che «*vi abbia interesse*» possano dimostrarsi sempre solerti nel richiedere al medico di adempiere alle statuizioni contenute nella DAT (conclusione tutt'altro che scontata), si potrà ritenere configurato un rifiuto o un'omissione di atti d'ufficio. Diversamente, si dovrà ritenere che la condotta del medico: a) possa integrare esclusivamente il differente reato di "abuso d'ufficio", di cui all'art. 323 c.p., norma che, in quanto speciale (oltre che più grave) rispetto a quella di cui all'art. 328 c.p., nelle ipotesi in cui la condotta del operatore sanitario sia astrattamente riconducibile ad entrambe le fattispecie incriminatrici, sarebbe suscettibile di trovare applicazione anche in luogo di quest'ultima[110] (ovviamente sempre che l'astensione[111] del medico arrechi al paziente «*un*

---

[109] Ipotizza problematicamente un qualche margine di applicabilità per l'art. 328 c.p. anche T. VITARELLI, *Maltrattamenti, cit.*, p. 198.

[110] Ritengono che, nel concorso tra le due norme, l'art. 323 debba applicarsi in luogo dell'art. 328: a) nella giurisprudenza: Cass. 1° dicembre 1999, in *Riv. pen*., 2000, p. 1189; Cass. 23 dicembre 1999, in *Riv. pen*., 2000, p. 230; Cass. 17 aprile 2003, n. 225894; Cass. 11 marzo 2010, n. 246481; b) in dottrina: A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2008, p. 308; A. SEGRETO - G. DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1999, p. 566; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. Marinucci - E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Cedam, 2001, p. 590; M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335* bis *cod. pen.*, Giuffrè, 2013, p. 323.

[111] Invero, come è stato correttamente evidenziato, «*quanto alle norme la cui violazione può fondare la realizzazione del reato (in alternativa all'inosservanza di un obbligo di astensione), l'art. 323 non distingue tra obblighi e divieti*, facere *o* non facere*, ciò che comporta senza dubbio l'ammissibilità di un abuso omissivo*» (così: M. ROMANO, *Commentario sistematico. I delitti contro la pubblica amministrazione, cit.*, p. 305; Cass. 11 marzo 2010, n. 246481; Cass. 25 novembre 2010, n. 248822).

danno ingiusto»[112], condizione imprescindibile per l'operare dell'art. 323 c.p.); b) debba essere valutata unicamente alla stregua di un illecito civile.

5.4. La responsabilità penale del medico e l'eventuale possibilità di escluderla.

Occorre allora verificare se il medico che nell'obiettare abbia realizzato gli estremi di una delle fattispecie di reato precedentemente richiamate possa andare, in qualche modo, esente da responsabilità penale.

Le osservazioni che seguono hanno una ragione d'essere soltanto nell'ipotesi in cui la concreta esperienza giudiziaria dimostri, come crediamo, che la condotta obiettoria del medico è effettivamente in grado di integrare un reato, se non altro in taluni casi, e non un mero illecito civile. È evidente, difatti, che se responsabilità penale non c'è, non vi sarebbe né modo né ragione di escluderla.

5.4.1. L'invocabilità della scriminante dell'art. 51 c.p.

Ove si ritenesse di poter rinvenire, come propone parte della dottrina, il fondamento normativo dell'obiezione direttamente nel rinvio che la legge fa alle norme deontologiche (in particolare all'art. 22 del codice di deontologia medica), elidere la responsabilità penale del medico sarebbe tutto sommato agevole. La condotta del medico, invero, dovrebbe ritenersi: a) scriminata ex art. 51 c.p. (ovviamente là dove la condotta obiettoria si mantenga entro i limiti prefissati dalla legge o, come nel caso della L. n. 219/2017, dalle norme deontologiche), poiché essa rappresenterebbe l'esercizio di un diritto[113]; b) ovvero del tutto estranea al precetto penale, mancando in ipotesi un obbligo penalmente sanzionato di svolgere le funzioni sanitarie[114]. Un'eventuale responsabilità penale potrebbe residuare soltanto là dove l'obiettore superi i limiti e le condizioni entro le quali può essere sollevata, ai sensi della norma di legge, l'obiezione di coscienza.

Viceversa, se si ritiene, come sembra più opportuno fare, che la L. n. 219/2017 non conceda al medico alcuna facoltà di obiezione, e che l'obiezione da questo eventualmente sollevata sia perciò *contra legem*, la scriminante dell'art. 51 c.p. sembrerebbe non venire in rilievo. La soluzione si mostra, per lo meno nello specifico caso che ci occupa, in certo qual modo indifferente a quel che si decide di sostenere in punto di immediata azionabilità del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza.

Invero, attenendoci alle conclusioni precedentemente raggiunte (ovvero che il diritto

---

[112] La condotta del medico è idonea ad arrecare un «*danno ingiusto*» al paziente quando si pone come «*causa di un'apprezzabile (*[…] *non particolarmente significativa, ma neppure inconsistente) condizione di sfavore*». Si deve ritenere che stante «*il silenzio della norma sul tipo di danno e la diversità rispetto all'esplicito limite della sola patrimonialità del vantaggio*», tale danno possa avere «*natura sia patrimoniale che non patrimoniale*». Il che comporta «*la rilevanza a tutto campo del pregiudizio, che riguarda così la lesione di diritti o interessi a contenuto economico come anche dolori o sofferenze morali, ovvero sensazioni o sentimenti negativi pur lontani da (e preclusi a) riflessi o valutazioni di tipo patrimoniale*» (v. l'Autore citato nella nota precedente, p. 314).

[113] Ha sostenuto l'applicabilità della scriminante dell'art. 51 c.p., con specifico riferimento però alla procreazione medicalmente assistita, A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, in T. Padovani (a cura di), *Leggi penali complementari*, Giuffrè, 2007, p. 664.

[114] In quest'ordine di idee sembrano essere, invece: F. PALAZZO, voce *Obiezione di coscienza*, *cit.*, p. 547; E. LA ROSA, *Attività sanitaria*, *cit.*, p. 123.

all'obiezione di coscienza, ancorché implicitamente riconosciuto nella Carta fondamentale, necessita sempre di un intervento legislativo volto a specificarne i contenuti e le modalità di esercizio), si deve necessariamente ritenere che l'art. 51 c.p. risulti inapplicabile al medico che decida di obiettare nei confronti della legge in questione: la scriminante dell'art. 51 c.p., per poter essere invocata, necessita di un diritto immediatamente azionabile (di un «*potere giuridico di agire*», come lo ha definito la Cassazione) che qui invece manca[115].

La conclusione, però, non sembra mutare più di tanto anche ove si ammetta, all'inverso, l'immediata azionabilità del diritto costituzionale all'obiezione di coscienza, pure in mancanza di *interpositio legislatoris.* Difatti, anche chi si è prodigato per sostenere l'immediata azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza, ha dovuto riconoscere che essa non risolve la questione della invocabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p., se non altro nei non pochi casi in cui il comportamento dell'obiettore sia tale da poter ledere interessi fondamentali propri della persona umana. Ciò, per la preclusiva ragione che il diritto all'obiezione di coscienza, anche dai sostenitori della suddetta tesi, almeno nella sua formulazione più convincente, non è considerato un diritto assoluto, ma è sottoposto a limiti e condizioni: tra questi, assume carattere di preminenza il necessario bilanciamento cui il diritto all'obiezione va incontro[116], che deve avvenire con il controinteresse, anch'esso di rango costituzionale, tutelato dall'oggettività della fattispecie incriminatrice.

Stando così le cose, e trattandosi di obiezione esercitata da personale sanitario, si deve ritenere che il bene "libertà di coscienza" si trovi a dover essere bilanciato con altri beni costituzionalmente rilevanti, come il bene "salute" (da intendersi in senso lato, come benessere psico-fisico globale della persona) o come il valore dell'autodeterminazione del paziente. Occorre infatti tenere presente che i beni costituzionalmente rilevanti che vengono in gioco, quello della "autodeterminazione" e quello della "salute", devono essere bilanciati con il bene "libertà di coscienza" e non con quel diverso bene che è sotteso all'esercizio di tale libertà (che, in questo specifico caso, potrebbe essere, ad esempio, la vita del paziente), come invece è stato talora erroneamente sostenuto[117].

---

[115] Come evidenzia M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. Artt. 1-84*, Giuffrè, 2004, p. 542 (che pure interpreta il concetto di diritto di cui all'art. 51 c.p. in senso particolarmente lato, «*non solo come diritto soggettivo con il suo contenuto di singole facoltà, ma anche come interesse legittimo o, più in generale, come qualsiasi situazione giuridica attiva*», in ciò discostandosi da quella che ancora oggi risulta essere l'interpretazione dominante nella giurisprudenza di legittimità), affinché il diritto acquisisca efficacia scriminante è necessario «*che l'ordinamento attribuisca al soggetto un potere di agire per la realizzazione* […] *di un suo interesse*». D'altra parte, è affermazione tralatizia, in dottrina e in giurisprudenza, che «*non basta che l'ordinamento giuridico attribuisca un diritto, perché il fatto commesso allo scopo di esercitarlo non sia punibile: occorre che la legge consenta, per lo meno implicitamente, di esercitarlo mediante quella determinata azione che di regola costituisce reato*» (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, 2006, p. 285; conf. Cass. 27/11/1968, Muther, CED 111437).

[116] A. GARGANI, *Libertà religiosa e precetto penale nei rapporti familiari*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2003, pp. 1023 ss.

[117] Volendo chiarire meglio il concetto con un esempio: nel caso dell'aborto, il bene "salute", che fa capo alla donna e che richiede l'intervento del medico ex art. 32 Cost., non deve essere bilanciato con il diritto alla vita dell'embrione, che il sanitario intende tutelare sollevando obiezione di coscienza, ma direttamente con il bene "libertà di coscienza" che fa capo a quest'ultimo. Nello stesso senso v. anche V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, *cit.*, la quale ritiene che debba «*escludersi che lo specifico interesse sotteso alle convinzioni personali dell'obiettore sia rilevante per stabilire la sfera di prevalenza fra gli interessi giuridici oggetto del giudizio di bilanciamento*» e che, tutt'al più, «*la rilevanza di tale*

Dovendosi stimare, perciò, che nel caso della L. n. 219/2017 il diritto alla libertà di coscienza abbia carattere recessivo, urtando contro diritti prevalenti (come sono, per l'appunto, quelli della salute e dell'autodeterminazione), se ne ricava che tale diritto non possa acquisire alcuna efficacia esimente[118].

Tale conclusione[119] si presenta ancor più esatta là dove si abbia a che fare con le fattispecie di cui agli artt. 328 e 323 del codice Rocco. Difatti, si deve tenere a mente che il bene giuridico leso dalla condotta obiettoria deve essere ricostruito anche alla luce del reato concretamente integrato dal comportamento criminoso dell'agente. Il diritto dell'obiettore alla libertà di coscienza, nel caso del rifiuto o dell'omesso adempimento della prestazione richiesta dal paziente nella DAT che integrino gli estremi richiesti dalle fattispecie di cui agli artt. 328 e 323 c.p., dovrebbe perciò essere bilanciato non solo con il diritto di autodeterminazione del paziente e con il bene "salute", ma anche con altri due beni che sono tutelati dalle predette fattispecie incriminatrici: l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa[120]. Come è stato correttamente messo in evidenza, sarebbe infatti errato, innanzi ad un reato contro la pubblica amministrazione (come certamente sono quelli previsti dagli artt. 328 e 323 c.p.), individuare gli interessi contrapposti, che occorre soppesare, soltanto in funzione del bene facente capo al singolo cittadino, senza avere riguardo anche a quel diverso "bene istituzionale" che, invece, fa capo allo Stato[121].

---

interesse» possa «*essere presa in considerazione per determinare il* quantum *di pena applicabile*». *Contra*: L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza, cit*., pp. 186 ss., il quale sostiene che l'esercizio della libertà di coscienza, che si manifesta attraverso l'obiezione all'adempimento di determinati obblighi, debba ritenersi correlato, anzitutto, al bene di rango preminente nell'assetto costituzionale che l'obiettore intende salvaguardare e, quindi, nel caso specifico dell'aborto, al bene "vita".

[118] Un *iter* argomentativo analogo era stato seguito da G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Foro it*., n. 5/1983, per escludere l'invocabilità dell'art. 51 c.p. (sotto il profilo della libertà religiosa) nel caso del testimone di Geova che lascia morire il figlio, rifiutandosi di sottoporlo alla trasfusione di sangue che avrebbe potuto salvargli la vita. In senso analogo cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008, pp. 260 ss.

[119] Alla medesima conclusione era pervenuta, peraltro seguendo un percorso argomentativo differente, pure quella parte della dottrina che ha opinato nel senso della radicale inconciliabilità tra efficacia scriminante del diritto all'obiezione di coscienza e titolarità di una funzione pubblica. Tale opinione si fonda sul convincimento che chi svolge una funzione pubblica non possa pretendere di godere della medesima libertà di coscienza che, invece, dovrebbe essere garantita al cittadino comune. Argomentando diversamente, si concederebbe la facoltà a chi esercita funzioni pubbliche o altri servizi di utilità generale di sacrificare fondamentali interessi pubblici per i propri convincimenti interiori, venendo meno al dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.) che rappresenta uno dei limiti generali all'operatività dell'istituto dell'obiezione. In argomento, con sfumature differenti: V. ONIDA, *L'o.d.c. dei giudici e dei pubblici funzionari, cit*., 1992, p. 368; S. PRISCO, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in www.associazionecostituzionaisti.it; P. CAVANA, *Il giudice e il crocifisso: note critiche su una prospettata nuova figura di obiezione di coscienza*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006; S. RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1995, p. 65; P. DONATELLI, *Coscienza, libertà e professioni sanitarie*, in G. Baldini - M. Soldano (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io?*, Firenze University Press, 2011 (quest'ultimo A., assumendo forse una posizione più radicale rispetto agli altri, ritiene, sia pure con qualche distinzione e precisazione per il caso dell'aborto, che in ambito sanitario la clausola di coscienza non possa essere ammessa, in quanto la professione medica è organizzata per rispondere a diritti e promuovere interessi cruciali ed irrinunciabili).

[120] Da intendersi come erogazione di servizi a tutela di fondamentali diritti individuali e collettivi (Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, in *dejure.giuffre.it*).

[121] Così: F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, p. 66.; V. ABU AWWAD, *L'obiezione di*

In breve, anche il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza come diritto generale immediatamente azionabile dovrebbe condurre, come la tesi che richiede la necessaria interposizione del legislatore, a ritenere inapplicabile la scriminante dell'art. 51 c.p. al medico obiettore. Si è usato il condizionale ("dovrebbe"), poiché, come si è diffusamente argomentato *supra*, in quest'ultimo caso spetterebbe sempre al giudice operare il bilanciamento di interessi che è sotteso alla predetta impostazione (e che, invece, dovrebbe più opportunamente essere lasciato al legislatore), e non è detto che l'esito del contemperamento operato in sede pretoria si dimostri sempre lo stesso, né che sia sempre quello più corretto.
Esclusa l'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p., non resta che verificare se il medico possa andare esente da responsabilità per altre ragioni.

5.4.2. L'errore sull'esistenza della scriminante.
Anzitutto, occorre verificare se l'assoluzione del medico possa astrattamente fondarsi sull'erronea supposizione dell'esistenza della scriminante, in realtà inesistente. Occorre cioè appurare se, pur non essendo operante l'art. 51 c.p. nel caso di specie, il medico obiettore possa andare esente da responsabilità ove ritenga, erroneamente, che la sua condotta sia lecita, in quanto scriminata[122].
In questa sede il tema della c.d. «*scriminante putativa*» non potrà essere esaminato compiutamente, neppure nei suoi tratti essenziali. Invero, come si è acutamente osservato in dottrina, la discussione che investe l'ambito dell'errore sulle cause di giustificazione è, prima di tutto, una discussione sull'oggetto del dolo[123]. Una discussione, perciò, che si presenta fin troppo impegnativa per poter essere compendiata nelle poche righe che ci è consentito dedicare all'argomento. Considerato pure che il dibattito risente pesantemente della questione relativa alla sistemazione dogmatica delle scriminanti: un problema che agita la dottrina da decenni[124].

---

coscienza nell'attività sanitaria, *cit*.

[122] In argomento v. diffusamente: C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, 1962, pp. 199 ss.; A. LANZI, *La scriminate*, *cit*., 1983; G. LA CUTE, *L'obiezione di coscienza e il reato di omissione di atti d'ufficio*, in *Giur. mer*., n. 2/1984; F. MANTOVANI, *Obiezione di coscienza: problema epocale*, in *Iustitia*, n. 2/2011.

[123] G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1242.

[124] L'unico punto di convergenza raggiunto dalla dottrina sembra essere sul fatto che le scriminanti ineriscano alla struttura del reato. All'interno di questa opzione dogmatica di fondo (che, peraltro, non può neppure dirsi pacifica) è possibile riscontrare innumerevoli ricostruzioni. Due quelle principali: per chi scompone il reato in tre elementi (fatto, antigiuridicità e colpevolezza), è giocoforza ritenere che le scriminanti rappresentino fattori di esclusione della «*antigiuridicità obiettiva*»; chi, viceversa, scompone il reato in due soli elementi (fatto e colpevolezza), viene inesorabilmente portato ad inquadrare le scriminanti come «*elementi negativi del fatto*», cioè come elementi che devono mancare affinché il «*fatto tipico*» possa dirsi integrato. Dall'opzione per l'una o l'altra tesi derivano conseguenze di non poco momento. Invero, chi inquadra le scriminanti tra gli «*elementi negativi del fatto*», ricava dall'art. 59 c.p. che il dolo ricomprende nel suo ambito, in positivo, gli elementi che formano il fatto tipico ex art. 47 c.p., e, con una valenza negativa, le cause di giustificazione. Da questo punto di vista, perciò, l'erronea supposizione dell'esistenza di una situazione scriminante farebbe venir meno la possibilità di configurare una responsabilità dolosa, pur lasciando residuare una eventuale responsabilità colposa. Viceversa, chi ritiene che le cause di giustificazione elidano l'antigiuridicità obiettiva, afferma che solo l'art. 47 c.p. definisce l'oggetto del dolo, là dove l'art. 59, comma 4, c.p., presupponendo un fatto che è già tipico, viene a collocarsi in un momento successivo all'integrazione del reato. Da qui la duplice conclusione che: a) il soggetto realizzerebbe esattamente il fatto che ha voluto, ma che credeva gli fosse consentito; b) ciò che verrebbe ad essere escluso sarebbe, perciò, l'elemento della colpevolezza normativa, ovvero la possibilità per il soggetto agente di poter essere motivabile attraverso la norma, esattamente come accade nel caso di

Volendoci qui limitare ad alcune sintetiche ed interlocutorie considerazioni, occorre arrestarsi al dettato dell'art. 59 c.p. e all'interpretazione che ne danno la dottrina e la giurisprudenza prevalenti.

L'art. 59 c.p., in modo abbastanza laconico, afferma che «*se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*».

Per l'orientamento dottrinale dominante, affinché la supposizione erronea dell'esistenza della scriminante[125] possa escludere la responsabilità dell'agente ai sensi dell'art. 59 c.p., è necessario che essa si traduca in un errore sul fatto[126]. Non assumerebbe rilievo, invece, l'errore sfociante nell'erronea convinzione che la situazione immaginata rientri tra quelle cui l'ordinamento attribuisce efficacia esimente (in quanto si tratterebbe di un errore di diritto o di un errore che, comunque, ricade sul precetto)[127].

Ebbene, nel caso che ci occupa sembra che il soggetto agente (il medico che obietta) si rappresenti il fatto di reato correttamente, ma erri sulla sua qualificazione giuridica, ritenendolo giustificato. L'errore finirebbe perciò «*per riflettersi sui limiti di applicabilità della norma penale violata, e quindi sul divieto*» [128]. Situazione che rinviene la propria disciplina nell'art. 5 c.p., da reinterpretare, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988, nel senso che l'ignoranza non scusa, a meno che non si tratti di ignoranza inevitabile.

Se le cose stanno in questi termini, alla luce anche dei doveri informativi che incombono solitamente sui professionisti e del clamore mediatico che ha accompagnato l'entrata in vigore del testo di legge, risulta difficile immaginare che il medico possa versare in una situazione di "errore inevitabile". Senza contare, poi, che solitamente gli obiettori non agiscono sul presupposto erroneo che l'ordinamento gli accordi la possibilità di operare secondo coscienza, bensì scelgono consapevolmente di accordare priorità alla propria morale, ben percependo la doverosità del comportamento omesso.

Di qui la conclusione che il campo di operatività dell'errore rimarrà confinato entro limiti angusti

---

«*errore sul divieto*» (così, tra gli altri: C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, I, Utet, 1993, p. 415; D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Morano, 1961, p. 110)

[125] La locuzione «*circostanze di esclusione della pena*», non particolarmente limpida, per la dottrina assolutamente dominante allude proprio alle cause di giustificazione.

[126] Qualche Autore ritiene che la formula legislativa utilizzata dall'art. 59, comma 4, c.p. possa essere interpretata in senso omnicomprensivo, e ricomprenda quindi anche l'ipotesi di errore sulle scriminanti che si traduca in errore sul divieto (cfr., ad es., L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato: struttura generale; la colpa*, Giuffrè, 1954, pp. 92 ss., il quale inclina ad ammettere che per l'art. 59 rilevi anche un errore sulla liceità penale del fatto, in deroga al principio generale sancito dall'art. 5 c.p.). Merita condivisione, tuttavia, il rilievo di T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2017, p. 276, il quale osserva che «*la portata generale dell'art. 5 c.p. non sembra consentire l'affermazione di una deroga surrettizia, che finirebbe peraltro col risolversi nell'arbitraria equiparazione di due fenomeni (l'errore sul fatto e l'errore sul divieto), la cui diversa disciplina trova un preciso fondamento razionale e politico-criminale*».

[127] Così, *ex multis*: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, pp. 451 ss.; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, *cit*., pp. 153 ss.; G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen*., II, Utet, 1988, pp. 143 ss.

[128] Così anche la giurisprudenza prevalente, che inclina ad escludere la rilevanza della supposizione erronea di esercitare un diritto, in base all'argomentazione che l'errore di valutazione si traduce, in questo caso, in un errore di diritto inescusabile.

e che il medico difficilmente potrà appellarsi ad esso per essere assolto.

5.4.3. Il ricorso ad altre scusanti.

Ci si deve domandare, a questo punto, se si possa fare ricorso ad altre cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti).

La dottrina tedesca[129] – stimolata anche da una nota ed oramai risalente pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*[130] – sembrava essere approdata, negli anni, non senza una certa varietà di accenti nelle ricostruzioni proposte, alla individuazione di una possibile esclusione della responsabilità penale dell'obiettore sul piano della colpevolezza, in particolare sotto il profilo della non esigibilità di una condotta diversa da quella imposta dai propri invincibili convincimenti interiori[131].

Nel nostro ordinamento, però, non sembra sia possibile pervenire alla medesima conclusione.

In primo luogo, il conflitto tra doveri che subisce l'obiettore, per quanto sia effettivamente in grado di comportare uno stato di alterazione motivazionale, non risponde a nessuna delle scusanti codificate dal legislatore. In secondo luogo, a differenza di quel che è dato riscontrare nella tradizione dell'ordinamento germanico, da noi la categoria dogmatica dell'inesigibilità (*Unzumutbarkeit*)[132] non è mai stata vista particolarmente di buon occhio. Anzi, l'idea – patrocinata dalla dottrina tedesca[133] e da una parte minoritaria di quella italiana[134] – che l'inesigibilità di un comportamento conforme al precetto possa assurgere a causa generale ed autonoma (oltre che preterlegale, cioè operante al di fuori delle ipotesi codificate) di esclusione della colpevolezza è, nella nostra tradizione giuridica, respinta dalla dottrina assolutamente

---

[129] Che più di ogni altra si è interrogata sul problema della qualificazione giuridica del c.d. *Gewissenstat* (fatto di coscienza), *genus* del quale il fatto commesso dall'obiettore rappresenta un'ipotesi particolare.

[130] BVerfG, Beschl., 19 ottobre 1971, in *Jur. Zeit.*, 1972, p. 83. Per alcuni riferimenti alla vicenda esaminata da tale decisione, si veda, nella dottrina italiana, G. FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Foro it*., 1983, II, p. 27.

[131] Si tratta di una soluzione peculiare, considerato che – a differenza della nostra – la Costituzione tedesca, oltre a tutelare espressamente la libertà di coscienza, riconosce pure il diritto all'obiezione, sia pure facendo riferimento esplicito alla sola ipotesi del rifiuto di prestare il servizio militare obbligatorio.

[132] Sull'inesigibilità si vedano i contributi di: G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990; A. CAVALIERE, *Riflessioni dogmatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello Schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1994, pp. 1478 ss.

[133] L'inesigibilità, come causa generale, anche extralegale, di esclusione della colpevolezza, è però respinta da una parte della dottrina tedesca più recente, quantomeno con riferimento ai reati commissivi dolosi (così, *ex multis*, H.J. RUDOLPHI - E. HORN - E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Anh. §16, Rn 35). Diversi Autori tendono oggi a limitare la rilevanza della categoria soltanto all'ambito della responsabilità colposa e di quella omissiva (come, nella dottrina italiana, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, pp. 425 ss.). Per una critica a tale tendenza, tuttavia: F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, pp. 299 ss.).

[134] Per la dottrina italiana: L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Morano, 1948; G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 1986, p. 475; G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, *Enc. Giur*., Treccani, 1988, p. 20 (il quale ritiene che la categoria dell'inesigibilità «*è logica e giusta e nessun principio giuridico le è di ostacolo*»). Per una risalente applicazione giurisprudenziale della teoria: Trib. Bologna 5/11/65, in *Riv. it.*, 1966, pp. 1028 ss. (con nota di Marini) e in *Temi*, 1967, pp. 350 ss. (con nota di Tagliarini).

prevalente[135]. La quale non ha mancato di osservare che, diversamente opinando, si attingerebbe «*la scusa da fonti materiali del diritto con grave pregiudizio della certezza ed in violazione del principio di legalità, non trattandosi di analogia juris in quanto la formula della "inesigibilità di una condotta diversa" manca di quella concretezza necessaria per costituire un principio giuridico superiore, cui ricondurre casi non contemplati dalla legge*»[136].

Infine, anche a prescindere dalle difficoltà connesse ad un riconoscimento dell'inesigibilità come scusante generale e *praeter* legale, attenta dottrina ha rilevato che, se si muove dalla premessa che quello alla libertà di coscienza è un diritto costituzionalmente garantito (per quanto, come visto, non suscettibile di acquisire efficacia scriminante nello specifico caso che ci occupa), risulta evidente che la logica sottesa al riconoscimento di eventuali margini di impunità, per colui che agisce per ragioni di coscienza, non sarebbe comunque quella dell'inesigibilità di una condotta diversa, bensì quella del bilanciamento tra opposti interessi, cioè la *ratio* che è sottesa alle scriminanti e non alle scusanti[137].

Si tratta di obiezioni che, a conti fatti, anche se prese isolatamente, assumono carattere assorbente e conducono, pertanto, ad una conclusione obbligata: l'esercizio del diritto alla libertà di coscienza, perlomeno nel nostro ordinamento, non può assurgere a causa di esclusione della colpevolezza[138].

5.4.4. Osservazioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni complessivamente svolte, si deve concludere che la condotta del medico che, *contra legem*, decida di sollevare obiezione di coscienza nei confronti della L. n. 219/2017, integrando una delle fattispecie di reato precedentemente richiamate, non possa che

---

[135] Così, *ex multis*: P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, 1972, pp. 100 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*, Cedam, 1982, pp. 290 ss.; B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Cedam, 1962, pp. 140 ss.; A. BARATTA, *Antinomie*, *cit*., pp. 28 ss. Nonché, nella manualistica recente: F. ANTOLISEI, *Manuale*, *cit.*, p. 435; T. PADOVANI, *Diritto*, *cit.*, pp. 180 ss., F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2017, pp. 353 ss.; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale*, *cit.*, pp. 710 ss. L'inesigibilità fatica a trovare riconoscimento anche nella giurisprudenza della Cassazione: v. Cass. pen. sez. III, 27 febbraio 1991, Bracco, in *Giust. pen.*, II, 1991, p. 503.

[136] In questi esatti termini F. MANTOVANI, *Diritto*, *cit.*, p. 360. L'A. rileva, non senza fondamento, che il «*vizio fondamentale della teoria è sempre stato*» quello «*di non riuscire a individuare un adeguato parametro, alla cui stregua commisurare l'inesigibilità, al di fuori delle vaghe espressioni dell'"umanamente", "ragionevolmente" e simili*». È evidente, infatti, che: a) «*se si guarda allo stesso "soggetto agente" nella situazione concreta in cui si è trovato, e quindi a tutti gli stimoli psichici che da questa gli provenivano, si rischia di scusare ogni azione criminosa* […], *cadendo in un relativismo soggettivistico in cui si eleva la personalità del soggetto a regolatrice della applicazione della legge*»; b) se, viceversa, si guarda alla categoria dell'uomo medio, «*come la maggioranza dei sostenitori della teoria vorrebbero, si naviga nella incertezza perché il quesito se il comportamento doveroso fosse o meno esigibile da questa evanescente figura è, fatalmente, suscettibile di soluzioni opposte*».

[137] Lo evidenzia F. VIGANÒ, *Sub art. 51*, in E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, 2006, p. 536 ss. In senso conforme: A. LANZI, *La scriminante*, *cit.*, p. 92; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale*, *cit.*, 2006, p. 236.

[138] Nello stesso senso G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto*, *cit.*, p. 427, i quali rilevano che «*il diritto, come ordinamento "obiettivo" delle relazioni umane, non può consentire a ciascuno di agire in base alle sue concezioni etiche o religiose individuali*». Le conclusioni che i due Autori raggiungono con riferimento all'esercizio del «*diritto alla libertà religiosa*», difatti, sembra possano valere anche per la libertà di coscienza. Cfr., tuttavia, H.J. RUDOLPHI, *Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht, in Festschrift für H. Welzel*, Berlin, 1974, pp. 605 ss.

essere sanzionata penalmente.
Difatti, i motivi che hanno spinto l'obiettore ad omettere il comportamento doveroso, come si è visto, all'infuori del limitato campo di operatività della disciplina dell'errore, non possono acquisire rilievo, né scriminante né, tantomeno, scusante. Essi potranno essere valutati unicamente in sede di determinazione della sanzione da irrogare: così, se da un lato il conflitto motivazionale che tormenta l'obiettore potrebbe attenuare la misura del rimprovero e, perciò, incidere in senso favorevole all'agente sulla graduazione della pena all'interno della cornice edittale, dall'altro, potrebbe altresì portare al riconoscimento di talune circostanze attenuanti (quella dell'art. 62, n. 1, c.p., che prevede un'attenuante per «*chi agisce per motivi di particolare valore morale e sociale*»[139], ovvero quelle generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p.). Da rilevare, però, che i motivi dettati dalla "coscienza", specialmente se sinceri e duraturi, sono astrattamente in grado di condurre anche ad un incremento di pena, potendo essere interpretati dal giudice come indici, ex art. 133 c.p., del pericolo di "ricaduta" dell'obiettore nel reato[140].

[139] L'applicabilità o meno di tale circostanza al caso dell'obiezione di coscienza, tuttavia, va vagliata attentamente. Il problema che «*pone l'applicabilità dell'art. 62, n. 1, c.p. riguarda il parametro da utilizzare nel concedere o meno tale attenuante*». A tale proposito, «*secondo un orientamento consolidato, tali motivi possono assumere un significato positivo solo laddove ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui il soggetto agisce, in modo da sminuire l'antisocialità dell'azione criminale e riscuotere il generale consenso della collettività*». Altri Autori ritengono, viceversa, che così opinando la circostanza dell'art. 62, n. 1, c.p. risulterebbe tacitamente abrogata, poiché ben difficilmente «*in un contesto sociale pluralistico e democratico*» come il nostro si potrebbero rinvenire «*istanze etiche e valoriali che godano realmente di una approvazione generalizzata, specie quando invocate allo scopo di "scusare", sia pure in parte, la realizzazione di un disvalore penalmente rilevante*». Per diversa prospettiva, perciò, per uscire dall'«impasse *e soprattutto dal rischio di una* interpretatio abrogans *dell'attenuante*», si dovrebbe ricorrere ad «*una lettura di tale circostanza alla luce non di "valutazioni etico-sociali" (peraltro difficilmente ponderabili), bensì delle scelte della nostra Costituzione, da considerarsi come misura del valore morale e soprattutto sociale degli scopi perseguiti: il movente sarà di elevato valore morale e sociale se idoneo ad esprimere valori patrocinati dalla nostra Costituzione*» (in quest'ultimo senso: V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, cit.; A. VALLINI, *Circostanza del reato*, in G. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, F. Palazzo - C.E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2011, pp. 47 ss.). Se l'adesione alla prima tesi porterebbe ad escludere in radice l'applicabilità della circostanza in esame all'obiezione di coscienza, ad una conclusione radicalmente diversa si dovrebbe pervenire accedendo alla ricostruzione da ultimo prospettata.
[140] Si vedano le considerazioni, estensibili anche al caso dell'obiezione di coscienza, che C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Ets, 2010, p. 229, svolge con riferimento ai "reati culturalmente motivati".

Il Belgio: caso più unico che raro.

di ***Benedetta Dentamaro*** *(avvocato, dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea)*

L'ordinamento belga dispone di una normativa sul fine vita tra le più avanzate al mondo. Premessi cenni sull'evoluzione legislativa che ha portato alla parziale depenalizzazione dell'eutanasia e alla sua estensione al minore, si passeranno in rassegna le disposizioni di legge, con note di giurisprudenza belga e internazionale. Si distinguerà tra eutanasia, suicidio medicalmente assistito e agevolazione al suicidio. Si darà atto dei diritti del medico e del farmacista, nonché del paziente con riferimenti alla normativa di settore.

The Belgian legal system provides a law on end-of-life among the most advanced in the world. After hints on the legislative evolution that has led to the partial decriminalisation of euthanasia and its extension to minors, the legal provisions will be reviewed, with notes of Belgian and international jurisprudence. We will distinguish between euthanasia, medically assisted suicide and suicide facilitation. The rights of the practitioner and of the pharmacist, as well as of the patient with references to the sector legislation, will be explained.

Sommario: **1.** Introduzione. - **2.** Quadro normativo anteriore al 2002 e lavori parlamentari: come si giunse alla depenalizzazione condizionata dell'eutanasia. - **3**. Analisi della legge 28 maggio 2002 sull'eutanasia. - **4.** Eutanasia e suicidio assistito. - **5.** Eutanasia del minore. - **6.** Cenni ai diritti del paziente.

1. Introduzione.

Il Belgio è uno dei tre Stati membri dell'Unione europea[1] che si è dotato di una normativa compiuta sul fine vita[2] nel 2002. Una normativa all'avanguardia, probabilmente la più avanzata in Europa, e la prima al mondo ad ammettere l'eutanasia del minore[3], senza limiti d'età, a determinate condizioni[4].

Il fondamento è il principio di diritto belga, secondo il quale il corpo umano è cosa diversa dalla persona e, pertanto, gli atti di disposizione del corpo sono soggetti al principio di

[1] Insieme ai Paesi Bassi e al Lussemburgo; quattro, se si include la Germania, dove è legale il suicidio assistito.

[2] Legge del 28 maggio 2002 relativa all'eutanasia (*Moniteur belge*, 22 giugno 2002), entrata in vigore il 20 settembre 2002, completata dalla legge del 10 novembre 2005.

[3] Legge del 28 febbraio 2014 che modifica la legge del 28 maggio 2002 relativa all'eutanasia, in vista di estendere l'eutanasia ai minori.

[4] Il primo caso di eutanasia del minore si è verificato nel 2016.

autodeterminazione dell'individuo. L'autodeterminazione è limitata dall'etica, che però è intesa come un'etica aperta, tollerante e non dirigista[5].
Questa concezione è stata declinata dal legislatore belga in una serie di leggi in ambito biomedico[6].
La padronanza del corpo fa parte del diritto della personalità. È inteso come un'estensione del diritto al rispetto dell'integrità fisica, perché comprende l'insieme degli interventi sul proprio corpo, che peraltro sono aumentati negli ultimi decenni, se pensiamo ai progressi in campo medico-chirurgico[7].
La padronanza del corpo soffre i limiti dei principi di ordine sociale, giuridico e morale, che si pongono a tutela dell'integrità della specie umana[8].
Il rapporto medico-paziente è stato ripensato dal legislatore belga a partire dal rispetto dell'integrità fisica ma andando nella direzione dell'autonomia della persona, coniugato con il diritto alla privacy e alla vita famigliare.
Ciò trova riscontro e supporto nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U.), che fa derivare dall'art. 8 dell'omonima Convenzione il fondamento dell'autonomia[9].
Dall'idea che ciascuno ha diritto alla personalità, discende che solo il paziente può prestare il consenso a un atto medico, sotto l'egida del principio superiore della dignità della persona umana[10]. In altre parole, secondo il diritto belga, solo la persona può decidere di ciò che fa del suo corpo, che non si identifica con la persona ma diventa un oggetto giuridicamente indipendente e separato dal soggetto di diritto. Il corpo può costituire l'oggetto di un rapporto giuridico; i suoi elementi possono "circolare" e rientrano pertanto nel concetto giuridico di "negozio". Tuttavia, ciò non significa che siano "sul mercato", giacché tale circolazione si realizza esclusivamente come donazione ad altri. I diritti della persona si estendono a ciascuna parte del corpo umano presa singolarmente, e fanno capo al "diritto di destinazione", ispirato a sua volta dal diritto di proprietà intellettuale e proposto come modello sia da una dottrina illuminata che dalla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina[11].
In sostanza, si tratta di bilanciare la tutela dell'integrità del corpo con il diritto della persona a disporne[12].

---

[5] Y.-H. LELEU – G. GENICOT, *Le statut juridique du corps humain. Rapport belge*, in AA VV, *Droit de la santé : aspects nouveaux*, 2012, p. 2.
[6] Legge del 22 agosto 2002 relativa ai dritti del paziente (*Moniteur belge*, 26 settembre 2002), su cui v. infra; legge del 10 maggio 2007 relativa alla transessualità (*Moniteur belge*, 11 luglio 2007).
[7] Y.-H. LELEU – G. GENICOT, cit., p. 3.
[8] Y.-H. LELEU – G. GENICOT, cit., p. 7. Sui limiti giuridici, cfr. E. BROSSET, *La fin de la vie et le droit européen*, in S. NEGRI, *Between Life and Death: Regulating Advance Directives. National and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 87-106, in particolare pp. 93-sgg.
[9] C.E.D.U., Pretty c. Regno Unito, 29 aprile 2002 (§§ 61 e 66).
[10] Cass., 14 dicembre 2001 (Belgio), in *Pasicrisie belge*, 2001, p. 2129: "Toute personne jouit des droits de la personnalité, qui comprennent le droit à la vie et à l'intégrité physique".
[11] Se ne ha riscontro soprattutto nella legge belga del 19 dicembre 2008 sull'acquisizione e l'utilizzo di materiale corporale umano destinato ad applicazioni mediche umane o a fini di ricerca scientifica (*Moniteur belge*, 30 dicembre 2008).
[12] Y.-H. LELEU – G. GENICOT, cit., p. 6.

2. Quadro normativo anteriore al 2002 e lavori parlamentari: come si giunse alla depenalizzazione condizionata dell'eutanasia[13].

Il codice penale belga non incriminava specificamente la condotta di mettere fine alla vita di una persona dietro sua domanda. Se un medico commetteva quest'atto, era passibile di essere imputato per omicidio, omicidio volontario con premeditazione, o avvelenamento (artt. 392-sgg. c.p.). Tuttavia, non risulta nessuna sentenza di condanna per tali circostanze. Questo si può spiegare o con il fatto che il procuratore non vi abbia riscontrato l'opportunità "sociale" di agire contro dei medici, o con il ricorso a una certa giurisprudenza fondata sulle nozioni di forza maggiore e stato di necessità.

Lo stesso atto però era sanzionato dal codice deontologico anche in caso di sollecitazione da parte del paziente (artt. 95-96). L'art. 96 fu modificato nel 1992 nel senso di inserire tutta l'assistenza morale e sanitaria al paziente in stadio terminale ma cosciente, al fine di alleviarne le sofferenze fisiche e morali e preservarne la dignità.

Il primo dibattito in Senato nel 1997 fu stimolato da un parere del Comitato consultivo di bioetica. Le conclusioni concernevano la necessità di definire l'eutanasia, sviluppare le cure palliative, informare il paziente e rispettare l'obiezione di coscienza del medico. La prima proposta di legge fu depositata il 20 dicembre 1999 sotto il primo governo Verhofstadt, e passò attraverso 40 audizioni, la maggior parte delle quali furono trasmesse in televisione, suscitando la riflessione politica e sociale.

L'intenzione dei proponenti era quella di mettere fine alle pratiche semi-clandestine e assicurare la certezza del diritto. Certezza del diritto sia nei confronti del paziente, che vedrà rispettare la propria richiesta di eutanasia, al contempo beneficiando della tutela contro le eutanasie non consentite, grazie alla regolamentazione delle condizioni e della procedura. Ma anche certezza nei confronti del medico, che non sarà soggetto a condanna penale se agirà nell'ambito delle condizioni previste dalla legge.

Una tappa fondamentale nel processo legislativo fu il parere positivo del Consiglio di Stato del 2 luglio 2001, il quale riconobbe la conformità della proposta di legge alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 2) e al Patto internazionale per i diritti civili e politici (art. 6), che dovevano essere interpretati come un riferimento al diritto all'autodeterminazione. Il Consiglio si rifaceva alla giurisprudenza della C.E.D.U. sulle disposizioni menzionate, in base alla quale lo Stato è tenuto a garantire il diritto alla vita ma non la vita in sé, contro la volontà dell'individuo. Pertanto, bisogna esaminare se il desiderio di morire di un individuo incida sull'obbligazione positiva di tutelare il diritto alla vita, obbligazione che dev'essere bilanciata con il diritto all'autodeterminazione. Con riferimento ai diritti fondamentali, l'obbligo delle autorità di tutelare il diritto alla vita dev'essere bilanciato con il diritto dell'individuo di essere protetto da trattamenti disumani o degradanti (art. 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e art. 7 Patto internazionale per i diritti civili e politici), e con il suo diritto all'integrità fisica e morale (art. 8

[13] J. HERREMANS, *Mourir dans la dignité: La loi belge relative à l'euthanasie, une réponse légale*, in *Frontières*, 24(1-2), 2011-2012, pp. 73-80; E. DE DIESBACH – M. DE LOZE – C. BROCHIER – E. MONTERO, *Euthanasie: 10 ans d'application de la loi en Belgique*, in *Les dossiers de l'IEB*, 2012.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo e art. 7 Patto internazionale per i diritti civili e politici)[14].
La legge fu approvata con 86 voti a favore, 51 contrari e 10 astenuti, beneficiando di un quadro politico variegato in cui i centristi democratici erano relegati all'opposizione.

3. Analisi della legge 28 maggio 2002 sull'eutanasia.

La legislazione belga comprende profili sia civilistici che penalistici, però non interviene a modificare il codice penale.[15] La legge precisa che l'eutanasia praticata dal medico alle condizioni prescritte, non costituisce un illecito penale. Diversamente, l'eutanasia può essere penalmente perseguita come omicidio o avvelenamento.
La disciplina originaria è quella della legge 28 maggio 2002, che fornisce la definizione di eutanasia riprendendola dal citato parere del Comitato consultivo di bioetica: l'atto, praticato da un terzo, di mettere fine intenzionalmente alla vita di una persona su richiesta di quest'ultima[16] (art. 2). Quest'atto può essere praticato solo da un medico. Non è considerato eutanasia il fatto di non cominciare o di cessare dei trattamenti, o di somministrare analgesici contro il dolore.
La legge del 2002 opera una depenalizzazione condizionata dell'eutanasia. Infatti, affinché l'eutanasia sia legale, devono ricorrere alcune condizioni congiuntamente (art. 3). Le condizioni sono differenti a seconda che il paziente sia cosciente o in stato d'incoscienza.
a) Paziente cosciente:
- il paziente deve essere maggiorenne o minore emancipato (età minima: quindici anni), o minore capace di discernimento[17] al momento in cui formula la richiesta[18];
- la richiesta deve essere formulata in maniera volontaria, ponderata e reiterata, e non dev'essere il risultato di pressioni esterne[19];
- il paziente è in una situazione medica senza speranza e riferisce sofferenza costante o insopportabile fisica o psichica che non può essere placata e che risulta da una condizione accidentale o patologica grave o incurabile[20].
Inoltre, occorre seguire le condizioni e le procedure prescritte dalla legge. Analizziamole[21].

---

[14] La Commissione europea dei diritti dell'uomo e la Corte hanno più volte affermato che la somministrazione senza consenso di un trattamento sanitario viola l'art. 8 della Convenzione e fa sorgere la responsabilità dello Stato per violazione dell'obbligo che gli incombe di assicurare la tutela adeguata dell'integrità della persona. E. BROSSET, cit., p. 106.
[15] Diversamente, la legge olandese del 12 aprile 2001, entrata in vigore il 1° aprile 2002, modificò le disposizioni del codice penale relative all'omicidio commesso a richiesta della vittima (art. 293) e al suicidio assistito (art. 294). SÉNAT FRANÇAIS, *L'euthanasie*, in *Service des affaires européennes*, 2002.
[16] "Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par euthanasie l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d'une personne à la demande de celle-ci".
[17] Per la disciplina dell'eutanasia del minore nell'ordinamento olandese, cfr. SÉNAT FRANÇAIS, *Ibid*.
[18] "Le patient est majeur ou mineur émancipé, capable ou encore mineur doté de la capacité de discernement et est conscient au moment de sa demande".
[19] "La demande est formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, et qu'elle ne résulte pas d'une pression extérieure".
[20] "Le patient […] se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable".
[21] J. HERREMANS, *Euthanasie: la loi, quelques notions essentielles, la question du suicid assisté*, in *Revue Médicale de Bruxelles*, 2008, 29, pp. 423-428.

1. La richiesta del paziente.

La richiesta del paziente è il perno della legge: essa è condizione necessaria per l'eutanasia e deve provenire dal paziente, non da un familiare. La richiesta dev'essere volontaria e ponderata dal paziente: non dev'essere frutto di uno scoraggiamento momentaneo o di pressioni esterne.

Il paziente deve inoltre essere capace e cosciente al momento in cui formula la richiesta. Qui, non s'intende la capacità giuridica in senso stretto, ma la capacità di comprendere il quadro medico e le conseguenze della scelta. Bisogna sottolineare che la legge conferisce il diritto di chiedere l'eutanasia ma non il diritto all'eutanasia.

2. Una sofferenza fisica o psichica insopportabile.

Questa valutazione è lasciata al paziente. Rileviamo che la sofferenza psichica può essere una condizione per l'eutanasia anche se non accompagnata da sofferenza fisica: disperazione, perdita della dignità, sgomento di perdere l'autonomia fisica. È esclusa la depressione.

3. Una condizione grave e incurabile.

La condizione può derivare da un incidente o da una patologia. La legge non prevede un elenco delle condizioni "qualificanti", al fine di effettuare la valutazione caso per caso, seguendo la volontà e lo spirito del paziente. Per questo il legislatore non ha utilizzato l'espressione "fase terminale". Tuttavia, se secondo il parere del medico non è possibile prevedere il decesso in tempi brevi (vale a dire nell'arco di alcuni giorni, settimane o mesi), devono concorrere condizioni supplementari: l'eutanasia non può essere praticata prima di un mese dalla richiesta scritta. Inoltre, dev'essere consultato un terzo medico competente nella patologia, che deve accertare la volontà del paziente e la sua sofferenza non alleviabile.

L'art. 3.2 prevede condizioni procedurali.

1. Richiesta scritta del paziente.

La richiesta di eutanasia dev'essere presentata per iscritto dal paziente o, se questi vi è impossibilitato, da un terzo che non abbia un interesse materiale nel decesso del paziente e in presenza di un medico[22].

2. Obbligo d'informazione del medico curante.

Il medico che riceva una richiesta deve aver preventivamente informato il paziente del suo stato di salute, della sua speranza di vita, delle possibilità di trattamento, delle cure palliative disponibili. Tuttavia, il paziente non può essere obbligato né a ricevere cure palliative, né a consultare uno specialista in cure palliative[23]. Ciò deriva dalla legge sui diritti del paziente, che consente a quest'ultimo di rifiutare qualsiasi trattamento. La medesima legge esige che il paziente riceva un'informazione chiara e a lui comprensibile.

---

[22] "La demande du patient, ainsi que l'accord des représentants légaux si le patient est mineur, sont actés par écrit. Le document est rédigé, daté et signé par le patient lui-même. S'il n'est pas en état de le faire, sa demande est actée par écrit par une personne majeure de son choix qui ne peut avoir aucun intérêt matériel au décès du patient".

[23] "Sans préjudice des conditions complémentaires que le médecin désirerait mettre à son intervention, il doit, préalablement et dans tous les cas :

1° informer le patient de son état de santé et de son espérance de vie, se concerter avec le patient sur sa demande d'euthanasie et évoquer avec lui les possibilités thérapeutiques encore envisageables ainsi que les possibilités qu'offrent les soins palliatifs et leurs conséquences. Il doit arriver, avec le patient, à la conviction qu'il n'y a aucune autre solution raisonnable dans sa situation et que la demande du patient est entièrement volontarie […]".

La volontà del paziente dev'essere persistente e può essere revocata in qualsiasi momento[24]; a tal fine, il medico deve tenere più colloqui con il paziente[25].
Il medico di consulto deve essere competente nella patologia del paziente e indipendente dalla relazione terapeutica tra il paziente ed il medico che ne ha raccolto la richiesta[26].

3. Colloqui.

Se il paziente è seguito da un'équipe medica, il medico è tenuto a consultarla[27]. Inoltre, il medico deve consultare i parenti del paziente, con il consenso di quest'ultimo[28].

b) Paziente in stato d'incoscienza.
La dichiarazione di eutanasia può essere fatta in anticipo (art. 4). Questa possibilità fu fortemente voluta da chi chiedeva la depenalizzazione dell'eutanasia eseguita su persona cosciente. Tuttavia, una persona potrebbe sempre mutare volontà. Pertanto, il legislatore belga ha fissato alcune precauzioni.
La dichiarazione anticipata può essere firmata da un maggiorenne o da un minore emancipato. In entrambi i casi dev'essere sottoscritta da due testimoni, di cui almeno uno non deve avere un interesse materiale nel decesso del dichiarante[29]. Per essere efficace, la dichiarazione dev'essere stata sottoscritta non prima di cinque anni precedenti l'impossibilità per il paziente di manifestare la sua volontà. Inoltre, può essere revocata o modificata in qualsiasi momento[30]. Questa dichiarazione può essere utilizzata dal medico solo nel caso in cui il paziente si trovi in stato d'incoscienza irreversibile secondo le conoscenze scientifiche dell'epoca[31].

---

[24] "Le patient peut révoquer sa demande à tout moment, auquel cas le document est retiré du dossier médical et restitué au patient".
[25] "[…] 2° s'assurer de la persistance de la souffrance physique ou psychique du patient et de sa volonté réitérée. A cette fin, il mène avec le patient plusieurs entretiens, espacés d'un délai raisonnable au regard de l'évolution de l'état du patient;
3° consulter un autre médecin quant au caractère grave et incurable de l'affection, en précisant les raisons de la consultation. Le médecin consulté prend connaissance du dossier médical, examine le patient et s'assure du caractère constant, insupportable et inapaisable de la souffrance physique ou psychique. Il rédige un rapport concernant ses constatations".
[26] "Le médecin consulté doit être indépendant, tant à l'égard du patient qu'à l'égard du médecin traitant et être compétent quant à la pathologie concernée".
[27] "S'il existe une équipe soignante en contact régulier avec le patient, s'entretenir de la demande du patient avec l'équipe ou des membres de celle-ci".
[28] "Si telle est la volonté du patient, s'entretenir de sa demande avec les proches que celui-ci désigne".
[29] "La déclaration peut être faite à tout moment. Elle doit être constatée par écrit, dressée en présence de deux témoins majeurs, dont l'un au moins n'aura pas d'intérêt matériel au décès du déclarant, datée et signée par le déclarant, par les témoins et, s'il échet, par la ou les personnes de confiance".
[30] "La déclaration ne peut être prise en compte que si elle a été établie ou confirmée moins de cinq ans avant le début de l'impossibilité de manifester sa volonté.
La déclaration peut être retirée ou adaptée à tout moment".
[31] "Tout majeur ou mineur émancipé capable peut, pour le cas où il ne pourrait plus manifester sa volonté, consigner par écrit, dans une déclaration, sa volonté qu'un médecin pratique une euthanasie si ce médecin constate :
- qu'il est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable;
- qu'il est inconscient;
- et que cette situation est irréversible selon l'état actuel de la science".

Il dichiarante può designare una o due persone di sua fiducia[32] che gli facciano da portavoce nel caso in cui non fosse in grado di esprimersi[33]. Tuttavia, non si tratta di mandatari, in quanto (i) la dichiarazione anticipata non è vincolante, e (ii) il medico può rifiutarsi di praticare l'eutanasia[34] (art. 14).
In tali circostanze il medico dovrà sentire un secondo consulto quanto al carattere irreversibile dello stato d'incoscienza.
Dal 1° settembre 2008 è possibile registrare una dichiarazione anticipata tramite i comuni belgi al fine di costituire una banca dati presso il servizio sanitario nazionale, accessibile dai medici 24 ore su 24.

Sull'applicazione della legge vigila una commissione di controllo e di valutazione, composta da otto medici, quattro giuristi e altri quattro membri scelti tra esperti di malattie incurabili. La composizione deve assicurare un certo pluralismo, ossia non tutti i membri siano necessariamente favorevoli alla depenalizzazione dell'eutanasia. Nel caso in cui ritenga che le condizioni previste dalla legge non siano state rispettate, la commissione trasferisce il dossier al procuratore. Inoltre, la commissione riferisce ogni due anni al parlamento sull'applicazione della legge.
La legge belga ha, dunque, come perno centrale l'autonomia della volontà del paziente. Ciò è stato oggetto di un'azione in annullamento dinanzi alla Corte costituzionale belga. I ricorrenti (associazioni per il rispetto della vita, della dignità umana e dell'integrità della persona) sostenevano che la legge discriminasse tra persone sane e persone che si trovano in una situazione che può giustificare l'eutanasia: i secondi, in preda a grande angoscia e grande sofferenza, non godrebbero più della propria autonomia. La Corte respinse questo argomento[35], considerando che le condizioni poste dalla legge per garantire il libero e autonomo consenso del paziente fossero sufficienti[36].
Nel 2005 la legge sull'eutanasia è stata modificata al fine di disciplinare il ruolo del farmacista, su iniziativa dell'organo di categoria. È stato quindi introdotto l'art. 3 bis[37], che precisa che non commette alcun illecito il farmacista che consegni dei medicinali indicati per un'eutanasia. Il

---

[32] Può trattarsi dei rappresentanti legali designati dalla legge (coniuge convivente, compagno convivente riconosciuto per legge o di fatto, figlio maggiorenne, genitore, fratello o sorella maggiorenne del paziente) o di persona indicata dal dichiarante. J. HERREMANS, cit., p. 426.
[33] "La déclaration peut désigner une ou plusieurs personnes de confiance majeures, classées par ordre de préférence, qui mettent le médecin traitant au courant de la volonté du patient".
[34] "La demande et la déclaration anticipée de volonté telles que prévues aux articles 3 et 4 de la présente loi n'ont pas de valeur contraignante.
Aucun médecin n'est tenu de pratiquer une eutanasie".
[35] Decisione del 14 gennaio 2004 n. 4/2004, www.arbitrage.be.
[36] *CONTRA*, A. Bayle, *VOLONTÉ INDIVIDUELLE ET EUTHANASIE ACTIVE : LES VOIES DE L'EUROPE*, IN M. Nicod, *DE LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE*, PRESSES DE L'UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE, 2009, PP. 77-88.
[37] "Le pharmacien qui délivre une substance euthanasiante ne commet aucune infraction lorsqu'il le fait sur la base d'une prescription dans laquelle le médecin mentionne explicitement qu'il s'agit conformément à la présente loi.
Le pharmacien fournit la substance euthanasiante prescrite en personne au médecin. Le Roi fixe les critères de prudence et les conditions auxquels doivent satisfaire la prescription et la délivrance de médicaments qui seront utilisés comme substance euthanasiante.
Le Roi prend les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité des substances euthanasiantes, y compris dans les officines qui sont accessibles au public".

medico deve chiaramente specificare nella prescrizione che tali medicinali saranno utilizzati per un'eutanasia. Il farmacista può consegnare tali medicinali soltanto al medico, che deve restituire al farmacista il prodotto residuato dall'utilizzo affinché venga distrutto. Il farmacista può opporre l'obiezione di coscienza. Le autorità devono garantire l'approvvigionamento di tali medicinali alle farmacie, comprese quelle non ospedaliere.
L'eutanasia praticata secondo legge è considerata morte naturale anche agli effetti civili, per esempio per quanto attiene ad eventuali assicurazioni (art. 15).
Come visto, il medico non ha l'obbligo di praticare l'eutanasia, in quanto la richiesta e la manifestazione anticipata di volontà non sono vincolanti. Allo stesso modo, nessuno è tenuto a partecipare all'eutanasia (art. 14). Il medico non consenziente è tenuto a comunicare a tempo debito le ragioni del proprio rifiuto di praticare l'eutanasia al paziente o alla persona di sua fiducia e, su richiesta di questi ultimi, trasmettere il dossier ad altro medico da loro designato.

4. Eutanasia e suicidio assistito.
La legge non prevede le modalità per praticare l'eutanasia, che sono concordate tra medico e paziente.
L'eutanasia può essere:
(i) attiva: il medico somministra al paziente una sostanza in grado di provocarne o accelerarne il decesso;
(ii) passiva: il medico si astiene dal prestare le cure al paziente, o fornisce al paziente una sostanza che il paziente assume da solo. Quest'ultima forma (suicidio medicalmente assistito) non è esplicitamente trattata dalla legge belga, né al fine di assimilarla all'eutanasia, né per escluderla. L'interpretazione dell'ordine dei medici (parere del 22 marzo 2003) della commissione di controllo è, dunque, quella che il suicidio assistito sia soggetto alle medesime condizioni previste dalla legge per l'eutanasia: il medico è tenuto ad assistere il paziente fino all'ultimo momento di vita. La condotta del medico che prescriva un medicinale senza assistere alla sua assunzione ha rilievo penale in quanto omissione di soccorso di una persona in pericolo (punibile ai sensi degli artt. 422 bis e 422 ter c.p.).
Il requisito principale affinché l'eutanasia non sia considerata una violazione rimane la volontà del paziente.

5. Eutanasia del minore.
Dal 22 marzo 2014 l'eutanasia può essere praticata anche sul minore dotato di capacità di discernimento.
Il legislatore non ha voluto individuare un'età, a indicare che ciascuna situazione dev'essere valutata per sé. Bisogna ricordare che la legge sui diritti del paziente[38] contiene una definizione particolare di maturità "sanitaria" (art. 12.2): il paziente minore considerato idoneo ad apprezzare ragionevolmente i propri interessi, il quale può rifiutare dei trattamenti anche se ciò comporta l'abbreviazione della vita.
La capacità di discernimento viene valutata da uno psicologo o da uno psichiatra infantile. I minori devono trovarsi in una situazione medica "di costante e insopportabile sofferenza fisica" -

[38] Legge del 22 agosto 2002, cit.

la nozione di sofferenza mentale viene invece scartata - e che causi la morte a breve termine. La legge richiede l'accordo di entrambi i genitori.
La modifica legislativa ha superato il vaglio della Corte costituzionale[39], che ha rigettato il ricorso promosso da alcune associazioni per la vita. Le associazioni invocavano in particolare il mancato rispetto del diritto alla vita, come sancito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e la violazione delle disposizioni che tutelano i diritti dei minori.
La Corte ha statuito che la legge, come modificata, si basa sul giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di ognuno di scegliere di porre termine alla propria vita per evitare una fine indegna e dolorosa, che deriva dal diritto al rispetto della vita privata; e, d'altra parte, il diritto del minore a misure per prevenire l'abuso della pratica dell'eutanasia, che deriva dal diritto alla vita e all'integrità fisica.
La Corte ha altresì precisato che il medico curante non può praticare l'eutanasia quando lo psichiatra o psicologo consultato ritiene che il paziente non abbia la capacità di discernimento richiesta dalla legge[40].

6. Cenni ai diritti del paziente.

Quanto ai diritti del paziente, e per quanto più attiene alla materia che ci occupa, accenniamo che la normativa di settore disciplina i temi dell'accesso alle informazioni e alla cartella medica, della lingua in cui ricevere le comunicazioni[41], del consenso informato e della manifestazione della volontà (se anticipata o puntuale), della disponibilità dei trattamenti sanitari (incluso il sostegno psicologico), del rifiuto del trattamento o ritiro del consenso, dei reclami e della rappresentanza dell'incapace. I diritti dei congiunti[42] fanno riferimento in particolare al congedo per assistere il malato e all'accesso alla cartella medica (bilanciato con la tutela della privacy del paziente).
La legge riconosce innanzi tutto il diritto del paziente a servizi di qualità che soddisfino le sue esigenze, nel rispetto della loro dignità e la sua autonomia e senza distinzione di alcun tipo[43] (art. 5).
Il paziente ha diritto a ricevere tutte le informazioni che lo riguardano e potrebbero essere necessarie per fargli comprendere il suo stato di salute e la probabile evoluzione del quadro clinico, salvo la c.d. eccezione "terapeutica" e a meno che il paziente non rifiuti di essere informato[44] (art. 7).

---

[39] Decisione del 29 ottobre 2015.
[40] La Corte costituzionale si era pronunciata sull'annullamento della legge del 28 febbraio 2014 sull'estensione dell'eutanasia ai minori già il 19 settembre 2014 (decisione n. 131/2014), rigettando il ricorso per manifesta irricevibilità. Il ricorrente non avrebbe dato prova dell'interesse all'annullamento della legge. Il ricorso era in effetti diretto all'annullamento della legge 22 maggio 2002, laddove i termini per impugnarla (6 mesi dalla pubblicazione in gazzetta ufficiale) erano abbondantemente spirati.
[41] Questione non residuale in un paese dove si parlano tre lingue ufficiali e risiedono oltre 2 milioni di stranieri su una popolazione complessiva di 11,5 milioni di abitanti.
[42] Ricordando che l'ordinamento belga riconosce varie forme di unione familiare.
[43] "Droit à des prestations de qualité répondant à ses besoins, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite".
[44] "Droit à toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable, sauf le recours à l'exception dite "thérapeutique" et sauf si le patient refuse d'être informé".

La legge attribuisce al paziente il diritto di prestare liberamente il consenso a qualsiasi intervento da parte del professionista. Per essere tale, il consenso deve essere supportato da informazioni riguardanti lo scopo, la natura, il grado di urgenza, la durata e frequenza, le controindicazioni, effetti collaterali e rischi associati all'intervento e rilevanti per il paziente, le cure di follow-up, le possibili alternative e le implicazioni finanziarie, nonché le possibili conseguenze in caso di rifiuto o il ritiro del consenso. È, infatti, espressamente previsto che il paziente abbia il diritto di rifiutare o revocare il consenso per un intervento, cosa che, evidentemente, non comporta l'estinzione del diritto a prestazioni sanitarie di qualità.
La volontà espressa in un modo anticipato da un paziente che è in seguito diventato incapace, deve essere presa in considerazione. Le situazioni d'emergenza sono logicamente un'eccezione a queste regole, nel qual caso il medico può praticare immediatamente ogni intervento necessario nell'interesse del paziente[45] (art. 8);
Il paziente ha diritto alla protezione della propria vita privata durante ogni intervento medico, in particolare per quanto riguarda le informazioni relative alla sua salute, con la precisazione che non è consentita alcuna interferenza nell'esercizio di questo diritto, ad eccezione di quanto previsto dalla legge ed è necessario per la tutela della salute pubblica o la protezione dei diritti e delle libertà altrui[46](art. 10). Sul piano delle cure palliative, il paziente ha diritto a ricevere le cure più appropriate per prevenire, ascoltare, valutare, prendere in considerazione, trattare e alleviare il dolore[47] (art. 11 bis).

[45] "Droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable concernant l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières, ainsi que les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement. Il est en effet expressément prévu que le patient a le droit de refuser ou de retirer son consentement pour une intervention, ce qui n'entraîne pas l'extinction du droit à des prestations de qualité. La volonté exprimée de manière anticipée par un patient devenu incapable doit être prise en compte. Les situations d'urgence font logiquement exception à ces règles, le médecin pouvant alors pratiquer immédiatement toute intervention nécessaire dans l'intérêt du patient".
[46] "Droit à la protection de sa vie privée lors de toute intervention du médecin, notamment en ce qui concerne les informations liées à sa santé", e "droit au respect de son intimité".
[47] "Droit de recevoir les soins les plus appropriés visant à prévenir, écouter, évaluer, prendre en compte, traiter et soulager la douleur".

Fine vita e Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Profili comparatistici tra Italia e Spagna.

di ***Tina Noto*** *(Avvocato e Dottoranda della Universidad de Murcia, Spagna)*

Lo sviluppo biomedico ha determinato un forte mutamento della concezione antropologica nonché giuridica dell'uomo, provocando talvolta una dilatazione, talaltra una contrazione, delle naturali barriere della vita umana. Siffatte alterazioni si riflettono sulle modalità, sui percorsi di vita e di salute del singolo, ma altresì sulla fase finale della vita.
La risultante incertezza del confine tra vita e morte, la trasformazione dei momenti finali dell'esistenza umana in processi senza fine, rendono necessaria la riflessione sulla tenuta di importanti situazioni giuridiche che non possono che essere qualificate "diritti". La libertà ed i limiti connessi alla possibilità di disporre del proprio corpo, l'autodeterminazione terapeutica, il consenso informato, ne costituiscono elementi centrali che hanno generato un lungo dibattito che ha coinvolto aspetti bioetici, religiosi, giuridici.
Ciascuna persona detiene il diritto alla non ingerenza da parte di altri, tanto meno dello Stato, con riferimento a scelte relative alla propria salute, al personalissimo progetto di vita, rappresentandone gli aspetti più intimi dell'uomo.
Questo il punto di vista da cui si è scelto di analizzare il tema e questa la visione accolta dall'ordinamento spagnolo che nel 2002 approva la Ley de Autonomia del Paciente (L. n. 41/2002) con cui viene regolato il diritto all'informazione sanitaria e alla privacy in ambito medico, il consenso informato e le dichiarazioni anticipate di trattamento (instrucciones previas).
A distanza di anni dalla legge spagnola e dopo un pluridecennale dibattito, anche l'Italia si è finalmente dotata di una legge che regola in maniera compiuta ed organizzata (almeno nelle intenzioni) il consenso informato e le cc.dd. D.A.T., nel tentativo di dare veste giuridica alla libertà terapeutica dell'individuo in ambito sanitario.

Biomedical development has led to a marked change in the anthropological and juridical conception of man, sometimes causing a dilatation, sometimes a contraction, of the natural barriers of human life.
Such alterations are reflected on the modalities, on the life and health paths of the individual, but also on the final phase of life.
The resulting uncertainty of the border between life and death, the transformation of the final moments of human existence into endless processes, make it necessary to reflect on the resilience of important juridical situations that can only be qualified as "rights".
Freedom and limits related to the possibility of having control over one's body, therapeutic self-determination, informed consent, are central elements that have generated a long debate which involved bioethical, religious and juridical issues.

Each person has the right to the non-interference on one another, to be let alone by the State, with reference to choices related to their own health, personal life project, representing the most intimate aspects of man.
This is the chosen point of view from which will be analized the topic and this is the vision accepted by the Spanish Law that in 2002 through the adoption of the Ley de Autonomia del Paciente (n. 41/2002) which regulates the right to health information and privacy in the medical field, informed consent and advance declarations of treatment (instrucciones previas).
After many years since the Spanish Act and after a decades-long debate, Italy has finally adopted a law that regulates in a complete and organized (at least in intention) informed consent and the so called D.A.T., in an attempt to give legal status to the therapeutic freedom of the individual in the health sector.

Sommario: **1.** Cenni introduttivi. – **2.** L'evoluzione della relazione medico-paziente. Dal consenso informato alle direttive anticipate di trattamento. – **3.** L'attuale panorama normativo in Spagna. – **4.** L'ordinamento italiano dopo l'entrata in vigore della L. n. 219/2017. – **5.** Considerazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi.

"La libertà ha senso se è comunque all'interno di un limite,
sennò non è libertà, è caos."
Vasco Rossi

L'oggetto del presente contributo prende le mosse da un *punctum dolens*: il corpo umano quale centro della riflessione etica e delle discipline umanistiche, in conseguenza dello sviluppo della biomedicina che ne ha potenziato la capacità di prolungare la vita, di alleviare il dolore, rianimare pazienti clinicamente morti.
Per meglio dire, il governo sul proprio corpo diviene protagonista della scena etica, nonché giuridica, dal momento che le leggi di natura sono state affiancate e talvolta superate dalle leggi della scienza, della tecnica e della biomedicina. La differenza di velocità con cui procedono innovazione scientifica, da un lato, e "l'approfondimento (culturale, politico e) giuridico"[1], dall'altro, diviene sempre più evidente.
La bioetica, che può essere definita come una "teoria del vivere", nasce per sopperire all'esigenza di delimitare il campo d'azione delle scienze biomediche in rapida evoluzione[2].

[1] C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Giappichelli, 2012, p. 90.
[2] Per alcuni autori "*la bioetica vive in una situazione paradossale: quanto più fortemente si avverte l'urgenza della risoluzione delle problematiche bioetiche, tanto più emerge e si acutizza il divario tra l'accelerazione incalzante del progresso tecnico-scientifico e la lentezza nella elaborazione di una risposta*", v. L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, 2002, p .7.

Al diritto, che giunge sempre *a posteriori* rispetto al progredire della scienza[3], spetterebbe il compito di generare riflessioni, di proporre soluzioni. Ogni intervento del diritto, quello "mite"[4], contribuisce a creare un modello antropologico, mediante una operazione di selezione di quel che può trovare spazio nel mondo giuridico e cosa non, scongiurando, però, tentativi di imposizione di una morale; l'intento sarebbe la ricerca di un equilibrio tra le varie istanze in gioco.
È importante rilevare, altresì, come nelle odierne società di stampo democratico, liberale e pluralista vi sia un deficit di adozione di scelte condivise che possano costituire la base legittimante di regole giuridiche, di cui pure la collettività ne avverte la forte urgenza, e ciò rappresenta la causa principale del "fisiologico" ritardo del biodiritto.
Tuttavia, se da un lato "una 'buona scienza' biomedica, anzitutto, è perfettamente esportabile e ripetibile"[5], si pensi ad esempio all'ausilio di sofisticati sistemi computerizzati di "neuro-navigazione" che caratterizzano la neurochirurgia e che consentono la realizzazione di interventi sempre meno invasivi, per converso, lo stesso non potrà affermarsi per le scienze giuridiche, in quanto i risultati dell'applicazione di regole giuridiche possono variare a seconda del sistema socio-culturale in cui si inseriscono: "una legge sullo stato vegetativo permanente o sull'eutanasia, considerata utile e in linea con la tutela della dignità umana all'interno di un ordinamento e della relativa cultura, potrà essere considerata discriminatoria e crudele in un altro ordinamento, e viceversa"[6].
L'utile fenomeno della diffusione di modelli potrebbe comportare l'esito infausto di una crisi di rigetto, a seguito del trapianto di porzioni di diritto da un sistema giuridico all'altro essendo, infine, necessario il bilanciamento, nelle materie bioetiche, dei fattori sociali, culturali, politici verso un punto di equilibrio proprio di ciascuno Stato.
In Italia sono vari gli esempi di materie che per lungo tempo sono rimaste fuori dall'ombrello del diritto, sia con riferimento all'inizio[7] sia al fine vita, mentre nell'ordinamento spagnolo, ad esempio, si registrano interventi legislativi di lungo corso.
Il ritardo nell'adozione di una disciplina specifica, il più delle volte, non sarebbe da attribuire a ragioni di «mitezza legislativa», bensì nella incapacità di utilizzo dello strumento legislativo per la soluzione pragmatica dei conflitti. ZATTI sostiene, a tal proposito, che "accade così che non si voglia regolare per non legittimare: che si sia preferito il vuoto legislativo alla regola che, in quanto disciplina e limita, necessariamente legittima"[8].
Nell'ambito della relazione medico-paziente, che è ciò che occupa la presente riflessione, vengono in rilievo diritti ritenuti inviolabili e fondamentali - quale il diritto all'autodeterminazione - che l'ordinamento giuridico deve limitarsi a riconoscere, non potendo

[3] Alcuni autori rilevano come in Italia la materia bioetica non sia, ad oggi, investita da una imponente produzione legislativa anche perché la legge si trova da un lato ad essere in "fisiologico ritardo" rispetto alla realtà ed alle continue scoperte scientifiche e dall'altro rischia di "imporre valori non condivisi, affermati solo tramite l'adozione di procedure maggioritarie", cfr. C. FARALLI, *Bioetica e biodiritto. Problemi, casi e materiali*, Giappichelli, 2010, p. 7.
[4] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi contemporanea, 1992.
[5] C. CASONATO, cit., p. 91.
[6] *Ibid*.
[7] In materia di procreazione medicalmente assistita, l'ordinamento italiano ha dovuto attendere la L. n. 40 del 19 febbraio 2004, per avere una disciplina.
[8] P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1995, p. 43.

crearli né eliminarli, nonché garantirli, essendo essi "*patrimonio irretrattabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero*"[9].
Il soggetto bioetico, il paziente, non è più considerato un individuo "incapace" – *infirmus*, pertanto carente di determinatezza fisica e morale - bensì in grado di esprimere il suo punto di vista, non essendo bisognoso della tutela sostitutiva da parte del medico. Il medico, nella visione che supera la tradizionale impostazione paternalistica, è soggetto compartecipe nel processo decisionale[10].
Dopo secoli in cui la relazione medico-paziente si reggeva sul c.d. "modello paternalistico", a partire dagli anni '70 del XX secolo, comincia ad imporsi un nuovo modello il cui perno è costituito dall'autonomia della volontà del paziente, riconoscendo a quest'ultimo la piena capacità di decidere per sé stesso, specie in relazione alla propria salute.
Riconoscere rilievo all'autonomia morale dell'individuo non deve significare disimpegno, ma, diversamente, manifestazione di un'etica della responsabilità, in una società improntata al pluralismo.
Si consolida la moderna teoria del «consenso informato», ossia il diritto del paziente ad essere informato dal medico, in maniera adeguata, in vista di un intervento o trattamento sanitario.
È importante menzionare che, ciò nonostante, sono emerse correnti che tendono a correggere l'affermazione del principio di autonomia, argomentando che esso non rappresenti l'unico principio bioetico che regge la relazione clinica e che, pertanto, occorra contemperarlo con gli altri principi (di beneficenza e di non maleficenza, nonché il principio di giustizia).
Come conseguenza del progresso della tecnica, il biodiritto[11], inteso come sintesi tra la dimensione giuridica e la dimensione morale il cui oggetto di studio è dato dalle scienze della vita e cura della salute, è chiamato a fornire degli strumenti per tentare di gestire l'imperante dominio della tecno-scienza.
Di grande importanza, in tal senso, le parole contenute nel preambolo della Convenzione di Oviedo che sottolinea la necessità di rispettare l'essere umano sia come individuo, sia nella sua appartenenza alla specie umana. Tale rispetto si traduce nella tutela, *ex multis*, della autonomia del paziente che può concretarsi, attraverso l'espressione del consenso informato, in un esercizio nel momento presente o può porsi come esercizio prospettico, rivolto alla ipotetica e futura condizione di incapacità in cui potrebbe versare il soggetto.
Il tema manifesta i suoi aspetti problematici a motivo delle questioni legate alla attualità e specificità del consenso: ci si interroga e preoccupa circa la affidabilità della volontà espressa da un soggetto in salute il quale si autodetermina per un ipotetico e lontano stato patologico; può tale scelta essere considerata realmente consapevole?

---

[9] Corte cost., sentenza n. 282/2002, in www.giurcost.org/decisioni/2002/0282s-02.html.
[10] La Consulta, nella citata sentenza, afferma: "*Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione*".
[11] CASONATO propone una definizione di biodiritto, sostenendo che tale compito "*è attività che dipende, come sempre, da criteri discrezionali largamente soggettivi. In prima approssimazione, e trascurando i settori relativi all'ambiente e alla tutela degli animali, se ne può parlare in termini di materia che si occupa di descrivere in prospettiva critica le dimensioni giuridiche relative alle c.d. scienze della vita e della cura della salute dell'essere umano*", in *Introduzione al Biodiritto, cit.*, p. 7.

Questo ulteriore aspetto che ha impegnato la riflessione bioetica, è appunto quello relativo al c.d. testamento biologico con cui il paziente possa disporre "*ora per allora*" e operare scelte che si riflettono sulla propria salute, per un momento futuro in cui possa versare in stato di incapacità a causa di una malattia.

2. L'evoluzione della relazione medico-paziente. Dal consenso informato alle direttive anticipate di trattamento.

"Chi non vuole morire si rifiuta di vivere,
perché la vita ci è stata data a patto di morire.
La morte è il termine certo a cui siamo diretti
E temerla è da insensato, poiché si aspetta
Ciò che è certo e solo
L'incerto può essere oggetto di timore.
La morte è una necessità invincibile e uguale per tutti:
chi può lamentarsi di trovarsi in una condizione
a cui nessuno può sottrarsi?
(...) Pensa sempre alla morte, se non vuoi mai temerla"
Lucio Anneo Seneca

Fino al 1970, l'etica dei trattamenti sanitari si fondava sull'autorità del medico e sul principio di beneficenza. A partire da quel momento, emerge un nuovo modo di concepire ed affrontare le scelte mediche parallelamente al declino del paternalismo medico ed il correlativo affermarsi dell'autonomia del paziente, determinando il crescente porsi di questioni concernenti, in particolar modo, il finale della vita.
A livello sovranazionale, le fonti di produzione del diritto si muovono sulla direttrice del riferimento alla dignità, quale valore *fondativo*, essendo essa considerata una sintesi dei principi e diritti fondamentali che connotano, tra gli altri, il rapporto tra la persona ed il proprio corpo. RODOTÀ sostiene che la costituzionalizzazione della persona rinviene un fondamento essenziale nel rapporto istituito con il principio di dignità, la quale permane fino al momento della morte.
La dignità può anche essere concepita come il principio che impedisce di pensare la persona quale strumento, ostacolandone, pertanto, la sua reificazione. Ne derivano due conseguenze: da un lato, l'irriducibilità della persona alla dimensione di mercato, in altri termini l'impossibilità di utilizzare il corpo come fonte di profitto; dall'altro, il rispetto della autonomia della persona la quale non può essere utilizzata come strumento per la realizzazione di scopi altrui[12].
La teoria del consenso informato, che nasce e si sviluppa a partire dalla giurisprudenza nordamericana, riconosce il ruolo cardinale che l'autonomia della persona deve rivestire nella dimensione della pratica medica.
Il primo "*consent*" risale al 1914, quando il giudice Cardozo – nel «caso *Schloendorf*» - tracciò, *in nuce*, le prime linee del concetto di consenso per cui "*ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto col suo corpo*", di tal guisa che "*un chirurgo che effettua un intervento, senza il consenso del suo paziente, commette un'aggressione per la quale*

[12] P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, p. 176.

egli è perseguibile per danni"[13]. Occorrerà attendere il 1957, data in cui si fa convenzionalmente risalire la prima elaborazione della nozione di "*informed consent*", quando la Suprema Corte californiana introduce, nell'ambito del «caso *Salgo*»[14], il principio del dovere del medico di comunicare al paziente "*tutti i fatti che coinvolgono i suoi diritti e i suoi interessi e circa il rischio chirurgico, alea e pericolo, se vi siano*", necessari per acconsentire al trattamento chirurgico.
A livello normativo internazionale, la figura del consenso informato compare per la prima volta nel Codice di Norimberga del 1947, nato come esito del processo tenutosi a Norimberga a carico dei medici nazisti che avevano perpetrato torture e sperimentazioni a danno dei detenuti nei campi di concentramento nazisti.
Con riferimento agli ordinamenti nazionali che in questo contributo saranno oggetto di analisi, in Italia[15] la Costituzione ne fa menzione, seppur non espressa, sancendo all'art. 32, comma 2, che *nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*; in Spagna, il concetto di consenso informato appare per la prima volta nell'art. 10 della *Ley General de Sanidad* del 1986[16].
In particolare, il *Tribunal constitucional* spagnolo configura il consenso informato, affermando che "*esso è inerente, fra gli altri, al proprio diritto fondamentale all'integrità fisica, da cui si emana la facoltà di impedire qualsiasi intervento non autorizzato sul proprio corpo, facoltà che non può essere limitata in modo ingiustificato a seguito di una malattia. Si tratta della legittima facoltà di autodeterminazione del paziente che dispone della propria autonomia della volontà per scegliere liberamente, fra diverse possibilità, quegli atti sanitari e quelle terapie mediche che pregiudichino la sua integrità, accettandone la somministrazione o rifiutandola. Essa è per esattezza la dichiarazione più importante dei diritti fondamentali che potrebbero essere violati da un intervento sanitario: decidere liberamente de acconsentire al trattamento medico o rifiutarsi di riceverlo*"[17].

---

[13] *Dissenting opinion* in *Schloerdoff* contro *Society of New York Hospital*, 1914.
[14] *Salgo* contro *Leland Stanford J.R.*, 1957, relativo al caso di un paziente, Salgo, rimasto paralizzato agli arti inferiori dopo un'aortografia.
[15] Nel 1921 è già possibile rintracciare in un articolo di Filippo Grispigni, intitolato *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, il concetto di consenso informato; nell'articolo in questione, il giurista scriveva: "*un trattamento medico-chirurgico compiuto bensì secondo le regole dell'arte medica, ma senza il valido consenso del paziente o del suo rappresentante legale, costituisce - a meno che non si verta in stato di necessità - un fatto civilmente illecito e, dal punto di vista penale, se l'esito dell'operazione è sfavorevole, costituisce il delitto di lesione personale o di omicidio colposo, mentre se l'esito è favorevole può dar luogo, ove concorrano altre circostanze, a un delitto contro la libertà*". Solamente negli anni Novanta, il termine accede nella prassi medica, sconfinando dal ristretto ambito giuridico ed essendo ancorato al combinato disposto degli artt. 13 e 32, comma 2, della Costituzione che rispettivamente sanciscono il diritto alla libertà personale ed alla salute.
[16] B.O.E. (*Boletín Oficial del Estado*), n. 102 del 29/04/1986, Ley 14 de 25 de abril, *General de Sanidad*: "*Artículo 10. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: [...] 4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario. 5.A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*".
[17] Sentenza *Tribunal Constitucional* n. 154 del 18 luglio 2002.

In Italia, la Consulta, nel richiamare le fonti normative sovranazionali e nazionali[18] che ne fanno espresso richiamo, ne pone di rilievo "*la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione*"[19].

Sul piano del più volte richiamato diritto positivo internazionale, l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina[20], firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, prevede che "*un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato*".

Il consenso è divenuto, così, negli ultimi decenni ed in ossequio al principio consensualistico, una *condicio sine qua non* dell'attuazione medica.

La Convenzione di Oviedo rappresenta una pietra miliare in ambito internazionale in quanto costituisce il primo atto pattizio internazionale, in ambito bioetico, volto ad orientare l'opera di regolamentazione delle legislazioni dei Paesi che lo hanno sottoscritto, con lo scopo di proteggere i diritti dell'uomo potenzialmente vulnerabili dall'avanzamento della scienza e della tecnica.

Il diretto riferimento al fine vita si trova nell'art. 9 della citata Convenzione di Oviedo, secondo cui "*i desideri precedentemente espressi da un paziente riguardo ad un intervento medico, devono essere tenuti in considerazione, anche se il paziente, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la propria volontà*".

La formula utilizzata conduce alla considerazione per cui sia da escludersi che un intervento medico possa essere effettuato ignorando la volontà previamente espressa dal soggetto-paziente; sul medico grava l'obbligazione di «tenere in considerazione» i desideri espressi dal paziente, quindi un tendenziale vincolo di rispetto dei *desiderata*.

Il presente contributo fornirà un'analisi, senza alcuna pretesa di esaustività, dovuta alla complessità della materia, degli ordinamenti giuridici italiano e spagnolo con riferimento alla materia del fine vita, per il cui approfondimento si rinvia pertanto alle sezioni che seguono.

---

[18] Si fa riferimento ai trattati internazionali ratificati, quali la Convenzione sui diritti del fanciullo, la Convenzione sui diritti dell'uomo e della biomedicina e la Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e diverse altre leggi nazionali (L. 219/2005, 40/2004 e 833/1978).

[19] Sentenza Corte costituzionale italiana n. 438/2008.

[20] Il 4 aprile 1997 è stata firmata a Oviedo la "*Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina*". Il provvedimento è entrato in vigore il 1º dicembre 1999 e l'Italia ha approvato la legge di ratifica del 28 marzo 2001, n. 145, tuttavia dopo ben 11 anni dalla adozione della legge di ratifica, l'Italia è ancora uno dei pochi Paesi che non ha ancora depositato il protocollo di ratifica, con ciò rendendo l'*iter* di adeguamento del diritto italiano incompleto.

L'ordinamento giuridico spagnolo ratifica la Convenzione di Oviedo nel 1999 e la sua entrata in vigore si attesta a partire dal 1º gennaio 2000 (B.O.E., n. 251, del 20 ottobre 1999).

3. L'attuale panorama normativo in Spagna.

In attuazione della Convenzione di Oviedo, la Spagna adegua il proprio ordinamento nazionale con la promulgazione della Legge n. 41 del 14 novembre 2002[21], la quale interviene a regolare questioni che la anteriore *Ley General de Sanidad* affrontava in maniera non esaustiva, pur fissando per la prima volta la necessità del consenso informato del paziente per qualsiasi intervento sanitario.

Oltre quindici anni orsono, dunque, l'ordinamento spagnolo si dotava di una legge orientata a disciplinare, non solo il principio del consenso informato previo alla attuazione medica, ma inoltre ciò che a livello internazionale è noto con la denominazione di *living will*, in spagnolo *testamento vital*. Il legislatore spagnolo sceglie di definire siffatto documento come *instrucciones previas*, «istruzioni previe».

La legge in parola è la norma statale di riferimento cui le singole comunità autonome hanno il compito di dare sviluppo mediante l'adozione di provvedimenti normativi di dettaglio (occupandosi, ad esempio, di regolare la forma dei documenti, il numero di testimoni necessari o meno, oppure la procedura da seguire per dare attuazione al documento) e contiene le norme necessarie affinché la materia possa godere su tutto il territorio nazionale di una normativa uniforme.

L'art. 2 enuclea i principi base che reggono l'impianto normativo della legge: la dignità della persona, il rispetto dell'autonomia della volontà e della sua *privacy*.

Ogni attuazione in ambito sanitario richiede un consenso previo del paziente e tale consenso deve aversi solo dopo che il paziente abbia ricevuto una informazione adeguata, a seguito della quale il soggetto ha il diritto a scegliere tra le opzioni cliniche disponibili, compresa anche la decisione di rifiutare le cure. Per converso, tutti i professionisti della salute implicati nell'attività assistenziale, sono obbligati non solo alla corretta prestazione della propria tecnica, ma altresì al compimento dei doveri di informazione e documentazione clinica, nonché al rispetto delle decisioni assunte liberamente e volontariamente dal paziente.

Le questioni bioetiche sottese sono, tra le altre: come deve comportarsi il medico in una situazione di urgenza in cui non possa ottenere il consenso informato del paziente; inoltre: che strumenti possiede la persona che voglia assicurare che i suoi *desiderata* – in relazione a terapie, trattamenti – siano rispettati anche in situazioni in cui non possa esprimere la sua volontà per incapacità sopravvenuta?

Le istruzioni previe rappresentano, dunque, uno strumento per colui il quale possa trovarsi costretto in uno stato futuro ed ipotetico di incapacità – fisica o mentale – e non sia perciò in grado di manifestare la propria volontà in merito ad un preciso trattamento sanitario.

Bisognerebbe pensare questi documenti come il culmine di un processo condotto dal paziente, che prevede una riflessione, pianificazione e informazione, nonché comunicazione delle proprie preferenze di cure e trattamenti che si desidera ricevere o meno in futuro e si ritiene conveniente

[21] Il 16 maggio 2003 entra in vigore la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, *Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Sanitaria (LAP).*

che a questo processo prendano parte gli operatori sanitari[22], realizzando quella che viene definita alleanza terapeutica.
Restringendo il campo, ci si riferisce a quei documenti che recepiscono le intenzioni, volontà ed istruzioni con riferimento alla autodeterminazione sanitaria, in altri termini: tali documenti costituiscono una chiara ed inequivoca manifestazione di volontà della persona la quale accetta o rifiuta "*ora per allora*" trattamenti medici che prolunghino in modo artificiale la propria esistenza.
Fondamento di tale istituito è – come per il consenso informato – la autonomia della volontà del soggetto che predispone le istruzioni previe. Sebbene i due istituti giuridici abbiano il medesimo fondamento costituzionale e, per quanto vi siano molteplici punti di convergenza, essi presentano tratti differenti e conseguenze in termini di vincolatività ed effetti giuridici, si pensi al requisito della *attualità*, proprio del consenso informato, mancante, invece, nel caso dei documenti di volontà anticipate.
L'art. 11 della l. 41/2002 di Autonomia del Paziente, definisce le volontà anticipate come il documento con cui una persona maggiorenne[23], capace e libera, manifesta in modo anticipato, appunto, la propria volontà circa le cure e gli interventi che verranno praticati intervenendo sulla sua salute. Lo scopo delle volontà anticipate è, come già più volte evidenziato, il loro compimento nel momento in cui si pervenga a situazioni in cui il soggetto abbia perso la capacità per esprimerle personalmente[24].
Sotto un profilo strettamente giuridico, i documenti di istruzioni previe costituiscono un vero e proprio negozio giuridico che presuppone il riconoscimento della autonomia privata del singolo nel regolare, in pieno rispetto dei propri valori personali, aspetti relativi all'assistenza sanitaria.
Si tratta di dichiarazioni unilaterali, personalissime, formali, revocabili e con effetti sia *inter vivos* sia *mortis causa*.
Il carattere della unilateralità sta ad indicare che è il soggetto il quale rilascia il documento di volontà anticipate a regolarne il contenuto; siffatte volontà, dunque, non recepiscono alcuna volontà del personale sanitario che presta l'assistenza, dal momento che questi altro non sono se non i destinatari delle volontà ed in capo ad essi sorge la obbligazione di rispettarne il contenuto, ancorché si trovino in disaccordo con esse e purché le direttive anticipate non siano contrarie all'ordinamento giuridico o alla *lex artis*.
Le volontà anticipate di trattamento sono atti personalissimi: ciò sta ad indicare che solo il paziente può manifestarle, non essendo possibile che vengano manifestate in suo luogo da un rappresentante legale.

---

[22] J. A. FERNANDEZ CAMPOS, *Naturaleza y eficacia de los documentos de los documentos de instrucciones previas*, in *Ius et scientia*, vol. 3, n. 1 (pp. 150-160) , p. 152.
[23] In Spagna, il passaggio alla maggiore età si ha al compimento dei 18 anni di età, così come risulta dall'art. 12 della Costituzione spagnola che recita: "*gli spagnoli acquistano la maggiore età a 18 anni*".
[24] Così l'art. 11, comma 1, della Legge di Autonomia del paziente: "*Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circustancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre llos cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*"

La norma in esame indica i casi i cui il soggetto ha margine di decisione, che sono basicamente tre: cure e trattamento della propria salute; destinazione del corpo o dei propri organi[25], una volta deceduto; la possibilità che il paziente designi un suo rappresentante-interlocutore per il compimento della sua volontà[26].

Il rappresentante, la cui nomina è prevista dal primo comma dell'art.11, potrà intervenire "*se necessario*", oltre alle situazioni di carattere terminale, anche qualora si verifichino delle discrepanze tra la situazione di fatto realizzatasi concretamente e i presupposti delineati dall'interessato al momento della formalizzazione delle istruzioni. In tali circostanze, il ruolo del rappresentante riveste una fondamentale importanza quanto alla funzione di garantire il rispetto delle volontà anteriormente manifestata da parte del soggetto che lo ha designato.

Nella pratica, potrebbe essere frequente che le previsioni contenute nei documenti in parola non risultino di agevole interpretazione. In tali situazioni, gli operatori sanitari possono fare affidamento, innanzi a dubbi interpretativi, alla assistenza del rappresentante nominato dal paziente.

Il rappresentante non potrà in nessun caso sostituirsi o supplire alla eventuale mancanza di volontà espressa ed è per tale ragione che la legge limita la sua funzione a quella di interlocutore.

Quale garanzia del rispetto della autonomia della volontà manifestata dal paziente soccorre la parte della legge che dice "*quedará constancia razonada de ello en la historia clínica del paciente*".

La legge prescrive che le suddette volontà siano revocabili in qualsiasi momento e prevede una serie di limitazioni come la non contrarietà, ai fini della loro validità, all'ordinamento giuridico[27], né alla *lex artis*[28]; inoltre, non saranno applicabili quelle che non rispettino i presupposti di fatto stabiliti dall'interessato al momento della sottoscrizione delle volontà anticipate.

Le limitazioni poste dalla legge non riguardano le disposizioni che prevedano il rifiuto di un trattamento che possa allungare la vita dell'interessato: il codice penale spagnolo, infatti, non condanna l'eutanasia passiva.

---

[25] L'ordinamento spagnolo considera donatore qualsiasi defunto che non abbia lasciato un atto espresso, sia esso in forma orale o scritta, per opporsi alla donazione, per cui ogni individuo al momento del decesso viene considerato donatore potenziale di organi, anche in mancanza di consenso dei familiari. Si veda la Legge n. 30 del 27 ottobre 1979 sul prelievo ed il trapianto di organi (B.O.E. n. 266/1979): "Gli organi o altro materiale anatomico possono essere prelevati da persone decedute per motivi terapeutici o scientifici se questi ultimi non hanno indicato la loro esplicita obiezione a tale procedura. Persone presumibilmente sane che muoiono in, o per conseguenza di, un incidente saranno considerate donatori a meno che non sia stata registrata la loro esplicita obiezione".

[26] F. ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, *Estudio jurídico del marco regulatorio de las instrucciones previas en España: estado y comunidades autónomas*, p. 120.

[27] Il documento di *instrucciones previas* è contrario all'ordinamento giuridico quando contiene una dichiarazione di eutanasia attiva. A tal proposito, l'art. 143, comma 3, del Codice Penale spagnolo condanna l'eutanasia attiva, ossia il procurare la morte di una persona su richiesta della stessa.

[28] Con il termine "*lex artis médica*", utilizzato con molta frequenza dalla giurisprudenza, ci si riferisce al "criterio di valutazione per calibrare la diligenza esigibile in qualsiasi attuazione o trattamento sanitari "(Sentenza del *Tribunal Supremo, Sala de lo Civil*, del 18 dicembre 2006). Tale criterio serve dunque a valutare se un intervento medico è corretto, dipendendo dalle circostanze, dal suo autore, dalla complessità, nonché da altri fattori, per qualificare se tale attuazione sia conforma alla tecnica richiesta.

Autorevole dottrina[29] segnala che, con riferimento alla natura ed all'efficacia dei documenti di *instrucciones previas*, il loro contenuto abbia piena efficacia giuridica, vincolando gli operatori sanitari i quali sono tenuti a prestare assistenza a chi rilascia tale documento, sempre che le previsioni in esse contenute rispettino i limiti imposti dalla legge. Come conseguenza di ciò, la legge impone quale limite all'autonomia del paziente, quello della *lex artis*: ragione per cui il medico non sarà obbligato a prendere in considerazione le previsioni contenute nel documento in cui il paziente richieda un trattamento che non sia compatibile con la patologia di cui soffre o che risulti futile in relazione al proprio quadro clinico o nel processo terapeutico.
Si suole definire le *instrucciones previas* anche come una manifestazione di consenso informato previa, tuttavia occorre evidenziare che tali dichiarazioni di volontà non seguono una informazione di carattere medico a cui prestare un consenso, bensì si preoccupano di fornire una dichiarazione di intenti "ora per allora", per il caso in cui il soggetto che le rilascia si trovi in una condizione di incapacità tale da non poter esprimere alcuna volontà.
Come già precedentemente segnalato, le *instrucciones previas* mancano del carattere dell'*attualità* che, invece, qualifica un consenso informato legittimamente rilasciato; possono anche avere un contenuto vago e nella maggior parte dei casi sono redatte da persona che non può qualificarsi paziente, "ma individuo 'de-ospedalizzato' che vuole decidere 'ora per allora' sui trattamenti e le cure che intende ricevere o rifiutare"[30].
Quanto alla forma, la Legge di Autonomia del Paziente si limita ad indicare che è richiesta la forma scritta, rinviando alla legislazione delle singole comunità autonome la disciplina dei requisiti per formalizzarle. Il secondo comma dell'art. 11 dispone che "*ogni servizio sanitario regolerà la procedura corretta affinché, verificatosi il caso, venga garantito il rispetto delle istruzioni previe di ogni persona, che queste dovranno essere specificate sempre in forma scritta*". Sono considerate valide quelle istruzioni redatte mediante scrittura privata o in presenza del notaio.
È stato creato, al fine di garantire su tutto il territorio nazionale l'efficacia delle direttive anticipate, il Registro Nazionale, disciplinato dal regio decreto 124/2007, che consente ai medici che di fatto assisteranno colui che ha reso le istruzioni previe di conoscere il documento, indipendentemente dal luogo in cui è stato formalizzato. Il medico, per accertare se un soggetto abbia reso o meno tali dichiarazioni anticipate, potrà consultare il Registro Nazionale.
Come già accennato, il contenuto delle dichiarazioni precedentemente formalizzate, può essere revocato liberamente in qualsiasi momento, purché tale revoca avvenga per iscritto. La legge spagnola non prevede la revisione periodica delle istruzioni, a differenza di quanto avviene in altri Paesi europei[31]: è opinione condivisa che l'aggiornamento sia da considerarsi conveniente in quanto il contenuto può divenire obsoleto in relazione a trattamenti medici attuabili o, è altresì probabile che le circostanze personali dell'interessato cambino, oppure che vi sia un mutamento con riferimento alla nomina del rappresentante.

---

[29] J. A. FERNANDEZ CAMPO, *cit.*, p. 154.
[30] U. ADAMO, *Sulla disciplina delle* instrucciones previas *nell'ordinamento spagnolo*, in *Forum costituzionale*.
[31] La legislazione belga in materia di testamento biologico prevede la revisione periodica delle dichiarazioni anticipate ogni cinque anni; la normativa francese prevede un intervallo di tre anni tra una revisione e l'altra.

Conclusivamente, sebbene la Legge di Autonomia del Paziente abbia il merito innegabile di aver regolato la materia, recependo le direttive contenute nel documento bioetico della Convenzione di Oviedo, non è esente da critiche.
Con preciso riguardo alle direttive anticipate, infatti, ad una produzione legislativa della materia accolta con entusiasmo non corrisponde nella pratica un diffusissimo utilizzo. Secondo quanto risulta dai dati forniti dalle Comunità autonome spagnole, il numero percentuale di documenti di volontà anticipate risulta essere molto basso (il numero di iscritti nel Registro Nazionale si attesta intorno ai duecentomila documenti).
L'esperienza spagnola si fonda su alcuni punti fermi. *In primis*, la piena vincolatività dei documenti di *instrucciones previas*; in secondo luogo, sebbene la legge prescriva la forma scritta ai fini della validità dei documenti in parola, non pone alcun vincolo ancorato, ad esempio, a modelli prestampati, rimettendo alla libertà del soggetto interessato di redigere le proprie volontà come meglio ritiene, posto che esistono strumenti di tutela quale la presenza del rappresentante/interlocutore per la risoluzione di eventuali conflitti ermeneutici o la registrazione delle stesse volontà nella storia clinica del paziente.

4. L'ordinamento italiano dopo l'entrata in vigore della L. n. 219/2017.

"Io non sono né un malinconico
né un maniaco depresso – morire mi fa orrore,
purtroppo ciò che mi è rimasto non è più vita,
è solo un testardo e insensato accanimento
nel mantenere attive delle funzioni biologiche."
Piergiorgio Welby

Con riferimento all'ordinamento italiano, la materia fin qui trattata e gli aspetti *biogiuridici* ad essa connessi, hanno trovato collocazione nel diritto positivo con la Legge n. 219 del 14 dicembre 2017, entrata in vigore il 31 gennaio 2018, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.
La legge in parola ha una struttura complessa, in cui il Legislatore ha scelto di far coesistere le singole disposizioni normative relative a consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, anche i principi fondamentali a cui riconosce carattere di guida, onde superare interpretazioni discordanti con lo spirito della stessa legge.
Si approda, finalmente, al riconoscimento legale del c.d. *testamento biologico* ed il suo ingresso nell'ordinamento giuridico italiano cristallizza, almeno in parte, l'operato della giurisprudenza che negli anni ha fornito un importantissimo contributo e notevoli enunciazioni, assumendo il merito di aver definito principi basici e costituzionalmente fondati quali l'autodeterminazione, corollario della libertà personale *ex* art. 13 Cost. – in ossequio al principio personalistico che informa la nostra Carta costituzionale – il quale, in combinato disposto con l'art. 32, comma 2, Cost., riconoscono e tutelano l'autonomia della volontà della persona, in ambito sanitario[32].

[32] Secondo un risalente e prevalente orientamento giurisprudenziale, la relazione tra medico e paziente era considerata non regolata da un vincolo giuridico, riconoscendo al medico il potere di decidere, *con scienza e coscienza*, di interpretare ciò che era bene per il paziente, anche a prescindere dall'espressione della sua

Si deduce che il fondamento costituzionale delle Disposizioni Anticipate di Trattamento (in avanti D.A.T.) non risiede nel diritto alla salute, bensì nel diritto di autodeterminazione della persona.
Sebbene l'art. 5 del codice civile vieti gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che nel sistema italiano non possa parlarsi di "dovere di curarsi come principio di ordine pubblico"[33]. In Italia, tuttavia, vige il divieto penale dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio, ex artt. 579 e 580 del codice penale.
Appare doveroso segnalare in questa sede un importantissimo, epocale, pronunciamento della Corte costituzionale, proprio in riferimento alla fattispecie criminosa prevista dall'art. 580 c.p., avvenuto in questi giorni, in relazione alla questione di legittimità costituzionale[34] sollevata dai giudici milanesi nell'ambito del processo, nel noto "caso Cappato"[35]: "*Nella camera di consiglio di oggi, la Corte costituzionale ha rilevato che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti*"[36].
Il Giudice delle Leggi ha così reagito alle istanze che auspicano un nuovo assetto normativo che superi l'impianto paternalista del codice penale, in modo da consentire il trionfo dei precetti costituzionali, affermando che l'attuale sistema concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni meritevoli di protezione, pur non avendo fornito una vera e propria risposta, ma concedendo un *termine per adempiere* al Legislatore, in mancanza del cui intervento, spetterà alla Consulta di pronunciarsi.
La centralità del consenso informato quale espressione della autonomia della persona ha subito un processo di graduale consolidamento nel nostro sistema legale: a partire da pronunce giurisprudenziali nel diritto interno, si pensi ai casi paradigmatici relativi a Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, sul piano del diritto positivo, oggi con la L. n 219 del 2017.

---

volontà. In piena ottica paternalista, era infatti consolidata una tradizione giuridica, oltre che medico-legale, secondo cui l'intervento sanitario veniva giustificato in quanto collegato allo «stato di necessità». Nel 1992 viene istituito il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), organo consultivo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con la funzione di esprimere pareri, non vincolanti per il legislatore, sulla valutazione complessiva delle questioni inerenti all'area delle scienze della salute. Tale organo ha apportato un autorevole contributo in tema di consenso informato e lo scenario si è arricchito di ulteriori suggestioni teoriche. Rileva l'importanza di un documento, intitolato *Informazione e consenso informato* (documento 20/06/1992, <www.governo.it/bioetica/testi/200692.html>), formulato dal CNB, il 20 giugno 1992, in cui ha affrontato il tema sotto i diversi profili etico-deontologici, con attenzione ai fondamenti giuridici.

[33] Cass., sentenza n. 21748 del 2007, noto anche come "caso Englaro".

[34] Nel febbraio del 2018 la Corte d'Assise di Milano, nell'ambito del processo a Marco Cappato, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen. nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione e al rafforzamento del proposito suicidario, in quanto ritiene tale incriminazione in contrasto e violazione dei principi costituzionali (artt. 3, 13 co.2, 25 co.2, 27 co.3 Cost.) che individuano la ragionevolezza della sanzione in funzione dell'offensività della condotta accertata

[35] Marco Cappato, tesoriere della Associazione Luca Coscioni che nel 2017 aveva aiutato Fabiano Antoniani, Dj Fabo, a ottenere l'eutanasia presso una clinica in Svizzera.

[36] Ordinanza di rinvio della trattazione della Consulta del 24 ottobre 2018, per consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina, la Corte ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 codice penale all'udienza del 24 settembre 2019. Resta ovviamente sospeso il processo *a quo*.

Alla luce del principio personalistico che informa la nostra Carta costituzionale, pare pacifico affermare la sufficiente presenza di solide basi per prospettare una modificazione dell'attuale impianto, di stampo fascista, dell'art. 580 c.p., spostando l'oggetto della protezione penalistica verso l'autodeterminazione della persona e mutando, dunque, il bene giuridico da tutelare.
Stando al diritto positivo, la stessa L. 219/2017 fa dell'autodeterminazione del singolo il bene protetto dall'obbligo giuridico di informazione (che può anche concretizzarsi in un correlativo esercizio da parte del paziente a non essere informato) posto a carico del medico. Il paziente può in qualsiasi momento modificare o revocare il proprio consenso informato[37] e, in questa precisa ottica, il consenso in ambito sanitario va pensato come fattispecie a formazione progressiva: è un graduale processo di collaborazione, dialogo, tra medico e paziente, valorizzando così la pianificazione condivisa delle cure.
La legge 219/2017 si compone di otto articoli e mira a disciplinare modalità di espressione o di revoca, condizioni e ambito di applicazione del consenso informato e delle D.A.T. Con tale intervento legislativo, l'ordinamento recepisce il superamento della più volte nominata visione paternalistica che ha caratterizzato per millenni la relazione di cura, dando prevalenza alla autonomia della volontà del paziente, unico soggetto titolare del diritto di autodeterminazione terapeutica, all'interno di una relazione fondata sulla alleanza terapeutica; non a caso, la legge si preoccupa anche di regolare la c.d. pianificazione condivisa delle cure.
Il regime delle D.A.T. si rinviene nell'art. 4[38] della L. 219/2017 che, sul piano strettamente tecnico-giuridico, possono essere considerate come un caso di «ultrattività della volontà», visto che contengono disposizioni manifestate "ora per allora" e che produrranno effetti in un frammento temporale futuro ed eventuale in cui il soggetto disponente non potrà esercitare la propria autodeterminazione.
Il primo comma dell'art. 4, cuore pulsante dell'elaborato normativo, prevede che il soggetto disponente provveda alla nomina di un fiduciario il quale "ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie". Il fiduciario deve essere persona maggiorenne e capace di intendere e di volere (comma 2) e la sua accettazione può avvenire contestualmente o in un momento successivo. La rinuncia deve avvenire con atto scritto e deve essere comunicato al disponente; la revoca del fiduciario può avvenire in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste per la nomina, e senza obbligo di motivazione.

---

[37] L'art. 1 della L. 219/2017 è rubricato "Consenso informato" e stabilisce che ogni soggetto ha il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario o accertamento diagnostico, e di revocare il consenso già eventualmente prestato, ancorché questo comporti l'interruzione di un trattamento medico. A tale ultimo rispetto, la legge ha il merito di aver conferito la connotazione di "trattamento sanitario" alle tecniche di sostegno vitale, dirimendo una annosa questione. Il medico, come specifica il comma 6 dello stesso articolo, sarà tenuto a rispettare la decisione del paziente, ancorché si tratti di rifiuto del trattamento sanitario, e andrà esente da responsabilità civile o penale. La legge, precisa, che vi sono delle limitazioni in presenza del realizzarsi delle quali il medico non avrà l'obbligo di rispettare la volontà. Tali ipotesi sono: la non contrarietà alla legge, deontologia professionale o buone pratiche clinico-assistenziali.
[38] Il primo comma dell'art. 4 dispone "Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche ed a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie".

Il medico, destinatario delle disposizioni, è tenuto al rispetto delle D.A.T. che "*possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*" (comma 5). In caso di conflitto tra medico e fiduciario, la decisione sarà rimessa al giudice tutelare. In ogni caso, la mancata nomina di un fiduciario non costituisce ostacolo per l'efficacia delle disposizioni.
Con riferimento alle forme mediante le quali potranno essere rese le D.A.T., il comma 6, in combinato disposto con il successivo art. 7, stabilisce che le disposizioni debbano essere redatte per iscritto, mediante atto pubblico o scrittura privata consegnata dal disponente presso le strutture sanitarie delle regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati dell'iscritto al servizio sanitario nazionale.
Le successive modifiche o integrazioni alle D.A.T. dovranno avvenire con le stesse forme scelte per la loro originaria sottoscrizione. Tale meccanismo potrebbe rendere meno agevole e flessibile il cambiamento delle volontà in esse contenute, punto che può presentare aspetti critici specie in relazione alla rapidità con cui il progresso in biomedicina giunge a soluzioni terapeutiche di stati patologici precedentemente incurabili.

5. Considerazioni conclusive.

«Ero dj Fabo, ora voglio
soltanto morire. Fatemi uscire da questa gabbia»
Fabiano Antoniani

La L. n. 219/2017 può essere definita storica poiché ha tentato di dare risposta, come si è già detto, almeno in parte a molteplici interrogativi, dubbi di natura interpretativa.
Pur avendo infranto il tabù culturale che costituiva un ostacolo nella riflessione su temi concernenti scelte esistenziali dell'individuo, con particolare riferimento al fine vita, non risponde a tutti i quesiti che afferiscono al delicato momento finale della vita vero e proprio, lasciando ancora fuori dall'ambito del governo di sé e su di sé, rinviando al diritto penale, questioni quali il suicidio assistito e l'eutanasia.
Si tratta di una legge con una forte connotazione bioetica, al pari della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza e della legge sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, maggiormente improntata, rispetto a quest'ultima, alla autodeterminazione che costituisce emblema del cosiddetto "governo della vita" di ciascun individuo, nel pieno rispetto del principio di autonomia.
È una legge che prende le mosse da casi concreti di vita quotidiana, da eroi della vita di tutti i giorni come Piergiorgio Welby o Eluana Englaro, ma anche Fabiano Antoniani, per citarne alcuni, e dalle tante spinte "dal basso" che questi casi hanno suscitato.
Le soluzioni cui è pervenuta la giurisprudenza con riferimento al diritto a rifiutare le cure si avvicinano significativamente alle soluzioni proposte dall'ordinamento spagnolo – culturalmente vicino al nostro – che ha individuato puntualmente le ipotesi ammesse e quelle, invece, vietate dall'ordinamento. Per esemplificare, si ponga mente alla disposizione di cui all'art 143, comma

4, del codice penale spagnolo, il quale fissa il divieto dell'eutanasia attiva volontaria, distinguendola dalle ipotesi di *istigazione al suicidio* e *agevolazione e cooperazione all'altrui suicidio*: il codice penale vieta la condotta che si estrinseca nel cagionare o cooperare attivamente "con atti necessari e diretti alla morte di altri, su richiesta espressa, seria e inequivocabile di quest'ultimo, se la vittima soffre di un'infermità grave che l'avrebbe portato alla morte, o che provoca sofferenze gravi, continue e difficili da sopportare". In tal modo, il codice penale spagnolo opera un discrimine tra le ipotesi di eutanasia attiva volontaria, non ammesse, ed eutanasia passiva, la cui rilevanza penale è esclusa.

L'intervento legislativo rinviene la sua ragion d'essere nella misura in cui svolga una funzione di garanzia del rispetto dei diritti fondamentali in gioco, non dovendo, invece, interferire all'interno della relazione medico-paziente, la cui gerenza spetta esclusivamente ai soggetti della stessa; è tuttavia possibile rilevare che la fase finale, come anche quella iniziale, dell'umana esistenza siano sempre più medicalizzate, alla luce dello sviluppo biomedico e sia, pertanto, necessaria una presa di coscienza con riferimento al cambio di paradigma ed alle conseguenze sul piano dei presupposti e degli effetti in punto di disciplina.

Diritto penale e fine vita in Germania. I reati di omicidio su richiesta e di sostegno professionale al suicidio nello *Strafgesetzbuch*

di ***Francesco Camplani*** *(dottorando di ricerca in Diritto e Istituzioni Economico-Sociali presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope" - Tirocinante ex art. 73 presso la VI Sezione Penale della Corte di Cassazione)*

Il presente lavoro è dedicato all'analisi dei reati inerenti al fine vita volontario previsti dallo Strafgesetzbuch tedesco.
Le disposizioni dedicate a tal fine sono due, una di grande tradizione e una di recente introduzione. La prima, contemplata dal § 216 StGB, è volta a punire l'omicidio del facente richiesta, analogamente all'art. 579 c. p. La seconda, contemplata dal § 217 StGB, è stata concepita al fine di arginare forme di sostegno professionale al suicidio: la sua recente emanazione e le particolarità del dettato testuale non hanno mancato di dar vita a dibattiti interpretativi e a dubbi di costituzionalità. L'ambito da essa coperto non coincide con quello dell'art. 580 c.p.
Lo scopo del presente lavoro è quello di offrire una prospettiva comparatistica con un ordinamento di grande autorevolezza a livello europeo, da sempre prossimo a quello italiano, ai fini della conoscenza e dell'individuazione di possibili soluzioni per un'attesa e plausibile riforma dei reati previsti nel codice penale.

The hereby presented work is dedicated to the analysis of the crimes related to the voluntary life end foreseen by the German Penal Code (Strafgesetzbuch).
The provisions dedicated to this purpose are two. The first one has a long historical background: contemplated by § 216 StGB, it is aimed at punishing the killing of the request, similar to art. 579 Ital. Pen. Code The second one has been recently introduced: foreseen by § 217 StGB, it has been conceived in order to curb forms of professional support for suicide. Its recent emanation and the peculiarities of its the text rose interpretative debates and doubts about its conformity to the German Constitution. The field it covers does not exactly coincide with that one of art. 580 Ital. Penal Code.
The present work aims at offering a comparative perspective with a prominent European law system that has always been close to the Italian one, for the purpose of knowing and identifying possible solutions for an expected and plausible reform of the aforementioned crimes foreseen by the Italian Penal Code.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive - **2.** Le disposizioni dedicate al fine vita: inquadramento sistematico. - **3.** Il reato di *Tötung auf Verlangen*. - **4.** Il reato di *Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung* - **5.** Gli spazi di non punibilità creati in via interpretativa. - **6.** Conclusioni. Comparazione con la normativa italiana.

1. Considerazioni introduttive

Dedicare un lavoro alla comparazione può assolvere ad una pluralità di scopi, nel contesto di un lavoro scientifico che si propone, fra l'altro, il fine di individuare possibili linee per il ripensamento del sistema di diritto intorno alle questioni del fine vita: informare il lettore, proporre riflessioni teorico-dogmatiche, individuare possibili chiavi interpretative che influiscano anche sull'ordinamento positivo interno, sottolineare le somiglianze e le differenze di cui è necessario prendere atto nel contesto di un lavoro sovranazionale di armonizzazione ed unificazione del diritto, individuare i "formanti" del diritto penale, e infine proporre possibili modelli di riforma di cui il legislatore possa fare uso[1].

In tal senso, l'ordinamento tedesco è sicuramente riconosciuto, ai fini di uno studio di diritto penale comparato, come un termine di paragone sempre di grande interesse. Esso ha sempre costituito, fin dall'Ottocento, un traino per altri ordinamenti europei dal punto di vista culturale e dottrinale, con particolare riguardo agli istituti di parte generale e agli elementi dell'analisi del reato. La stessa concezione tripartita, oggi correntemente accettata dalla dottrina italiana maggioritaria, prima di avere un proprio autonomo percorso in seno alla scienza penalistica italiana si è formata nell'ambiente della Scuola neoclassica del diritto penale tedesco[2].

Al contempo, l'ordinamento positivo della *Bundesrepublik* presenta un modello di codificazione penale particolarmente moderno, risultato di una lunga riflessione terminata con la riforma del codice nel 1975. Quantunque lo *Strafgesetzbuch* riformato si ponga fondamentalmente in continuità con i suoi antecedenti storici dal 1871, secondo la tradizione di legislazione sistematica tipica degli Stati germanofoni, la ricerca di una rottura "spirituale" con l'autoritarismo totalitarista che ne improntava l'ultima versione – quella del 1935 – ha dato luogo ad un sistema ricco di elementi di completezza e di ordine definitorio nella parte generale, cui fa da controllare una voluta frammentarietà in molti settori della parte speciale[3]. Quello che si andrà ad analizzare nel presente lavoro, in considerazione dell'importanza del bene giuridico tutelato dalle previsioni di reato, fa per certi versi eccezione.

Il contesto di un sistema socio-economico più precocemente e più massicciamente industrializzato e tecnologizzato di quello italiano, oltre che storicamente abituato ad essere crocevia di culture e epicentro di rivoluzioni politiche e culturali, ha reso anche il diritto più reattivo riguardo alle novità del tessuto sociale, seppur non sempre in modo critico. Laddove non sia il legislatore ad intervenire tempestivamente, una dottrina e una giurisprudenza sempre fortemente dialoganti fra di loro[4] provvedono ad integrare il dato normativo: tale intervento, nel campo del diritto penale, viene ovviamente operato creando spazi di giustificazione o di non punibilità altrimenti rientranti nell'ambito di applicazione del fatto tipico. Ciò è favorito da una

[1] Le funzioni della comparazione cui qui si fa riferimento sono riprese, seppur con un ordine liberamente interpretato, dall'autorevole opera di A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova, 2004, pp. 41-58.

[2] Sulle relazioni fra tripartizione alla tedesca e quella all'italiana, particolarmente sintetica e, allo stesso tempo, precisa è la trattazione di S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, pp. 302 ss.

[3] Cfr. F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, pp. 69-75; T. VORMBAUM, *Einführung in der modernen Strafrechtswissenschaft*, trad it., a cura di G. Oss e S. Porro, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Padova, 2013, pp. 306 ss.

[4] La lettura delle sentenze dei tribunali tedeschi pone sempre l'interprete italiano di fronte alla sorpresa di vedere la dottrina espressamente citata nel corpo della motivazione.

tripartizione che, a partire dalla "rifondazione" del diritto penale nel dopoguerra, ha collocato l'indagine sull'elemento psicologico nell'analisi della tipicità del fatto (*Tatbestandsmäßigkeit*), attribuendo un contenuto normativo sia all'antigiuridicità (*Rechtswidrigkeit*) che alla colpevolezza (*Schuld*)[5]: una volta ultimata l'analisi della tipicità del fatto, infatti, è possibile intervenire sulla valutazione dei due successivi elementi del reato con considerazioni di coerenza di sistema, con un occhio di riguardo per il *Grundgesetz* e per l'ordinamento europeo, se non addirittura di opportunità.
Così è avvenuto in relazione al fine vita, coperto storicamente dalla previsione di reato di cui al § 216 *StGB* e, in tempi più recenti, da quella del § 217 *StGB*. Una compiuta analisi sul tema del fine vita dal punto di vista del diritto penale richiede di analizzare sia l'intervento del legislatore penale, contestualizzandolo nel sistema dei valori costituzionali, che gli spazi di liceità che se ne sono ricavati in via interpretativa. Il tema è all'ordine del giorno, in Germania, già da molti anni[6], e ha portato a risultati di notevole interesse, dai quali l'ordinamento italiano potrebbe ispirarsi per ricavare soluzioni agevolmente applicabili nel sistema del codice penale. Il contesto, per entrambi gli ordinamenti, è comunque quello di una struttura costituzionale orientata ad una protezione forte del bene giuridico vita, nel più ampio contesto di una visione solidaristica della vita dei consociati.

2. Le disposizioni dedicate al fine vita: inquadramento sistematico

Lo *Strafgesetzbuch*, fin nella sua versione originaria del 1871 (come *Reichsstrafgesetzbuch*), ha accolto da sempre l'acquisizione illuministica consistente nel non prevedere il suicidio come reato, punito con forme di "pena postuma" quale la non concessione di una degna sepoltura. Esso è anzi indicato come atto di "libera responsabilità" (*Freiverantwortlichkeit*). Ha da sempre dedicato un'articolata e sistematica partizione del Libro II, il Capo XVI (*Sechzenter Abschnitt*), §§ 211-222, ai delitti contro la vita (*Straftaten gegen das Leben*), separato dal successivo capo riguardante l'incolumità "corporale" (*körperliche Unversehrtheit*).
Il Capo in esame è disegnato come una sorta di microcosmo al cui centro si trova il reato "base" di omicidio (*Totschlag*), § 212, preceduto dalla versione aggravata dell'assassinio (*Mord*) e seguito da una serie di figure attenuate, sia dolose che colpose, che coprono anche la vita prenatale

[5] Principale artefice di questa concezione rinnovata dell'analisi del reato è stato H. WELZEL, il quale, soprattutto nelle opere *Um die finale Handlungslehre: Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Tübingen, 1949 e *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, ult. ed. 1969, ha rivoluzionato la tradizionale teoria dell'azione, già in parte riveduta da E. MEZGER negli anni '30, ha voluto imprimere all'azione penalmente rilevante un orientamento finalistico, in base al quale l'uomo che commette un reato si orienta liberamente al conseguimento del risultato illecito. Tale concezione è stata ulteriormente ammodernata dall'intervento di G. JAKOBS – cfr. per tutte *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München ,1992 – il quale ha definito il reato come un'espressione di senso contraria alle aspettative delle norme.
[6] Solitamente, la prima decisione riguardo al tema dell'aiuto a morire (*Sterbehilfe*) viene indicata nel cd. *Kemptener Fall*, vale a dire *BGH, Urteil vom 13. September 1994, 1 StR 357/94*, contenuta nella raccolta ufficiale delle sentenze della Corte Federale in materia penale *BGHSt*, Vol. 40, pp. 257 ss., riguardante l'interruzione della nutrizione artificiale ad una donna in coma da anni, a seguito di accordo con i suoi tutori, senza prima passare dal giudice tutelare. La paziente non aveva espresso in alcun modo il consenso all'interruzione delle cure: la Corte Federale, considerate le circostanze, lo ha considerato presumibile. Cfr. *infra*, par. 5.2.

(salvo prevedere cause di giustificazione o di non colpevolezza al ricorrere di ipotesi specifiche)[7]. L'ambito di applicazione di tali reati viene avulso, in corrispondenza di elementi specializzanti che diano luogo ad un rapporto di specialità, da quello dell'omicidio, il cui spazio pertanto si riespande in assenza di tali elementi.

Il rapporto di specialità fra una figura "base" sanzionata in modo più severo e le sue versioni attenuate, in tal misura da considerarsi meno gravi, viene definito dalla dottrina tedesca *Privilegierung* (laddove invece quello con le figure aggravate viene denominato *Qualifikation*). Nel rispettare questa scelta terminologica, le due fattispecie in esame saranno designate come "privilegiate" nel prosieguo. Il rapporto fra figure base e figure speciali, in rapporto al caso concreto non è sempre verificabile sulla limpida logica del "fatto corrispondente alla fattispecie con un elemento in più", richiedendo sempre considerazioni di carattere teleologico al fine di essere correttamente interpretato[8]: le figure in esame ne rappresentano un eccellente esempio.

L'orientamento teleologico nella lettura delle fattispecie penali costituisce espressione della centralità che la dogmatica tedesca accorda, pressoché pacificamente, alla tutela del bene giuridico protetto (*Rechtsgut*), che più in generale impronta anche il giudizio di costituzionalità (*Verfassungsmäßigkeit*) delle norme di rango primario. Le due fattispecie di reato in esame, collocandosi nel sistema di protezione di un bene fondamentale come la vita umana – bene il cui valore è costituzionalizzato dall'Art. 2, Abs. 2 del *Grundgesetz* insieme all'incolumità fisica e che è fra i primi beni nominati dopo la dignità umana (*Menschenwürde*) di cui all'Art. 1[9] – si inseriscono in un sistema che mira alla completezza e all'assolutezza della tutela[10].

Espressione della completezza di sistema è la previsione di tutte le possibili condotte che comportino un'abbreviazione della vita non dovute a cause naturali e, in questa misura, riconducibili causalmente e psicologicamente ad una condotta umana. L'assolutezza pone in luce il valore della vita umana in qualsiasi condizione e in ogni fase, rifiutando l'esistenza di cause in base alle quali la vita stessa perda di qualità o diminuisca di quantità, nonché la sua indisponibilità[11]. È evidente, a tal proposito, la pacifica affermazione culturale di acquisizioni che si pongano diametralmente all'opposto degli assunti fatti propri dalla bioetica e dalla psicologia-criminologia nazionalsocialiste, improntate alla valutazione qualitativa della vita e della personalità, fino all'estremo delle "vite senza valore di vita" (*lebenunswertes Leben*): giudizio attribuito, principalmente, alla vita dei soggetti affetti da disabilità psichiche gravi[12]. Nel trarre le

---

[7] Quanto qui affermato si evince dalla più autorevole manualistica di parte speciale (*Strafrecht Besonderer Teil*, abbr. *BT*). Si citano, per tutti, R. RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, München, 2015, pp. 7 ss.; U. MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, München, 2017, pp. 97 ss. Il reato *ex* § 212 *StGB* viene definito *Grunddelikt*; è in relazione ad esso che, solitamente, sono trattate le questioni fondamentali inerenti alla qualifica di essere umano, al confine fra vita e morte biologiche e al bene giuridico rappresentato dalla vita.

[8] Cfr., molto diffusamente, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, p. 848 ss.; più sinteticamente, J. WESSELS – W. BEULKE – H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2014, pp. 46-47.

[9] Cfr. MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, cit., p. 97.

[10] Cfr. H. SCHNEIDER, *Vor § 211*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. IV, 2017, *Rn*. (paragrafi) 1-2.

[11] Cfr. SCHNEIDER, *Vor § 211*, cit., *Rn*. 27-29.

[12] Il concetto è richiamato per la prima volta nell'ambito di un'opera a carattere criminologico, che vanta come coautori un celeberrimo penalista e un noto psicologo: K. BINDING – A. HOCHE, *Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens*, Freiburg i. Br., 1920; nel testo, tuttavia, il discorso era impostato nel

conseguenze più radicali di questa ideologia, non mancarono opinioni volte alla soppressione degli anziani e di coloro che, per le ragioni più varie, potessero essere diventati inabili al lavoro e alla guerra, definiti "camerati inutili" (*nutzlose Volksgenossen*)[13].

Proprio sul concetto di fine della vita umana e del suo approssimarsi si pongono molte delle questioni che influenzano l'applicazione delle figure di reato in esame. L'evoluzione che si è seguita, nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza tedesche, ha visto abbandonare il criterio della morte clinica – data dalla cessazione del battito cardiaco e dell'attività respiratoria – per abbracciare quello della morte cerebrale completa (*Gesamthirntod*)[14], fatta propria anche dalla dottrina italiana[15]. Quello dell'irreversibilità della situazione verso tale momento rimane il criterio guida anche delle correnti dottrinale volte a superare tale acquisizione[16].

In tale misura, riguardo al trattamento del soggetto avviato con elevata probabilità all'evento mortale e in relazione alla sua volontà di lasciare che il decorso mortale prosegua o venga addirittura anticipato, si sono raggiunte acquisizioni che, nel contesto italiano, sembrano ancora di là da venire. La giurisprudenza della Corte Federale ha dichiarato, già da metà degli anni Ottanta del Novecento, che per quanto concerne la responsabilità dei garanti del bene giuridico della vita – fra i quali figurano innanzitutto, come sembra facile attendersi, i medici e gli operatori sanitari – non sussiste un obbligo al mantenimento in vita ad ogni costo del soggetto morente, quand'anche fosse reso possibile dalle strumentazioni e dai medicinali disponibili: in relazione a tale acquisizione, si è anche valorizzata la volontà del soggetto morente riguardo all'interruzione o alla prosecuzione dei trattamenti terapeutici.

Lo spostamento dei confini del non punibile ha, naturalmente, creato nuove questioni di confine, quali la distinzione fra l'aiuto alla morte (*Sterbehilfe*) e la cd. eutanasia precoce (*Früheuthanasie*), quella fra mera partecipazione e concorso al suicidio altrui e la possibilità di pretendere o meno dell'intervento del garante individuato ai sensi della norma sul reato omissivo improprio, § 13 *StGB*, riguardo all'altrui decisione di morire.

L'analisi di questi spazi di liceità creati per via interpretativa rende utile trattare le figure di reato individuate in precedenza in via preliminare, in modo da definire con la sicurezza richiesta dai principi del diritto penale gli spazi dell'intervento punitivo.

---

senso di una "neutralizzazione" dei soggetti rientranti in tale giudizio. Le prime idee nel senso di un loro annientamento fisico sono espresse nella prima, ben nota opera di A. HITLER, *Mein Kampf*, München, 1925, il quale riteneva che la spesa sociale per la loro cura rappresentasse, sostanzialmente, un danno alla comunità nazionale.

[13] Esempio massimo di questa corrente è rappresentato da un discorso di quello che fu il principale avversario interno di Hitler: G. STRAßER, *„Hinweg ihr Alten!"*, in *Kampf um Deutschland. Reden und Aufsätze eines Nationalsozialisten*, München, 1932, pp. 171-175. Per una trattazione storico-critica del tema, cfr. B. MÖCKEL, *„Nutzlose Volksgenossen"? Der Arbeitsinsatz alter Menschen im Nationalsozialismus*, Berlin, 2010.

[14] In argomento, cfr. M. S. VON THANNHAUSEN, *Der Todesbegriff im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 2013, in part. pp. 13 ss.; C. HILLGRUBER, *Tod aus rechtlicher Perspektive*, in U. Lüke (a cura di), *Tod – Ende des Lebens!?*, München, 2014, pp. 193-225.

[15] Cfr. per tutti I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in AA. VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, pp. 10-12.

[16] SCHNEIDER, *Vor § 211*, cit., Rn. 14-26, espone sia la teoria principale che quelle critiche, quali quelle estensive della morte di regioni cerebrali (*Teilhirntod*) sia quelle restrittive volte a che individuano il momento del trapasso nella morte naturale (*Natürlicher Tod*), che richiede la disintegrazione organica.

Le due norme in esame hanno, in tale contesto, una storia molto diversa. La disposizione del § 216, infatti, è stata sempre dedicata al tema della "morte su richiesta", *Tötung auf Verlangen*. Quella del § 217, originariamente dedicata ad una figura di infanticidio (*Kindestötung*) sopravvissuta fino al 1998 [17], è stata dedicata al "sostegno professionale al suicidio" – *Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung* – solamente con una legge di riforma del 2015, precipuamente dedicata a tale novellazione[18]; nello *Absatz* 2 contiene quella che può essere considerata una delle prime norme depenalizzanti nei confronti della collaborazione all'altrui fine vita.

Già *ictu oculi*, senza per ora entrare nell'analisi dettagliata dei caratteri del fatto tipico, è possibile notare che l'ambito di applicazione delle norme è solo in parte sovrapponibile con quello previsto dall'istigazione e dall'assistenza al suicidio di cui agli artt. 579 e 580 c.p.

Per quanto riguarda la prima delle due figure, la somiglianza è evidente, ma non sembra sconfinare nell'identità. I caratteri della richiesta del soggetto passivo di cui al § 216 *StGB* sembrano più decisi e pronunciati rispetto al consenso di cui parla l'art. 579 cod. pen. Ma il risultato finale, in fin dei conti, è simile: il consenso del titolare del bene giuridico vita non scrimina il fatto, che viene punito – seppure con pene, in seno all'ordinamento tedesco, molto più tenui.

Il reato di sostegno commerciale al suicidio è invece il risultato di una discussione già iniziata – senza essere portata a termine – nel corso della diciassettesima legislatura della *Bundesrepublik* (2009-2013), per poi essere ripresa nel corso della diciottesima (2013-2017) ponendo a confronto quattro diversi progetti di legge[19]. Quello che fra essi ha prevalso, confluendo nel nuovo § 217 *StGB*, è quello "moderato" presentato dalla corrente di maggioranza dell'Unione Cristiano-Democratica (*Christlich-Demokratische Union, CDU*), che ha ritenuto doveroso lasciare esenti da giudizio di riprovazione penale le forme di aiuto, collaborazione o assistenza (che dir si voglia) al suicidio in corrispondenza delle quali i partecipanti all'altrui suicidio non abbiano conseguito forme di utilità[20].

Fra quelli respinti, ve ne era uno dal carattere più liberale proposto dal Partito Socialdemocratico di Germania (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD*), che, valorizzando il dato dell'autodeterminazione individuale, proponeva una regolazione civilistica delle disposizioni individuali sul fine vita, analogamente a quanto proposto in Italia in relazione al cd. testamento biologico[21]. Al contempo, quelli proposti dai Verdi-Alleanza 90 (*Die Grünen-Bundnis 90*) e da una corrente minoritaria della *CDU* andavano, invece, in un senso più restrittivo, proponendo l'introduzione di una fattispecie il cui ambito di applicazione appariva essenzialmente sovrapponibile a quello dell'assistenza al suicidio *ex* art. 580 c.p., al fine di evitare forme di disparità fra soggetti in grado di disporre di sé stessi e di comunicare le proprie volontà a fiduciari

[17] Tale abolizione si è verificata nell'ambito di una riforma sistematica e ad ampio raggio di cui al *Sechstes gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)* – sesta legge di riforma del diritto penale – promulgata il 26 gennaio 1998, di cui al *Bundesgesetzblatt – Teil I*, 1998, pp. 164-188, in particolare Art. 1 Nr. 35 (p. 175).

[18] Cfr. il *Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftmäßigen Förderung der Selbsttötung*, promulgato il 3 dicembre 2015 e pubblicata nel *Bundesgesetzblatt-Teil I*, 2015, p. 2177.

[19] Cfr. la *Bundestagsdrucksache* 17/11126 e la *Bundesratsdrucksache* 149/10, reperibili sulle pagine *web* ufficiali delle due Camere del Parlamento – *Bundestag* e *Bundesrat* – della *Bundesrepublik Deutschland*.

[20] Cfr. *Bundestagsdrucksache* 18/5373.

[21] Cfr. *Bundestagsdrucksache* 18/5374.

rispetto a chi invece non ne ha[22], o la creazione di uno spazio scientifico-ideologico in cui la vita, seppur non ancora spenta, sia da considerarsi "non più così vita"[23].
Da un contesto così strutturato, in cui l'esecuzione della volontà altrui di morire o il suo sostegno a fini di profitto costituiscono fattispecie privilegiate che sottraggono spazio ad una più aggravata fattispecie di omicidio, si potrebbe inferire uno *status iuris* complessivamente più rigido di quello che connota l'ordinamento penale italiano.
Pur tuttavia, l'assenza della esplicita previsione di condotte di collaborazione al suicidio, nelle quali il soggetto non si attivi per eseguire l'altrui volontà di morire o non consegua forme di profitto ha consentito agli interpreti di optare per forme di interpretazione stretta delle due norme in esame, creando così di fatto ampi spazi di non punibilità per molte casistiche di "aiuto alla morte" (*Sterbehilfe*).
Come si anticipava, una rigorosa analisi delle disposizioni citate rappresenta la miglior via al fine di individuare con la maggior precisione possibile i confini di questi spazi liberi dal giudizio di riprovazione penale. Conviene, pertanto, entrare nel merito di ciascuna delle due disposizioni.

3. Il reato di *Tötung auf Verlangen*

La disposizione del § 216 *StGB* presenta la forma tipica della fattispecie specializzata: si apre, infatti, con una subordinata ipotetica, corrispondente al periodo ipotetico della realtà in italiano, caratterizzata dal verbo all'indicativo in prima posizione nella proposizione, aggiungendo così da subito l'elemento specializzante e richiamando la fattispecie base con il suo *nomen*.
Il tenore letterale della fattispecie è così conformato:

> *Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.* [Traduzione a cura dello scrivente] Se qualcuno è stato determinato all'omicidio da una richiesta espressa e seria della vittima, la pena da comminare è la reclusione da sei mesi a cinque anni.

Da un lato, quindi, la fattispecie presenta tutti gli elementi dell'omicidio: il soggetto attivo cagiona la morte del soggetto passivo, con una condotta essenzialmente libera, senza presentare quelle particolari aggravanti date dal mezzo o dalla crudeltà dell'esecuzione che, nel diritto penale tedesco, giustificano l'ascrizione della fattispecie qualificata di assassinio (*Mord*, § 211 *StGB*).
Dall'altro, si aggiunge l'elemento decisivo dato da uno specifico atteggiamento della vittima. Essa, infatti, provoca l'omicidio di sé attraverso una vera e propria richiesta (*Verlangen*), la quale peraltro deve presentare caratteri di esplicitezza e di serietà.
Una definizione di particolare pregio del concetto di richiesta adottata in relazione al caso in esame è "influsso, in forma di esternazione di una volontà, diretto alla rappresentazione della realtà del destinatario della dichiarazione"[24]. Essa ha il merito di focalizzarsi sul lato dell'autore, prestandosi così efficacemente a ricomprendere anche l'errore scusabile sul fatto di cui al § 16,

---

[22] Cfr. *Bundestagsdrucksache* 18/5375.
[23] Cfr. *Bundestagsdrucksache* 18/5376.
[24] La definizione è ripresa da H. SCHNEIDER, *sub § 216 StGB*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2017, *Rn*. 13. Così suona l'originale: „*eine auf das Vorstellungsbild des Erklärungsadressaten abzielende Einwirkung in Form einer Willensäußerung*".

Abs. 2 *StGB*[25]. Il modello cui si fa riferimento, per operare un richiamo particolarmente stringente in termini di nesso causale, è quello di uno degli istituti di parte generale riguardanti il concorso di persone, la *Anstiftung* (§ 26 *StGB*)[26]: essa riguarda la posizione di quel concorrente che non compartecipa alla condotta criminosa, contribuendo però ad istigare in modo decisivo l'autore materiale del fatto.

In un simile contesto, i due aggettivi che specificano le qualità della richiesta vengono a rappresentare i corollari della definizione. L'esplicitezza della richiesta sta ad indicare, pacificamente, un comportamento, verbale o non, che dimostri verso l'ambiente esterno alla sfera del soggetto passivo, in modo univoco ed inequivocabile, la volontà di quest'ultimo di essere ucciso.

La definizione del concetto di serietà ha comportato, al contrario, alcuni dubbi di rilievo: si è registrato, in particolare, il tentativo di individuare un criterio di "razionalità" che si sarebbe posto alla base della scelta. Riconoscendo l'inidoneità e l'indeterminatezza di un simile possibile contenuto, che richiederebbe un'indagine "economica" sulle ragioni che hanno condotto al desiderio di morire, la maggioranza degli interpreti, sia in dottrina che in giurisprudenza, ha optato per una definizione in base alla quale la richiesta debba porsi al termine di un processo volontaristico libero e privo di vizi della volontà[27]. Tale definizione esclude, *in primis*, i soggetti non imputabili, quali i bambini (§ 19 *StGB*) e i malati psichici (§ 20 *StGB*), nonché i casi di richiesta di morire sorti a seguito di costrizioni o di rappresentazioni falsate della realtà[28]. Vengono inoltre escluse le dichiarazioni sorte estemporaneamente nel contesto di momenti transitori di depressione, come quelli derivanti da un fallimento professionale o studentesco, da delusioni amorose o da momenti di crisi adolescenziali[29]. Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto della definizione, così come a quello del bilanciamento di interessi che possa dar luogo a

[25] Ivi, *Rn*. 17.

[26] Sul punto cfr., per tutti, l'approfondito e specifico contributo di J. SCHEINFELD, *Das „Bestimmt-worden-Sein" in § 216 I StGB. Zugleich zum „Bestimmen" in § 26 StGB*, in *Goltdammer's Archiv*, 2007, pp. 695-709. Il caso che ha ispirato l'A. è quello, ben noto, del cd. Cannibale di Rotenburg, sul quale si tornerà *infra*.

[27] Così SCHNEIDER, *sub § 216*, cit., *Rn.* 19-21, il quale dedica ampio spazio anche alla critica della contraria teoria; RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil II*, cit., p. 56, il quale rimanda al suo stesso manuale *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2015, pp. 211-226, con riguardo al concetto di consenso (*Einwilligung*) rilevante ai fini del diritto penale, ivi inquadrato come causa di giustificazione (*Rechtfertigungsgrund*) extralegislativa, di origine consuetudinaria, ammissibile in quanto a favore del soggetto attivo del reato ai sensi dell'Art. 103 *Abs.* 2 *GG*. I problemi connessi a tale istituto coincidono, in buona sostanza, con quelli che si andranno analizzando nel prosieguo del contributo: disponibilità del bene giuridico protetto alla cui lesione si acconsente, possibilità di disporne, capacità di prestare consenso, forma di espressione del consenso o possibilità di presumerlo, libertà del consenso da vizi della volontà.

[28] I casi di costrizione alla richiesta di morire rientrano nella previsione del § 240 *StGB*, reato di *Nötigung*, corrispondente al reato di violenza privata *ex* art. 610 c.p. In relazione ad entrambe le casistiche, cfr. SCHNEIDER, *sub § 216*, cit., *Rn.* 22.

[29] In giurisprudenza, cfr. *BGH, Urteil vom 22. April 2005-2 StR 310/04*, sentenza definitva sul già rimembrato caso del Cannibale di Rotenburg, nel quale un soggetto, affetto da devianze psicologiche che lo portavano a consumare carne umana, prendeva contatto con aspiranti suicidi, i quali si recavano presso la sua abitazione ed invitavano il loro ospite ad ucciderli. Nel caso di specie, la Corte Federale, confermando la sentenza di merito, non solo non riconobbe la fattispecie privilegiata, ma addirittura riconobbe quella qualificata di assassinio, in quanto la vittima era un adolescente in preda a fantasie: circostanza che senz'altro escludeva la serietà della dichiarazione e che il Cannibale, a giudizio della Corte, avrebbe dovuto avere ben chiara.

giustificazione del fatto, si pone, come si vedrà *infra*, la maggior parte dei problemi connessi al fine vita, dal momento che diventa particolarmente complesso valutare l'influsso degli stati depressivi sulla scelta di richiedere, ai medici, l'interruzione delle cure: si crea, di fatto, un confine "triangolare" fra omicidio, omicidio su richiesta e aiuto a morire liceizzato.
Decisamente poco problematica si dimostra l'analisi dell'elemento soggettivo del reato, per il quale è ammesso il dolo generico in tutte le sue forme, compreso quello eventuale.
In relazione alle forme particolari di manifestazione del reato, il richiamo alla fattispecie base rende possibile sia il concorso, che il tentativo (*Absatz* 2), che aggravanti ed attenuanti.

4. Il reato di *Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*

Molto diverso, rispetto a quello della figura appena analizzata, è il concreto atteggiarsi della disposizione di cui al § 217 *StGB*. Ciò è reso necessario dal fatto che il reato di sostegno professionale al suicidio, di recente introduzione, rappresenta un *unicum* rispetto alle figure che precedono e che seguono, nel cui contesto sistematico s'inserisce comunque appieno data la lesione del bene giuridico vita: ad aggredire il bene giuridico vittima del soggetto passivo è, come suggerisce il *nomen* della fattispecie, il soggetto passivo stesso; il soggetto attivo si limita ad offrire un sostegno a tale proposito, nel contesto di un'attività organizzata che presenta caratteri di professionalità – il che esclude, come si vedrà *infra*, la collaborazione al suicidio prestato *una tantum*. In tal senso, è possibile osservare che la figura di reato, così come approvata, recepisce molte delle suggestioni già formulate negli anni precedenti[30].
La disposizione si articola su due commi (*Absätze*), la prima dedicata alla disposizione incriminatrice e la seconda alla causa di non punibilità, resa dall'espressione „*bleibt straffrei*" – "va esente da pena" – che nel diritto tedesco non indica né il venir meno del fatto tipico (resa da espressioni come „*Der Tatbestand … ist nicht verwirklicht*", il fatto tipico non è integrato) né la presenza di una causa di giustificazione (solitamente indicata da locuzioni come „*ist / handelt nicht rechtswidrig*", "non è antigiuridico / non agisce antigiuridicamente"). Questo, specie nel contesto di un sistema di diritto penale sostanziale da sempre articolato su una tripartizione connotata da una concezione normativa della colpevolezza, sta a significare che l'area di non punibilità creata in tale contesto viene riconosciuta dal legislatore tedesco come il riconoscimento dell'inesigibilità, al ricorrere di certi presupposti, di un comportamento conforme a legge[31].
Questo il tenore letterale:

> *(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
> [Traduzione a cura dello scrivente] Chiunque, con l'intenzione di agevolare il suicidio altrui, professionalmente offra, procuri o medi l'occasione per suicidarsi, è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa.

[30] Cfr., in particolare, D. LORENZ, *Sterbehilfe als Beruf?*, in *Medizinrecht*, 2010, pp. 823-828.
[31] Sul punto cfr., per tutti, RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 261.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.
Rimane esente dalla pena prevista per il concorrente colui che agisce non professionalmente e che sia un congiunto del soggetto passivo designato dal comma1, o sia soggetto ad egli prossimo.

Dal dato testuale emerge chiaramente la conformazione della fattispecie come reato di pericolo a condotta vincolata, con un anticipo di tutela rispetto al suicidio del soggetto passivo: per l'integrazione del fatto tipico, infatti, è sufficiente che il soggetto attivo procacci l'occasione per il suicidio, suffragando tale condotta con la specifica consapevolezza di agevolare tale proposito. Fonte di ispirazione per la tipizzazione della condotta rilevante è stato il reato di sostegno alle condotte sessuali dei minori (*Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger*) di cui al § 180 *StGB*[32].
La profferta dell'occasione per suicidarsi da parte del soggetto attivo, in tal misura, deve concretarsi nella rimozione degli ostacoli che si frappongono fra il progetto di suicidarsi e la possibilità di realizzarlo in concreto da parte del soggetto passivo; la direzionalità dell'attività del soggetto attivo in tal senso deve essere valutata in modo stringente, in modo da evitare ulteriori anticipazioni della tutela. In tal misura, sono da ritenersi incluse condotte come la messa a disposizione di locali, medicinali e l'organizzazione di viaggi volti a tal fine, oltre a colloqui che influiscano sul convincimento finale; sono escluse, invece, la raccolta e la comunicazione di informazioni, colloqui che valutino il suicidio in una prospettiva aperta ad altre possibilità e il cd. aiuto indiretto a morire (*indirekte Sterbehilfe*), casistica nella quale il medico prescriva farmaci che possono condurre alla morte se presi in overdose[33].
Sulla "professionalità" dell'aiuto al suicidio, resa dall'avverbio *geschäftsmäßig*, è necessario svolgere alcune considerazioni decisive per la corretta interpretazione della fattispecie. La relazione del gruppo parlamentare che ha approvato la legge, infatti, ha usato tale avverbio invece di altri per intendere un supporto attivo, continuato nel tempo – quindi non occasionale – e organizzato alle altrui intenzioni di suicidarsi, senza la necessità che tale attività rappresenti una fonte di profitto per chi la propone. Ricorrendo a termini familiari per chi si occupa di diritto italiano, si potrebbe dire che è punita anche l'attività organizzata in forma di "fondazione a scopo illecito", non essendo necessariamente richiesta un'attività di "impresa illecita" dedita al profitto in cambio del sostegno al suicidio. In tal misura, è possibile affermare che il disvalore dell'attività è reso dalla sola messa in pericolo dell'altrui bene giuridico vita, rappresentando l'eventuale profitto un *quid pluris* che, ovviamente, non può che aggiungere disvalore[34].
L'elemento psicologico richiesto dalla figura, com'è logico aspettarsi, è il dolo, declinato come dolo generico. Gli elementi della condotta vincolata, previsti in modo molto puntuale, rappresentano già tutto il bagaglio conoscitivo e volontaristico del soggetto passivo, non apparendo rilevanti eventuali fini ulteriori, come l'arricchimento e l'effettiva verificazione del suicidio.

---

[32] Cfr. B. BRUNHÖBER, *sub 217 StGB*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Rn. 20-24 e 44.
[33] La relazione di cui qui si tratta è la già richiamata *Bundestagsdrücksache* 18/5373. In dottrina cfr. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, München, 2018, p. 1524; BRUNHÖBER, *sub 217 StGB*, cit., Rn. 45-55.
[34] Cfr. BRUNHÖBER, *sub 217 StGB*, cit., Rn. 56-66; FISCHER, *Strafgesetzbuch* cit., p. 1525.

In relazione al reato *de quo*, è difficile prospettarsi cause di giustificazione come quelle previste dallo *StGB* (legittima difesa, § 32, e stato di necessità, § 34). Una causa di esclusione della colpevolezza è invece quella prevista in via specifica dal secondo comma della disposizione, riguardante coloro che non operino "professionalmente" – prestando quindi tale sostegno *una tantum* – o che rientrino nel novero dei parenti (*Angehörige*), definiti dal § 11 *Abs.* 1 *Nr.* 1 *StGB*, e dei "soggetti prossimi" (*Nahestehende*) al soggetto passivo, menzionati ma non definiti dal § 35 *StGB* in relazione allo stato di necessità esimente (e non scusante). Nel primo caso, è evidente che il prestare sostegno al suicidio *una tantum* non possa avere lo stesso disvalore dell'agire professionalmente. Nel secondo, si prende atto di una vicinanza personale che può porre sotto pressione chi assiste impotente alle sofferenze del parente o del prossimo[35].

Proprio in relazione a questo secondo novero di soggetti, la riflessione degli interpreti ha già preso atto di due problemi di un certo rilievo. Riguardo ai parenti, infatti, sarebbe stato prudente prendere atto del pericolo che l'aspettativa di un'eredità possa essere decisiva nel motivare i soggetti attivi a sostenere il suicidio del soggetto passivo. I "prossimi", d'altro canto, rappresentano un insieme di persone indefinito, su cui si è dovuto lavorare in senso restrittivo, qualificando la prossimità come "relazione intima e ben fondata" fra soggetto attivo e soggetto passivo: il che consente di includere fidanzati e amici e di escludere, per esempio, medici e infermieri cui si sia stati a contatto in periodi di lunga degenza[36].

Il riferimento all'attività "professionale" di sostegno al suicidio, infine, mira sicuramente ad includere coloro che partecipino alle condotte tipizzate nell'ambito di strutture associative: casistica che ha rivestito un'importanza fondamentale nel motivare il legislatore tedesco all'emanazione di una figura di reato così conformata[37].

Alla luce di queste osservazioni, è possibile concludere l'analisi della fattispecie dando comunque atto al legislatore di aver tracciato una figura puntuale e dall'ambito ristretto, seppur con possibilità di precisazione in relazione ad alcuni dei termini richiamati – in primis, quello della professionalità, da caratterizzare ulteriormente con il fine di profitto[38], pressoché sempre presente,

---

[35] Cfr. BRUNHÖBER, *sub 217 StGB*, cit., Rn. 78-82.

[36] Il caso del medico è preso ad esempio sempre dalla *Bundestagsdrücksache* 18/5373.

[37] Cfr. *Bundestagsdrücksache* 18/5373. In dottrina, BRUNHÖBER, *sub 217 StGB*, cit., Rn. 72-77; FISCHER, *Strafgesetzbuch* cit., p. 1525.

[38] Critiche puntuali in tal senso sono mosse da T. WEIGEND – E. HOVEN, *§ 217 StGB – Bemerkungen zur Auslegung eines zweifelhaften Tatbestandes*, in *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016, n. 10, pp. 681-691, i quali ritengono anche che la mediazione (*vermitteln*) dell'occasione per il suicidio sarebbe da interpretarsi in senso restrittivo – il mediatore dovrebbe procurare direttamente l'occasione.

Molto più radicalmente critico è FISCHER, *Strafgesetzbuch* cit., p. 1523, che, sostenendo (condivisibilmente) che parte della figura fosse già coperta dal § 216 *StGB*, ritiene che la nuova incriminazione rappresenti un abbassamento della "soglia di inibizione" (*Hemmschwelle*) riguardo a condotte il cui disvalore è difficile da individuarsi. Gli effetti sarebbero, peraltro, quelli di spingere le persone intenzionate a suicidarsi in un contesto medicamente controllato all'estero, per esempio in Svizzera. Tale idea fa leva anche su quanto asserito da M. KUHLI, *Verwaltungsrechtlicher Anspruch auf strafbare Suizidhilfe? Anmerkungen zur strafrechtlichen Konsequenz des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.3.2017 – 3 C 19.15*, in *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017, n. 5, pp. 243-247. In occasione della decisione del Tribunale Amministrativo Federale menzionata nel titolo, si è ascritta responsabilità da illecito amministrativo ad un medico che aveva collaborato al suicidio di una donna vittima di incidente che aveva ripetutamente espresso il desiderio di morire, non potendo guarire completamente dalle conseguenze dell'evento, a ciò autorizzato dalla

pur se non necessariamente preponderante, nel contesto di organizzazioni di uomini e mezzi dedicati allo scopo. Il livello di compartecipazione all'altrui suicidio richiesto, infatti, è decisamente attivo - seppur non invasivo: in tal caso si eccederebbe nell'ambito dell'omicidio *ex* § 212 o, se del caso, *ex* § 216 - oltre che animato da un vero e proprio attivismo in favore dell'altrui possibilità di suicidarsi.

5. Gli spazi di non punibilità creati in via interpretativa

Una volta definiti, seppur sinteticamente quelli che sono gli spazi dell'intervento delle norme incriminatrici, appare più agevole individuare ciò che ne viene escluso. L'ambito nel quale si entra – è bene ricordarlo – è quello del suicidio liberamente determinato, oppure l'aiuto a morire della persona che abbia chiesto di porre fine alle proprie sofferenze. Non si ha quindi riguardo alle ipotesi in cui vi sia un suicidio determinato dall'opera altrui, al quale eventualmente il soggetto concorrente non frapponga ostacoli in qualità di garante, né al caso in cui, indipendentemente dalla volontà del paziente, si inneschi a vario titolo un decorso mortale.
Sono inoltre da escludere, fin da subito, i casi in cui l'esaudimento dell'altrui desiderio di morire o la collaborazione al suicidio siano state prevedibili, ma non volute: vale a dire, colpose.
In tal senso, la dottrina tradizionalmente individua due costellazioni: quella della partecipazione (*Mitwirkung*, *Teilnahme*) all'altrui suicidio e quella dell'aiuto a morire (*Sterbehilfe*).

5.1. *La partecipazione al suicidio altrui*

La partecipazione al suicidio altrui contemplava, già da molti anni, uno spazio tradizionalmente lasciato alla non punibilità del soggetto che collabora con il suicida. Il *discrimen* fra i due ambiti era reso efficacemente dal concetto di dominio sul fatto (*Tatherrschaft*) che il suicida esercita sull'atto con cui pone fine anticipatamente alla sua vita: qualora tale atto fosse rimasto nella sua padronanza, con possibilità quindi di decidere autonomamente di abbandonare il proposito suicidiario, l'eventuale collaborazione altrui non era considerata punibile[39].
In questo contesto, l'entrata in vigore del nuovo § 217 *StGB* ha in parte invaso il campo del non punibile: nei casi contemplati dalla norma, è bene ribadire, colui che sostiene il suicidio non interviene direttamente sull'atto mortale e sulla decisione di suicidarsi.
Tuttavia, un siffatto intervento ha anche avuto l'indubbio merito di tracciare un più chiaro confine nell'ambito di casistiche in precedenza considerate dubbie e che potevano comportare, sulla base della complessa analisi della correttezza della formazione del consenso della vittima, da un lato, la punibilità ai sensi della più severa previsione del § 216 *StGB*, dall'altro il giudizio assolutorio[40]: dal momento che indubbiamente un sostegno attivo alla volontà di suicidarsi rappresenta un

---

Commissione Etico-Medica Federale; il marito della donna aveva quindi presentato ricorso presso il tribunale amministrativo territoriale. L'Autore del contributo pone la decisione in relazione con la discussione e l'emanazione del § 217 *StGB*, norma non oggetto del giudizio, ma la cui *ratio* sarebbe sostanzialmente espressa nel dispositivo.
Di simile avviso è Y. NAKAMICHI, *Grenzen der Gesetzgebung im Kontext des § 217 StGB. Darf man die Beteiligung am Suizid nicht bestrafen?*, in *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017, n. 6, pp. 324-330, il quale ritiene che la norma in sé non sia anticostituzionale, ma sia decisamente fuori contesto nel sistema del diritto penale tedesco.

[39] Cfr. RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil II*, cit., pp. 68-71.

[40] La problematica è stata sottolineata già da U. MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 1997, pp. 488 ss.

momento di aumento del rischio di lesione del bene giuridico vita, oltre che di ingerenza nella "libera responsabilità" che storicamente ha giustificato la non previsione del suicidio come reato, indubbiamente efficace è l'idea di prevedere un reato di pericolo dalla severità intermedia che consenta, *a contrario*, di mandare esenti dal giudizio di riprovazione le condotte in corrispondenza delle quali la collaborazione al suicidio si sia verificato in uno stadio ancora distante dalla determinazione finale del soggetto passivo.

5.2. *L'aiuto a morire,* Sterbehilfe

In relazione alla seconda casistica menzionata, la lunga storia del § 216 *StGB* ha contribuito all'identificazione di spazi esenti da pena già dal momento in cui si sono superate forme di autoritarismo superindividuale in favore di una visione che, pur nell'ambito di un ordinamento solidaristico al pari del nostro, valorizzi il dato personale, pur nel contesto di una dignità umana intoccabile[41].

Per aiuto a morire (*Sterbehilfe*)[42], come precisato anche da recente autorevole giurisprudenza della Corte Federale, s'intende il caso in cui il soggetto attivo – prevalentemente, il medico o comunque il sanitario che abbia in carico un malato – intervenga su un decorso mortale già avviato, portandolo anticipatamente a termine. In assenza di tale decorso, si commette comunque il reato di omicidio, con o senza consenso del soggetto passivo[43].

Ferma restando quest'acquisizione, gli interpreti individuano almeno tre sottotipi di aiuto a morire: quello attivo o diretto, quello indiretto e quello passivo[44].

L'aiuto a morire attivo (*aktive/direkte S.*) consiste nell'induzione, mediante trattamenti a ciò finalizzati, dell'evento mortale, sulla base di una decisione autonoma del medico. La volontà del soggetto aiutato a morire non è presa in considerazione. Considerato anche il legame con le pratiche sistematicamente poste in essere in applicazione delle direttive del governo nazionalsocialista[45], tale condotta è considerata penalmente rilevante ai sensi del § 216 *StGB*.

L'aiuto a morire indiretto (*indirekte S.*) è quello che si considera venga prestato quando il consenso del soggetto passivo, gravemente sofferente oltre che malato terminale, sia da considerarsi "presunto" (*mutmaßliche Einwilligung*). La debolezza di questa definizione, ricca di elementi ideologici, viene in realtà giustificata dogmaticamente tramite una il ricorso ad una brillante soluzione: l'aiuto a morire indiretto non è punito in quanto viene considerato giustificato per stato di necessità (§ 34). In tale ottica, infatti, il prolungamento della vita per un breve e doloroso periodo sarebbe tutto sommato meno rispettosa della dignità umana rispetto ad una

---

[41] Cfr. SCHNEIDER, *Vor § 211*, cit., *Rn*. 103.

[42] Il contenuto solitamente riconosciuto dal diritto italiano al concetto di eutanasia, quale uccisione *pietatis causa*, e il legame profondamente negativo dello stesso con la storia tedesca rendono, ad avviso di chi scrive, più corretto il ricorso alla traduzione letterale.

[43] La decisione citata è *BGH, Urteil vom 25.6.2010, StR 454/09*, in *BGHSt*, Vol. 55, pp. 191-205.

[44] La sintetica trattazione che segue è basata sui seguenti Autori: RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil II*, cit., pp. 59-67; SCHNEIDER, *Vor § 211*, cit., *Rn*. 94-180; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, cit., pp. 123-127. Ad essi va aggiunta la già rimembrata sentenza *BGH, Urteil vom 25.6.2010, StR 454/09*, cit.

[45] In relazione a tale notazione storica, cfr. H. RÜPING – G. JEROUSCHEK, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München, 2011, p. 100, nonché la dottrina storica ivi citata, laddove si ricorda anche l'inserimento dell'aiuto a morire attivo nei confronti delle *lebenunswertes Leben* nel quadro di un diritto penale d'autore (*Tätertyp*) che valutava la coerenza, o meno, del soggetto attivo con i sani valori del popolo tedesco.

inesorabile morte, vissuta però in modo più dignitoso e indolore. La valutazione dei casi di aiuto a morire indiretto è, pertanto, frutto di un rigorosissimo bilanciamento di interessi, al termine del quale il prolungamento della vita ricavabile dalla prosecuzione delle terapie debba risultare talmente poco significativo da giustificare l'avvicinamento del momento esiziale.
L'aiuto a morire passivo è quello basato sul rifiuto del paziente si ricevere ulteriori cure. Il sanitario che lo ha in cura, in questi termini, può compiere attivamente atti esecutivi della sua volontà volti ad interrompere la terapia (per esempio, staccare la spina). Tale forma di aiuto a morire è considerata giustificata tramite il ricorso alle norme civilistiche che regolano, in modo dettagliato e stringente, le disposizioni del paziente (*Patientenverfügung*), note anche come testamento del paziente (*Patiententestament*).
Nel raccogliere e valutare tale volontà, infatti, si fa riferimento alle regole introdotte nel *BGB* nel 2009, parzialmente novellate nel 2017, di cui ai §§ 1901a e ss.: la dichiarazione di volontà al riguardo dev'essere scritta, o affidata ad un tutore (*Betreuer*) adibito ad interpretare la volontà del paziente qualora esso sia diventato incosciente e le condizioni di vita si modifichino. L'attività del tutore è sottoposta, nei momenti decisivi nei quali il consenso o il dissenso ad un'operazione possano dar luogo all'evento mortale, al controllo del giudice (§ 1904). Il § 1901b *BGB* regola anche il colloquio fra medico e paziente sui trattamenti da adottare – e non adottare – in relazione alla prognosi della malattia diagnosticata: il che sottolinea ulteriormente la centralità della relazione medico-paziente in relazione alla casistica dell'aiuto a morire passivo[46].
La natura civilistico-negoziale di simili norme, chiaramente, esclude dall'ambito del lecito le interruzioni di trattamento operate su pazienti che non abbiano espresso un consenso, in una situazione che non consista neanche di presumerlo: pertanto, soggetti caduti in stato di incoscienza e minorenni non possono essere oggetto di aiuto a morire passivo o indiretto, rientrando anzi tali casistiche in un illecito aiuto a morire attivo o diretto. La costellazione riguardante i minorenni, in particolare, è stata posta in evidenza da casi nei quali sono state interrotte le cure a neonati affetti da malformazioni che pure non avrebbero consentito loro di sopravvivere alle prime ore di vita[47].

6. Conclusioni. Comparazione con la normativa italiana

La sintetica analisi testé consente, adesso, di operare un confronto finale con il diritto penale italiano. La coincidenza quantitativa fra le disposizioni di legge dedicate al tema, si potrebbe osservare, non riflette una piena coincidenza fra i due sistemi, risultando nel complesso quello tratteggiato dal codice penale italiano più rigoroso.
Da un lato, la disciplina dell'omicidio del consenziente (art. 579 cod. pen.) ormai coincide, in larga parte, con quella del § 216 *StGB*, considerata sia l'area del punibile tracciata dalla norma e tuttora condivisibilmente riconosciuta come necessaria[48], che l'attenzione dedicata dalla dottrina italiana al tema dell'eutanasia passiva. In relazione ad essa, si riconosce la sostanziale impossibilità di costringere alla vita chi voglia lasciarsi morire; tuttavia, con molto più rigore si

[46] Sul punto, si veda l'autorevole commento ai paragrafi citati di D. SCHWAB in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2017, Vol. 9.
[47] Cfr. SCHNEIDER, *Vor § 211*, cit., *Rn*. 181-182.
[48] La giurisprudenza, nel riconoscere le ragioni di pietà che possono sottostare anche all'eutanasia attiva, ha riconosciuto l'attenuante ex art. 62, n. 1, cod. pen. Cfr. per tutte Cass., Sez. I pen., Sentenza 22 febbraio 1990 n. 2501, CED Rv. 183422.

valuta la possibilità di esprimere un consenso quando la malattia sia in corso, ritenendo a tal fine decisivi gli influssi del malessere psico-fisico sulla libera determinazione del soggetto[49].
Si riconoscono meno interventi scriminanti in relazione ad un grado intermedio quale potrebbe essere un'eutanasia "indiretta", dal momento che permangono evidenti resistenze intorno alla possibilità di presumere la volontà suddetta.
Ma la distanza più evidente, originariamente resa dall'assenza di una compiuta regolazione civilistica del testamento biologico, è stata recentemente colmata dall'intervento della Legge 2 dicembre 2017, n. 219. I tempi sono ancora prematuri per testare gli effetti di questa novità.
In relazione al § 217 *StGB*, invece, è ancora possibile osservare la sua maggiore ampiezza della previsione *ex* art. 580 cod. pen., che incrimina ogni forma di cooperazione psicologica o materiale dolosa al suicidio, non limitandosi quindi ad un sostegno "da ultimo miglio" dai caratteri di professionalità[50]. In relazione a tale figura, si potrebbe osservare che si perviene da due situazioni opposte, che per certi versi richiedono soluzioni inverse: come riscontro all'incriminazione "chiarificatrice" del legislatore tedesco, il legislatore italiano potrebbe prevedere forme di non punibilità al ricorrere di determinati presupposti di fatto per quanto riguarda l'ausilio, mantenendo ferma l'incriminazione dell'istigazione in quanto pressione psicologica lesiva della libera determinazione dell'individuo.
Nel complesso, ferme restando le osservazioni testé formulate, anche in relazione al tema in esame, si conferma l'importanza dell'ordinamento tedesco come possibile termine di paragone per le riforme legislative o per le innovazioni interpretative cui dare luogo in Italia. Le forti analogie, a livello sia di diritto penale che di diritto costituzionale, in relazione alla tutela dei beni giuridici come la vita e l'autodeterminazione individuale riguardo alla sua fine consentono di ravvisare in esso un modello non troppo distante dal nostro, rendendo la reciproca ispirazione e l'armonizzazione un obiettivo a portata di mano.

[49] Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Tomo I, Bologna, 2014, pp. 34-40, in part. 36 ss. per quanto riguarda l'eutanasia; D. PULITANÒ, *L'omicidio*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Torino, 2013, pp. 65-66.
[50] Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 41-45; PULITANÒ, *L'omicidio*, cit., pp. 73-76.

L'ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita.

di ***Ludovica Poli*** *(Ricercatrice di Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi di Torino)*

La giurisprudenza di Strasburgo in materia di fine vita segnala una graduale apertura verso il riconoscimento del diritto a morire con dignità. L'articolo analizza gli aspetti controversi (in particolare, l'inquadramento offerto al diritto di scegliere di morire e il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati), ma anche gli spunti più significativi di tale giurisprudenza. In particolare, il diritto di scegliere di morire con dignità è ormai pacificamente considerato un aspetto della vita privata tutelata dall'art. 8 CEDU e, sempre di più, il consenso informato, quale scelta morale dell'individuo, è riconosciuto come un aspetto centrale nelle decisioni relative al fine vita.

The European Court of human rights (ECtHR), through its case-law on issues surrounding end of life, is gradually admitting the right to die with dignity. The article analyses the limits (namely, the classification offered to the right to choose to die and the wide margin of appreciation accorded to States in this matter), as well as the most interesting openings of the Court's jurisprudence. In particular, the right to choose to die with dignity is now considered an aspect of private life guaranteed by art. 8 ECHR. Additionally, informed consent, as a personal moral choice, is considered as a key issue in any end of life decision.

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** I casi decisi dalla Corte EDU in materia di fine vita. - **3.** Inquadramento delle questioni di fine vita alla luce dei diritti garantiti nella CEDU: tra indisponibilità della vita e autodeterminazione. - **3.1** Impossibilità di derivare dagli artt. 2 e 3 CEDU il diritto a morire con dignità. - **3.2** Il diritto ad autodeterminarsi sul fine vita come aspetto del diritto alla vita privata e il margine di apprezzamento degli Stati. - **3.3** Le ragioni dell'interferenza (tra rischio di abusi e tutela dei soggetti vulnerabili) e il divieto di discriminazione. - **4.** Aperture: verso un più ampio riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi su questioni di fine vita. - **4.1** L'esistenza di una base normativa nella Convenzione e la posizione dei prossimi congiunti. - **4.2** Il consenso come scelta morale. - **4.3** Una (opportuna) lettura congiunta degli artt. 2 e 8 CEDU. - **5.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) si è pronunciata su questioni di fine vita con decisioni che meritano di essere lette con attenzione[1]. Pur caratterizzata da contraddizioni, la sua

[1] Per un'analisi delle principali decisioni: U. Adamo, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione*

giurisprudenza segnala una graduale apertura verso il riconoscimento del diritto a morire con dignità. Dopo aver richiamato i principali casi decisi dalla Corte in materia (par. 2), il lavoro si sofferma dapprima sui limiti della sua giurisprudenza (par. 3) e, quindi, sui profili che rappresentano la base per un più ampio riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi su questioni di fine vita (par. 4).

2. I casi decisi dalla Corte EDU in materia di fine vita.

Un primo ordine di decisioni adottate dalla Corte EDU riguarda il suicidio assistito o, più in generale, le condizioni per l'accesso ai farmaci letali.

Il caso *Pretty c. Regno Unito*[2] era stato portato all'attenzione dei giudici di Strasburgo da una donna affetta da una malattia neurodegenerativa molto grave che l'avrebbe destinata ad una morte estremamente dolorosa. La signora Pretty desiderava porre fine ai suoi giorni e necessitava dell'aiuto del marito, il quale però avrebbe rischiato di essere sottoposto a procedimento penale per violazione del Suicide Act del 1961. La donna aveva pertanto richiesto alle autorità di assicurare preventivamente l'impunità al coniuge per l'aiuto che le avrebbe offerto. Lamentava innanzi alla Corte EDU che il rifiuto delle autorità di prestare tali assicurazioni costituisse una violazione degli artt. 2, 3, 8, 9 e 14 CEDU. La Corte non riconosceva la violazione dell'articolo 2, ritenendo che il diritto alla vita non potesse essere interpretato nel senso di garantire un diritto alla morte[3], né dell'art. 3 della Convenzione, negando che gli obblighi positivi che derivano da tale disposizione possano interpretarsi nel senso di imporre allo Stato di prevedere azioni volte a porre fine alla vita[4]. Quanto all'art. 8, la Corte riconosceva che l'ingerenza nel godimento del diritto alla vita privata della ricorrente fosse da considerarsi giustificata ai sensi del paragrafo 2 di tale disposizione, poiché il divieto di suicidio assistito mirava a garantire in particolare categorie di soggetti vulnerabili non in grado di prendere decisioni informate in materia di fine vita[5]. La Corte riteneva, inoltre, di escludere la violazione della libertà di pensiero, coscienza e religione, considerando che le istanze della sig.ra Pretty non potessero qualificarsi quali

---

irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili, in *Rivista AIC, 2/2016*, disponibile all'indirizzo: https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/ugo-adamo/il-diritto-convenzionale-in-relazione-al-fine-vita-eutanasia-suicidio-medicalmente-assistito-e-interruzione-di-trattamenti-sanitari-prodotti-di-una-ostinazione-irragionevole-un-analisi-giurisprudenziale-sulla-tutela-delle-persone-vulnerabili (ultimo accesso 9 novembre 2018); P. Merkouris, *Assisted Suicide in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: a matter of life and death*, in di S. Negri, *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care: Regulating Advance in International and Comparative Perspective*, Leiden, 2012, pp, 107-126. Si veda altresì C. Campiglio, *Decisioni di fine vita: la sentenza del tedesco nel contesto della prassi europea*, in *DUDI*, 2010, pp. 543-553.

[2] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza 29 aprile 2002. Sulla sentenza: B. BARBISAN, *Sentenza 29 aprile 2002; Pres. Pellonpää; Pretty c. Regno Unito*, in *Il Foro Italiano, 2003, 126*, pp. 57/58-71/72; *G.* FRANCOLINI, *Il dibattito sull'eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, 4, pp. 813-823; *C.* BYK, *Euthanasia and the Right to Life: the Pretty Case*, in AA.VV., *Euthanasia*, vol. 1, Council of Europe Publishing, 2003, p. 109 ss.. Per una più ampia riflessione anche su profili metagiuridici: S. ANTAL, *Paternalism and Euthanasia: The Case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2010, 10, pp. 19 ss.; S. B. CHETWYND, *Right to Life, Right to Die and Assisted Suicide*, in *Journal of Applied Philosophy, 2004, 21, pp. 173 ss.*.

[3] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 39.

[4] *Ibid.*, par. 55

[5] *Ibid.*, par. 74-78.

manifestazione di un credo o religione ai sensi dell'art. 9 CEDU[6]. Escludeva, infine, anche la sussistenza della violazione dell'art. 14 CEDU sollevata dalla ricorrente, la quale aveva argomentato che il divieto di suicidio assistito imponeva una limitazione al godimento del diritto alla vita privata in modo discriminatorio per le persone che, gravando in condizione di grave disabilità, non potessero togliersi la vita senza l'assistenza di qualcuno. Per la Corte, tuttavia, la previsione di una deroga che consenta l'accesso al suicidio assistito a chi non possa agire autonomamente "*would seriously undermine the protection of life which the 1961 Act was intended to safeguard and greatly increase the risk of abuse*"[7], dal momento che sarebbe, nella maggior parte delle ipotesi, difficile distinguere con precisione tra chi sia in grado e chi invece non sia nelle condizioni di potersi suicidare senza aiuto di terzi.

Nel caso *Koch c. Germania*[8], il ricorrente era il marito di una donna che, soffrendo di quadriplegia completa, aveva richiesto al competente Istituto federale nazionale (*Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte*) l'autorizzazione a procurarsi una dose letale di un farmaco che le avrebbe permesso di porre fine alla propria vita. Avendo ottenuto un diniego e avendo espletato senza successo le opportune vie di ricorso, la donna si recava in Svizzera dove accedeva al suicidio assistito. In seguito, il ricorrente aveva nuovamente adito le autorità nazionali lamentando l'illegittimità del diniego dell'Istituto federale, ma i suoi ricorsi (al Tribunale amministrativo, al Tribunale amministrativo di appello e alla Corte costituzionale federale) erano stati dichiarati inammissibili. Lamentava, dunque, di fronte alla Corte EDU che la mancata autorizzazione da parte del *Bundesinstitut* all'acquisto del farmaco letale ed il rifiuto, successivo al decesso della moglie, dei giudici nazionali di esaminare il merito della sua doglianza rappresentassero una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare. Nella sentenza la Corte stabiliva che il ricorrente era stato direttamente interessato dal rifiuto dell'Istituto federale, alla luce del suo stretto rapporto con la moglie, nonché del suo diretto coinvolgimento nell'espletamento della volontà della donna di porre fine ai suoi giorni[9]. In altri termini, la Corte riteneva che il sig. Koch dovesse intendersi quale vittima diretta della lamentata violazione[10]. Inoltre, la Corte, pur rinunciando ad occuparsi dei profili sostanziali della doglianza sollevata[11], ravvisava una violazione degli obblighi procedurali derivanti dall'art. 8 CEDU, per quanto riguarda il rifiuto dei giudici tedeschi di esaminare il merito della questione portata alla loro attenzione. Per la Corte, soprattutto nelle materie in cui lo Stato goda di un ampio margine

---

[6] *Ibid.*, par. 82

[7] *Ibid.*, 88.

[8] Corte EDU, *Koch c. Germania*, ricorso n. 497/09, sentenza 19 luglio 2012. Sulla sentenza: E. CRIVELLI, *Koch c. Germania: la Corte di Strasburgo afferma il diritto a vedere esaminato nel merito la richiesta di suicidio assistito del proprio coniuge*, in *Rivista AIC*, 2012, fasc. 4; C. PARODI, *Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva (Corte EDU, sez. V, sent. 19 luglio 2012, Koch c. Germania, ric. n. 497/09)*, in *DPC*, 19 febbraio 2013, disponibile all'indirizzo: https://www.penalecontemporaneo.it/d/2053-una-cauta-pronuncia-della-corte-europea-in-tema-di-eutanasia-attiva (ultimo accesso 9 novembre 2018); S. PELLEGRINO, *"Koch c. Germania": in tema di suicidio assistito*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 4, pp. 910-913.

[9] Corte EDU, *Koch c. Germania*, par. 50.

[10] Sulla nozione di vittima: A. SACCUCCI, *Articolo 34*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 636-641; W. SHABAS, *The European Convention of Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, pp. 737-745.

[11] Corte EDU, *Koch c. Germania*, par. 71.

di apprezzamento, è indispensabile ("*fundamental to the machinery of protection established by the Convention*"[12]) che le autorità nazionali forniscano un rimedio per le violazioni delle norme CEDU, rispetto a cui il controllo della Corte rimane soltanto di natura sussidiaria.
Ancora, in due casi contro la Svizzera, la Corte si è interrogata sulle condizioni di accesso al suicidio assistito, che, com'è noto, è consentito nell'ordinamento elvetico, in presenza di talune circostanze ben definite.
Nel caso *Haas c. Svizzera*[13], il ricorrente, affetto da un serio disturbo psichiatrico, sosteneva che, in virtù del diritto al rispetto della vita privata, lo Stato dovesse assicurare a ciascun individuo malato la possibilità di acquistare una dose letale di pentobarbital[14], anche in assenza di specifica prescrizione medica, per poter porre fine alla propria vita senza dolore e senza rischio di fallire nell'intento. La Corte, pur collocando senza esitazioni sotto l'art. 8 CEDU la pretesa del ricorrente[15], aveva escluso una violazione di tale disposizione ritenendo che l'obbligo di ottenere una prescrizione medica, rilasciata sulla base di una valutazione psichiatrica approfondita, perseguisse lo scopo legittimo di tutelare le persone da decisioni imprudenti e di prevenire abusi[16].
In *Gross c. Svizzera*, invece, la ricorrente era una donna anziana, non affetta da alcuna malattia invalidante, che lamentava di non aver potuto ottenere il permesso di ricevere una dose letale del menzionato farmaco e che ciò le avesse impedito di decidere con quali mezzi e quando interrompere la propria vita. Nel 2013 la Camera ravvisava una violazione dell'articolo 8 CEDU, pur distinguendo chiaramente la vicenda dal precedente caso *Haas*. Mentre, infatti, nel caso *Hass* la Corte aveva inteso valutare la richiesta del ricorrente per verificare se sussistesse l'obbligo positivo dello Stato di adottare le misure necessarie per consentire un suicidio dignitoso[17], in questo caso ha ritenuto che la questione sollevata riguardasse piuttosto l'onere di fornire linee guida sufficienti a definire se e in quali circostanze i medici fossero autorizzati a rilasciare una prescrizione medica ad una persona nelle condizioni della ricorrente[18]. Il caso è stato successivamente rinviato, su richiesta del governo svizzero, alla Grande Camera, che lo ha dichiarato inammissibile nel 2014, ritenendo che il comportamento della ricorrente costituisse un abuso del diritto di applicazione individuale ex art. 35.3 a) della Convenzione[19]. La donna, infatti, era già deceduta nel corso del procedimento innanzi alla Camera (avendo nel frattempo ottenuto

[12] *Ibid*., par. 69-70.
[13] Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, ricorso n. 31322/07, 20 gennaio 2011
[14] Trattasi di un anestetico che, ad alto dosaggio, procura una morte rapida ed indolore.
[15] Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, par. 51.
[16] *Ibid*., par. 56
[17] *Ibid*., par. 53
[18] Corte EDU, II sezione, *Gross c. Svizzera*, ricorso n. 67810/10, sentenza 14 maggio 2013, par. 66. Sulla sentenza: E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera: la corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 2013, 3, pp. 5; C. PARODI, *Una Corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in tema di suicidio assistito*, in *DPC*, 6 giugno 2013, disponibile all'indirizzo: https://www.penalecontemporaneo.it/d/2314-una-corte-divisa-su-una-materia-divisiva-una-pronuncia-di-strasburgo-in-tema-di-suicidio-assistito (ultimo accesso 9 novembre 2018); G. RAGONE, *"Gross c. Svizzera": un'ulteriore sentenza in tema di eutanasia della Corte di Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 3, pp. 663-666; E. VIGATO, *Il suicidio assistito in Svizzera. La Corte europea dei diritti dell'uomo "invita" a prendere posizione anche sull'eutanasia delle persone sane*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 3, pp. 960-962.
[19] Corte EDU, Grande Camera, *Gross c. Svizzera*, ricorso n. 67810/10, sentenza 30 settembre 2014, par. 27-37.

la necessaria prescrizione medica per assumere il pentobarbital), ma aveva preso precauzioni per far sì che le informazioni sulla sua morte non venissero divulgate al suo avvocato, e quindi alla Corte, al fine di impedire a quest'ultima di sospendere il procedimento nel suo caso. Per effetto della decisione della Grande Camera, quindi, la sentenza della Camera (che non è mai divenuta definitiva) ha perso qualunque effetto giuridico. Sembra in ogni caso opportuno farne riferimento in questa sede per compiere alcune riflessioni.

La Corte si è espressa anche in materia di sospensione di idratazione e alimentazione artificiale, con un'importante sentenza della Grande Camera nel caso *Lambert ed altri c. Francia*[20].

La questione le era già stata posta nel caso *Ada Rossi ed altri c. Italia*[21], in cui alcuni ricorrenti (sei cittadini, tutori di persone in stato vegetativo, e sette associazioni italiane) avevano lamentato una serie di violazioni[22] che ritenevano potessero derivare a loro danno dalla decisione della Corte di appello di Milano che, mettendo fine ad una lunga vicenda legale (e umana), aveva consentito l'interruzione dell'idratazione e alimentazione di Eluana Englaro. In continuità con una consolidata giurisprudenza, tuttavia, i giudici di Strasburgo avevano dichiarato irricevibile tale ricorso, ritenendo che i ricorrenti non potessero considerarsi "vittime" ai sensi dell'art. 34 CEDU. In particolare, essi non solo non erano vittime dirette (poiché la decisione della Corte di appello di Milano riguardava solo le parti costituite in giudizio e i fatti oggetto di questo), ma non rientravano neppure nella categoria di vittime potenziali, non avendo prodotto prove ragionevoli e convincenti circa la probabilità che dalle decisioni interne - adottate con specifico riferimento alla vicenda di Eluana Englaro - derivassero violazioni di propri diritti.

---

[20] Corte EDU, Grande Camera, *Lambert e altri c. Francia*, ricorso n. 46043/14, sentenza 5 giugno 2015. Sulla sentenza: B. BARBISAN, *The case of Vincent Lambert: who will be able to unravel the knot?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, pp. 10 ss.; C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso "Lambert" fra necessità e rischi*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 9, 2, pp. 489-501; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Pourquoi l'affaire Lambert n'en finit pas*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, pp. 5 ss.; G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, pp. 20 ss.; V. ZAMBRANO, *La questione del "fine vita" e il ruolo del giudice europeo: riflessioni a margine del caso Lambert c. Francia*, in *Federalismi FOCUS - Human rights*, n. 1, 2016.

[21] Corte EDU, *Ada Rossi e altri c. Italia*, ricorsi n. 55185/08 *et al*., decisione sull'irricevibilità 16 dicembre 2008. Sulla sentenza di Cassazione, tra gli altri, C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 3, pp. 545-575; sulla decisione della Corte EDU: R. SAPIENZA, *Il caso Englaro e la Convenzione europea dei diritti umani*, in *DUDI*, 2009, 2, pp. 345-355, L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*, in *DUDI*, 2009, 2, pp. 356-369; A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita : un punto di vista costituzionale sul caso "Englaro"*, in DUDI, 2009, 2, pp. 370-395; I. ANRÒ, *Il caso Englaro di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un confronto con la Corte di giustizia delle Comunità europee circa la legittimazione ad agire delle associazioni a difesa dei diritti dell'uomo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2009, disponibile all'indirizzo: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0002_anro.pdf (ultimo accesso 9 novembre 2018).

[22] In particolare, i ricorrenti invocavano gli art. 2 e 3 ritenendo che l'esecuzione della decisione della Corte di appello di Milano del 25 giugno 2008 (divenuta definitiva a seguito della sentenza di inammissibilità del ricorso del PM emessa dalla Corte di Cassazione l'11 novembre 2008) avrebbe rappresentato un pericoloso precedente giurisprudenziale, determinante un pericolo reale per le persone affette da gravi lezioni cerebrali, che sarebbero state lasciate prive di tutela, nella mani di terzi che avrebbero potuto decidere discrezionalmente della loro vita. Lamentavano, poi, una violazione dell'art. 6.1 CEDU con riferimento al procedimento nazionale avviato da Beppino Englaro.

In *Lambert ed altri c. Francia*, invece, la Corte si è espressa sulla compatibilità con la Convenzione del provvedimento del Consiglio di stato francese che confermava la decisione - assunta dal medico competente e convalidata, come previsto dalla normativa francese, da un panel di tre colleghi - di interrompere la nutrizione e idratazione artificiali del sig. Lambert, in stato vegetativo permanente a seguito di un grave incidente stradale. Il ricorso era stato presentato dai genitori e dai fratelli del sig. Lambert, che lamentavano, in particolare, la violazione dell'art. 2 CEDU. Dopo aver negato che i ricorrenti potessero agire in nome di Vincent Lambert[23], la Corte riconosceva agli stessi lo status di vittime indirette[24], ma escludeva la sussistenza della violazione lamentata. La maggioranza dei giudici, infatti, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento in materia di sospensione dell'alimentazione e idratazione artificiali, anche alla luce della varietà delle normative nazionali in materia, ribadiva che fosse in ogni caso riconoscibile un *consensus* tra gli ordinamenti europei "*as to the paramount importance of the patient's wishes in the decision-making process, however those wishes are expressed*"[25]. Riteneva poi che la legislazione francese costituisse un quadro giuridico sufficientemente chiaro per disciplinare con precisione le decisioni prese dai medici in situazioni come quelle del caso di specie e che il processo decisionale sulla situazione di Vincent Lambert fosse stato condotto in modo meticoloso; concludeva, quindi, che lo Stato avesse correttamente adempiuto agli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 CEDU[26].

La Corte, infine, si è anche occupata di un ulteriore caso in materia di fine vita, che però esula dalla presente trattazione, per le sue specificità. Si tratta della decisione sull'inammissibilità per manifesta infondatezza del ricorso presentato dai genitori di Charlie Gard contro la decisione del giudice inglese che aveva autorizzato la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale per il piccolo affetto da una gravissima patologia[27]. Similmente, anche il ricorso presentato dai genitori di Alfie Evans è stato rigettato dalla Corte[28].

3. Inquadramento delle questioni di fine vita alla luce dei diritti garantiti nella CEDU: tra indisponibilità della vita e autodeterminazione.

---

[23] Nonché che la moglie potesse rappresentare Vincent Lambert nella sua posizione di terza intervenuta: *Lambert c. Francia*, par. 112.

[24] *Ibid*., par. 115.

[25] *Ibid*., par. 147.

[26] *Ibid*., par. 181.

[27] Corte EDU, *Gard e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 39793/17, decisione sull'inammissibilità del 28 giugno 2017. Per un commento, sia consentito rinviare a L. POLI, *Infondatezza manifesta ... ma solo per alcuni: riflessioni a margine del caso "Charlie Gard"* in *DUDI*, 3, 2017, pp. 752-762. Sul caso si vedano anche: E. FALLETTI, *Il "best interest of the child" tra fine vita e sperimentazione medica*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 10, pp. 1354-1362; M. MARIOTTI, *L'interruzione dei trattamenti vitali per il minorenne: il caso Charlie Gard*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, pp. 1546-1551; F. PARUZZO, *Eutanasia diretta, desistenza terapeutica e "best interest of the patient" alla luce della giurisprudenza e della legislazione inglese. Il caso "Conway" e il caso "Charlie Gard"*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, 3, pp. 18 ss..

[28] Sul caso di Alfie, si veda gli interventi di J. HARRIS, S. AMATO, D. RODRIGUEZ, A. APRILE, C. BARBISAN, L. BATTAGLIA, F. D'AGOSTINO, L. D'AVACK, G. DONZELLI, C. FLAMIGNI, S. GARATTINI, A. IANNÌ, E. LAMARQUE, A. NICOLUSSI, L. PALAZZANI, B. PEZZINI, L. ROMANO, L. SAVARINO, L. SCARAFFIA, D. SERVETTI, G. ZUFFA, M. TORALDO DI FRANCIA, nel *Forum: Il caso di Alfie Evans*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2018, 2, pp. 5-76 ss.

Un primo ordine di considerazioni riguarda l'inquadramento delle questioni sollevate dai ricorrenti nell'ambito dei diritti garantiti dalla Convenzione. La Corte esclude che l'"ultimo diritto", ovvero il diritto di scegliere di morire dignitosamente, possa essere invocato sulla base degli art. 2 e 3, ma riconosce che le scelte di fine vita possano rientrare nell'autonomia personale coperta dal diritto di cui all'art. 8 CEDU.

3.1 Impossibilità di derivare dagli artt. 2 e 3 CEDU il diritto a morire con dignità.

Sin dal caso *Pretty c. Regno Unito*, la Corte è stata molto chiara nell'escludere che il diritto di scegliere di morire dignitosamente, possa essere ricondotto all'art. 2 CEDU, che tutela il diritto alla vita.

La posizione della Corte rispetto alla portata applicativa di tale norma è certamente sorretta da ragioni ermeneutiche. L'art. 2 CEDU, infatti, intende limitare il più possibile l'uso della forza letale da parte di agenti statali: ne sono una chiara conferma le eccezioni indicate al comma 2[29], che peraltro impone allo Stato, allorché utilizzi la forza letale per uno scopo legittimo, di mantenerla entro i limiti di ciò che è assolutamente necessario. Inoltre, l'interpretazione che è stata data all'art. 2 CEDU dalla Corte va certamente nella direzione di ampliare la portata degli obblighi di tutela rispetto ad azioni che attentino alla vita[30]. La scelta di non ricondurre alla citata disposizione la doglianza della ricorrente nel caso Pretty è dunque certamente in linea con questa tendenza giurisprudenziale.

Tuttavia, pare a chi scrive che gli argomenti della Corte non siano solo fondati su esigenze di natura strettamente ermeneutica. In più passaggi, essa dimostra infatti di intendere la disposizione dell'art. 2 CEDU quale norma a tutela della vita come valore in sé: in termini piuttosto espliciti la Corte dichiara che, nonostante l'essenza della CEDU sia il rispetto di "*human dignity and human freedom*" anche "*the principle of sanctity of life*" trova una protezione nel testo convenzionale[31]. Così, per i giudici di Strasburgo l'art. 2 CEDU non può essere interpretato nel senso di garantire un diritto "*diametrically opposite*" al diritto alla vita, ovvero il diritto di morire[32], né potrebbe nemmeno dirsi tutelare "*a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life*"[33].

---

[29] Ai sensi dal comma 2 della disposizione: "[l]a morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione". L'articolo contiene altresì, al primo comma, un'eccezione relativa alla possibilità di infliggere la pena capitale, che è ormai superata stante l'entrata in vigore dei Protocolli addizionali 6 e 13 che hanno definitivamente bandito la pena di morte, rispettivamente, in tempo di pace e in tempo di guerra.

[30] Rientrano dunque nel campo d'azione della disposizione non solo l'uccisione intenzionale, ma anche le situazioni in cui è permesso di usare la forza e che potrebbero risultare pur non intenzionalmente, nella privazione della vita: tra le altre, Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 18984/91, sentenza 27 settembre 1995, par. 148. Sull'art. 2 CEDU: F. BESTAGNO, *Articolo 2*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., pp. 36-63; W. SCHABAS, cit., pp. 117-163.

[31] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 65. Sul punto vedi: P. TIENSUU, *Whose Right to What Life? Assisted Suicide and the Right to Life as a Fundamental Right*, in *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 251-281.

[32] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 39.

[33] *Ibid*.

A sostegno di questa posizione, la Corte evidenzia la differenza tra l'art. 2 e l'art. 11 CEDU: quest'ultima disposizione, nel tutelare la libertà di associazione, garantisce anche il diritto di non essere obbligati ad appartenere ad un'associazione, poiché "*the notion of a freedom implies some measure of choice as to its exercise*"[34]. La questione è formulata in termini ancora più espliciti (seppur da una minoranza degli appartenenti al collegio giudicante) nella *separate opinion* nel caso *Lambert*, in cui l'art. 2 CEDU, al pari dell'art. 3, viene descritto come una "*one-way avenue*": in particolare, per i giudici dissenzienti, "*unlike Article 8, which protects an extremely wide panoply of human actions based on personal choices and going in various directions, Articles 2 and 3 of the Convention are clearly unidirectional in that they do not involve any negative aspect*"[35]. La Corte, dunque, ritiene che la norma dell'art. 2 CEDU contempli la vita come "oggetto di un diritto e non di una libertà fondamentale" e quindi non sia "volta a sancire la libertà né di scelta in merito alle modalità secondo le quali vivere (…) né della stessa scelta di non vivere"[36]. Insomma, la Corte sembra abbracciare, in termini piuttosto rigidi, il principio dell'indisponibilità della vita che trova riconoscimento più o meno esplicitamente in alcuni ordinamenti interni, incluso il nostro[37].

Sulla stessa scia si pone il ragionamento che la Corte compie in merito alla possibile applicazione dell'art. 3 CEDU. La sig.ra Pretty aveva sostenuto che la sofferenza, che sarebbe stata costretta a subire, in ragione della malattia, alla fine della sua vita, rappresentasse un trattamento degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU. Ella ricordava che l'art. 3 CEDU impone allo Stato non solo il dovere di astenersi dall'infliggere sofferenze qualificabili come trattamenti vietati, ma anche l'obbligo positivo di proteggere le persone da tali patimenti. Pur riconoscendo che dalla disposizione citata derivino obblighi positivi[38], la Corte ha sottolineato che in questo caso il *petitum* della ricorrente non riguardava la necessità che lo Stato contribuisse ad eliminare o mitigare la sofferenza (impedendo maltrattamenti da parte di organi o anche soggetti privati o fornendo cure migliori), ma piuttosto l'opportunità che esso consentisse azioni volte a porre fine alla vita[39].

Ancora una volta, è vero che l'operazione ermeneutica suggerita dalla ricorrente avrebbe richiesto uno sforzo creativo da parte della Corte. Infatti essa avrebbe dovuto riconoscere che rientri nella definizione di trattamento vietato ai sensi dell'art. 3 CEDU la 'sola' permanenza in una condizione di sofferenza che non è inflitta da alcuno, ma deriva da una grave malattia. E' importate ricordare che la Corte ha in effetti riconosciuto che il patimento subito da persone

---

[34] *Ibid*.

[35] Corte EDU, *Lambert e altri c. Francia*, Opinione parzialmente dissenziente dei giudici Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano e Griţco, par. 2.

[36] F. BESTAGNO, cit., p. 58.

[37] Se ne trova in particolare traccia nelle disposizioni di cui agli articoli 579 e 580 del codice penale che sanzionano chiunque cagioni la morte con l'altrui consenso, ovvero agevoli, moralmente o materialmente, una tale volontà).

[38] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 51: "*The obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken in conjunction with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman and degrading treatment or punishment, including such treatment administered by private individuals*".

[39] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 55.

gravemente malate possa rientrare nell'art. 3 CEDU, ma solo allorché esso sia o possa essere esacerbato da misure (per esempio condizioni di detenzione) che siano attribuibili alle autorità[40]. Tuttavia non è tanto questo aspetto interpretativo ad aver determinato le conclusioni della Corte nel caso di specie, quanto piuttosto la lettura dell'art. 3 CEDU in stretta connessione con l'art. 2 CEDU. Ribadendo che l'art. 2 CEDU "*is first and foremost a prohibition on the use of lethal force or other conduct which might lead to the death of a human being and does not confer any right on an individual to require a State to permit or facilitate his or her death*"[41], la Corte ha concluso che non si possa interpretare l'art. 3 CEDU nel senso di imporre allo Stato l'obbligo di prevedere azioni volte a porre fine alla vita[42]. Anche in questo passaggio la Corte conferma che l'art. 2 CEDU tutela la vita di per sé, rinunciando di fatto a riflettere sulla dimensione del diritto a vivere con dignità e non cogliendo che il rischio che una simile impostazione trasformi il diritto di vivere ... in un dovere di (soprav)vivere.

3.2 Il diritto ad autodeterminarsi sul fine vita come aspetto del diritto alla vita privata e il margine di apprezzamento degli Stati.

Pur escludendo che l'art. 2 CEDU possa essere rilevante allorché si discuta della "qualità" della vita, la Corte ammette pacificamente che simili questioni possano trovare una collocazione corretta sotto altri diritti "*to the extent that these aspects are recognised as so fundamental to the human condition that they require protection from State interference*"[43]. Dunque, per i giudici di Strasburgo, le questioni di fine vita possono più correttamente essere inquadrate sotto l'art. 8 CEDU che garantisce l'individuo nel godimento di diritti legati all'autonomia personale da interferenze statali, che non siano previste per legge, perseguano uno scopo legittimo e siano necessarie in una società democratica[44].

La portata delle sfere dell'autonomia coperte dalla disposizione citata va ricostruita alla luce dei criteri ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, e, in particolare, dei principi della nozione autonoma e dell'interpretazione del testo convenzionale quale *living instrument*. Non solo, infatti, la definizione di vita privata (come quella di vita familiare, domicilio e corrispondenza) prescinde dalle definizioni proprie dei singoli ordinamenti[45], ma essa dipende ampiamente da un'interpretazione che tenga conto delle condizioni attuali[46] e dell'evoluzione delle norme di diritto nazionale e internazionale nelle materie di cui la Corte è chiamata ad

---

[40] Si veda, per esempio, Corte EDU, *D. c. Regno Unito*, ricorso n. 30240/96, sentenza 2 maggio 1997, par. 50-53: il caso riguardava il trasferimento di un detenuto affetto da HIV in una struttura di detenzione a St. Kitts, dove non avrebbe avuto accesso alle cure opportune in una fase piuttosto avanzata della sua malattia.
[41] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 54.
[42] *Ibid.*, par. 55.
[43] *Ibid.*, par. 39.
[44] Sulla clausola di limitazione, C. PITEA, *Articolo 8*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit., pp. 303-311; W. SCHABAS, cit., pp. 401-406.
[45] Sull'interpretazione della Convenzione: F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruxelles, 1998. Sulla nozione autonoma: E. KASTANAS, *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour europeéenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2004 pp. 279–305.
[46] Tra le altre, Corte EDU, *S.H. c. Austria*, ricorso n. 57813/00, sentenza 1 aprile 2010, par. 64.

occuparsi, al fine di rendere effettiva e non meramente teorica ed illusoria la protezione dei diritti. È certamente un'interpretazione evolutiva che ha determinato il progressivo ampliamento della portata della previsione dell'art. 8 CEDU, in linea con una graduale ma sempre più ampia affermazione del diritto di vivere nel modo più corrispondente alle proprie inclinazioni.
Poiché la libertà di scegliere come e quando porre fine alla propria vita rientra nell'art. 8 CEDU, ogni ingerenza nel suo esercizio da parte dello Stato, ai sensi del comma 2, non solo dovrà essere prevista per legge e perseguire uno scopo legittimo tra quelli indicati nella norma[47], ma dovrà altresì essere "necessaria in una società democratica". L'interferenza dovrà cioè essere sorretta da motivi pertinenti e sufficienti ed essere proporzionale alla finalità perseguita, ovvero garantire un corretto equilibrio tra l'interesse del singolo e l'interesse generale, in un contesto - "la società democratica" - caratterizzato da pluralismo, tolleranza e spirito di apertura[48]. Nel valutare la giustificazione dell'ingerenza statale nel godimento di un diritto, poi, la Corte muove sempre dal riconoscere un margine di apprezzamento agli Stati, ovvero uno spazio di discrezionalità nel dare attuazione ai diritti previsti dalla Convenzione europea negli ordinamenti interni. Questo spazio ha confini mobili poiché la sua ampiezza varia a seconda del livello di omogeneità degli ordinamenti europei in una determinata materia, della natura particolarmente controversa dal punto di vista etico della questione sottoposta e dell'aspetto specifico del diritto che si lamenta violato. In particolare, il margine di apprezzamento è "inversamente proporzionale" al *consensus* europeo[49], è particolarmente ampio ogni qual volta la questione verta su un tema controverso dal punto di vista etico[50], ma risulta ristretto se il caso portato all'attenzione della Corte tocchi un aspetto essenziale del diritto garantito (con riferimento all'art. 8 CEDU, allorché sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo)[51].
Nei casi relativi a questioni di fine vita portati alla sua attenzione, la Corte EDU ha rilevato l'assenza di consenso tra i vari ordinamenti. Si tratta di un dato innegabile: è vero che in materia di fine vita esiste in Europa una sensibile differenza di vedute: vi sono Stati, come il nostro, in cui si è arrivati ad una regolamentazione sul testamento biologico solo di recente[52], altri in cui si

[47] Nello specifico: tutela della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza, del benessere economico del paese, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui.
[48] C. PITEA, cit., p. 307 e giurisprudenza ivi citata.
[49] Quando vi sia scarso consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa (sulla centralità dell'interesse individuale da tutelare oppure sui mezzi più adatti a garantirlo) il margine di apprezzamento sarà ampio. Allorché invece sia possibile individuare una tendenziale consonanza di vedute, una sorta di "denominatore comune" nelle legislazioni interne, la Corte riconosce un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali.
[50] In questi casi la Corte considera che siano le autorità nazionali nella posizione migliore a rispondere in modo opportuno ai bisogni della società di cui sono espressione. La Corte adotta dunque un atteggiamento di *self-restraint*, dichiaratamente rispettoso delle profonde implicazioni sociali e culturali di questioni molto controverse.
[51] Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, sentenza 24 febbraio 1983; *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, sentenza 26 luglio 2014, par. 77-81; Grande Camera, *A.B.C. c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza 16 dicembre 2010, par. 229-238.
[52] Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, GU Serie Generale n. 12 del 16-01-2018.

pratica il suicidio assistito da diversi anni[53], altri ancora in cui è possibile l'eutanasia sui minori[54], seppur in condizioni molto ben circostanziate.
Se dunque, sotto questo punto di vista, la Corte avrebbe ragione a riconoscere un margine di apprezzamento ampio, è anche vero che la definizione dello spazio di discrezionalità a disposizione degli Stati non può essere fatta prescindendo da un'analisi della centralità della questione del fine vita rispetto al diritto considerato. Si tratta di un approccio che la Corte ha in effetti adottato in altri casi. In *Mennesson c. Francia* e in *Labasee c. Francia*, per esempio, pur riconoscendo la natura controversa della gestazione per altri e l'assenza di consenso tra i paesi membri sulla legittimità di tale pratica, la Corte ha ritenuto che il margine di apprezzamento degli Stati (con riferimento alla possibilità di riconoscere il legame di filiazione tra i genitori d'intenzione e il bambino nato all'estero attraverso *surrogacy*) fosse necessariamente ristretto, poiché il legame di parentela rappresenta un aspetto fondamentale dell'identità (e dunque della vita privata) degli individui[55].
In *Pretty*, invece, la Corte - pur ricordando che il margine debba essere ristretto quando si considerino aspetti molto intimi della vita privata degli individui - ha esplicitamente escluso che tali ragioni stringenti potessero applicarsi al caso di specie[56]. È questo il profilo della giurisprudenza citata che appare più discutibile: la Corte manca di riconoscere la centralità nel diritto alla vita privata della percezione individuale di salute, di benessere e di qualità della vita. Riconoscendo a favore degli Stati un ampio margine di apprezzamento, la Corte finisce per dare precedenza alle percezioni e ai sentimenti etici della maggioranza all'interno degli ordinamenti, in una materia in cui, invece, il pluralismo morale dovrebbe trovare opportune garanzie, alla luce del concetto di società democratica fatto proprio dalla Corte stessa[57].

3.3 Le ragioni dell'interferenza (tra rischio di abusi e tutela dei soggetti vulnerabili) e il divieto di discriminazione.

Una volta definito il margine di apprezzamento, la Corte considera nel dettaglio le ragioni formulate dai governi convenuti a sostegno delle ingerenze. Infatti, anche allorché gli Stati godano di ampia discrezionalità su come assicurare i diritti individuali e garantire il corretto equilibrio tra interessi del singolo e interessi generali, la Corte è chiamata ad operare un controllo e verificare la proporzionalità delle misure adottate.
In *Pretty* la Corte ritiene che il divieto di suicidio assistito formulato nella normativa interna risponda alla necessità di salvaguardare in particolare "*the weak and vulnerable and especially those who are not in a condition to take informed decisions against acts intended to end life or to assist in ending life*"[58]. Pur ammettendo che la condizione dei singoli interessati possa variare anche molto significativamente caso per caso, essa ritiene che molti malati terminali siano da considerarsi vulnerabili e che "*the vulnerability of the class (...) provides the rationale for the law*

[53] Svizzera, Olanda, Belgio e Lussemburgo.
[54] Belgio e Olanda.
[55] Corte EDU *Mennesson c. Francia*, par. 79-80; *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenza 26 luglio 2014, par. 58-59.
[56] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 71.
[57] *Mutatis mutandis*, L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e "treaty bodies" a confronto*, in *DUDI*, 2017, 1, pp. 189-212.
[58] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 74.

in question"[59]. A guidare il ragionamento della Corte è la percezione che sussista, nell'ipotesi di una maggiore apertura a forme di aiuto al suicidio per malati terminali, un serio rischio di abusi: "*[i]t is primarily for States to assess the risk and the likely incidence of abuse if the general prohibition on assisted suicides were relaxed or if exceptions were to be created. Clear risks of abuse do exist, notwithstanding arguments as to the possibility of safeguards and protective procedures*"[60].

Tuttavia, ammettendo che le (legittime) preoccupazioni di tutela di una specifica categoria di soggetti "*in need of special protection*" giustifichino il divieto *tout court* di aiuto al suicidio, la Corte omette di considerare due punti che emergevano dell'argomentazione formulata dalla ricorrente e che avrebbero meritato una più attenta analisi.

Innanzitutto, nel caso di specie, la donna aveva ritenuto non solo erronea, ma addirittura "offensiva" la posizione assunta dal governo secondo cui tutti i malati terminali o le persone gravemente disabili che aspirassero al suicidio fossero per definizione vulnerabili[61]. E, in effetti, nel ritenere che la "*vulnerability of the class*" giustifichi una totale proibizione dell'aiuto al suicidio, la Corte finisce per omologare la condizione di fragilità in cui certamente versano le persone nelle condizioni della ricorrente, di fatto "*reifying one experience as paradigmatic, at the expense of other experiences*"[62].

Inoltre - lamentando una violazione dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU - la ricorrente aveva sostenuto che il divieto di aiuto al suicidio avesse effetti discriminatori nei confronti dei soggetti che, in ragione delle proprie condizioni fisiche, non fossero in grado di togliersi la vita da soli, esercitando una facoltà che l'ordinamento inglese consentiva, non sanzionando più il suicidio in sé[63]. Come si è ricordato, la Corte riteneva però legittima la scelta del governo convenuto, considerando la difficoltà di distinguere in concreto chi sia in grado e chi invece non sia nelle condizioni di potersi suicidare senza aiuto di terzi. Ancora una volta, la Corte ha di fatto rinunciato a riflettere sulla necessità, in una materia così delicata e complessa, di considerare il dettaglio del singolo caso e ha sposato la soluzione più agevole, quella di riconoscere legittima una sorta di "imposizione" di garanzie, anche allorché queste finiscano per produrre violazioni gravi, tanto quelle che si intendono prevenire. È infatti più che mai opportuno che le legislazioni interne in materia di fine vita tengano conto della condizione di grande fragilità in cui versano i malati terminali (e, più in generale, le persone gravemente inferme o disabili) e del rischio - certamente reale e concreto - di possibili abusi. Ma è ben possibile, come la Corte stessa implicitamente ammette nel caso *Haas*[64], che questi obiettivi siano raggiunti con una normativa sul suicidio assistito che ponga chiari requisiti, anche di natura procedurale.

---

[59] *Ibid*.
[60] *Ibid*.
[61] *Ibid*., par. 46.
[62] L. PERONI, A. TIMMER, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013, p. 1071: si tratterebbe, per le Autrici, di un rischio insito nel ricorso alla categoria dei vulnerabili.
[63] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 85.
[64] Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, par. 56-57.

4. Aperture: verso un più ampio riconoscimento del diritto ad autodeterminarsi su questioni di fine vita.

Nonostante le contraddizioni in cui la Corte sembra essere talvolta caduta, vi sono importanti elementi nelle decisioni citate che consentono di immaginare una possibile evoluzione giurisprudenziale nel senso di un più chiaro accoglimento del diritto di scegliere di morire con dignità.

4.1 L'esistenza di una base normativa nella Convenzione e la posizione dei prossimi congiunti.

Innanzitutto, se è vero che la Corte abbraccia una ricostruzione dell'art. 2 CEDU ispirata al principio dell'indisponibilità della vita, è anche vero che essa non porta a compimento questo ragionamento. Così, anche se il diritto alla vita non può essere letto come diritto alla morte, gli ordinamenti che consentono il suicidio assistito non sono *ipso facto* in violazione dell'art. 2 CEDU[65]. Inoltre, il diritto ad autodeterminarsi su questioni di fine vita è pacificamente considerato un aspetto della vita privata tutelata dall'art. 8 CEDU. Questo significa che esiste una norma che tutela il diritto di scegliere di morire con dignità e che ogni limitazione da parte degli Stati deve rispettare regole precise.

Tale posizione è un traguardo che la Corte ha raggiunto superando esitazioni iniziali.

In *Pretty c. Regno Unito*, in effetti, il passaggio era formulato con estrema cautela: "*[t]he applicant in this case is prevented by law from exercising her choice to avoid what she considers will be an undignified and distressing end to her life. The Court is not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8 of the Convention*"[66]. Già in questa sentenza è comunque possibile ravvisare una maggiore apertura rispetto al caso *R. c. Regno Unito*, deciso dalla Commissione negli anni '80. La Commissione aveva dichiarato la manifesta infondatezza del ricorso di un membro dell'associazione Exit, escludendo che la sua condanna a 18 anni di reclusione per "*aiding and abetting suicide*"[67] rappresentasse un'interferenza al diritto alla vita privata tutelato dall'art. 8 CEDU. Tuttavia, sebbene le azioni del ricorrente, all'origine della condanna, non potessero essere intese "*as talling into the sphere of his private life*", la Commissione ammetteva che tali condotte "*might be thought to touch directly on the private lives of those who sought to commit suicide*"[68].

A partire dalla sentenza nel caso *Haas c. Svizzera*, la Corte ha superato ogni perplessità: il diritto di ciascun individuo di decidere con quali mezzi e quando porre termine alla propria vita è un aspetto del diritto alla vita privata, condizionato soltanto alla capacità dell'interessato "*of freely reaching a decision on this question and acting in consequence*"[69].

Per qualcuno questa decisione rappresenta il momento in cui la Corte riconosce non solo la libertà di scegliere della propria morte, ma un vero e proprio diritto al suicidio in condizioni sicure,

[65] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 41.
[66] *Ibid*., par. 67.
[67] Il ricorrente aveva messo in contatto alcuni individui, tramite l'associazione Exit, con una persona che le aveva aiutate a morire e che era imputata nello stesso procedimento.
[68] Commissione EDU, *R. c. Regno Unito*, ricorso n. 10083/82, decisione sull'inammissibilità 4 luglio 1983, par. 13.
[69] Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, par. 51 e *Koch c. Germania*, par. 52.

dignitose e senza dolore[70]. In effetti, le differenze tra le vicende all'origine dei casi *Pretty* ed *Hass* sono molto significative e non sono sfuggite ai giudici di Strasburgo[71], ma soprattutto la Corte in *Hass* si è interrogata sulla questione del fine vita sotto la prospettiva dell'esistenza di un obbligo positivo in capo allo Stato "*to take the necessary measures to permit a dignified suicide*'[72]. Pur non riconoscendo l'esistenza di una simile obbligazione a chiare lettere, occorre notare che la Corte non l'ha nemmeno esclusa[73].

In *Koch c. Germania*, infine, come si è ricordato, la Corte ha riconosciuto che lo Stato tedesco avesse violato il diritto del ricorrente alla vita privata perché i giudici non avevano esaminato nel merito la doglianza relativa alla mancata autorizzazione all'acquisto del farmaco letale che avrebbe consentito una fine dignitosa alla sua consorte. Sebbene la sentenza insista solo su profili procedurali - e non arrivi a riconoscere l'obbligo dello Stato tedesco di consentire l'acquisto del farmaco nelle ipotesi come quella di specie - occorre ricordare che gli obblighi di natura procedurale non sono mai indipendenti, ma derivano da (e quindi presuppongono un) diritto sostanziale[74]. La loro stessa sussistenza si giustifica nella necessità, che la Corte più volte ha ribadito, che i diritti (materiali) garantiti dalla CEDU non rimangano "*theoretical or illusory*", ma siano piuttosto "*practical and effective*"[75]. È pur vero che la Corte precisa in questo caso che dall'art. 8 CEDU possa derivare "*a right to judicial review even in a case in which the substantive right in question had yet to be established*"[76], ma sembra possibile, alla luce della decisione nel suo complesso, intendere che sia in via di definizione solo l'estensione (e non l'esistenza) del diritto di decidere quando e come porre fine alla propria vita.

La sentenza *Koch* è rilevante anche perché la Corte ha riconosciuto che il ricorrente avesse subito personalmente gli effetti pregiudizievoli del rifiuto da parte dell'Istituto federale di autorizzare il farmaco (oltre che del mancato esame nel merito delle sue doglianze, presentate ai giudici nazionali dopo il decesso della donna). Egli sottolineava che le autorità nazionali non avevano riconosciuto il suo interesse personale ad ottenere una decisione sulla richiesta avanzata dalla moglie e che tale interesse derivasse dal desiderio che la scelta della donna fosse rispettata[77]. La Corte dimostra di aver colto molto bene il punto, distinguendo questo caso dall'ipotesi in cui un ricorso venga portato avanti da un erede o parente di una persona deceduta, esclusivamente per

---

[70] G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *The right to assisted suicide in the case law of the European Courtof Human Rights*, in *International Journal of Human Rights*, 2014, p. 739; J.-P. MARGUÉNAUD, *Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore*', in *RTDCiv*, 2011, p. 311.

[71] "*Unlike the Pretty case, (...) the applicant alleges not only that his life is difficult and painful, but also that, if he does not obtain the substance in question, the act of suicide itself would be stripped of dignity. In addition, and again in contrast to the Pretty case, the applicant cannot in fact be considered infirm, in that he is not at the terminal stage of an incurable degenerative disease which would prevent him from taking his own life*": Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, par. 52.

[72] *Ibid*., par. 53.

[73] Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, par. 61: "*Having regard to the foregoing and to the margin of appreciation enjoyed by the national authorities in such a case, the Court considers that, even assuming that the States have a positive obligation to adopt measures to facilitate the act of suicide with dignity, (...)*".

[74] G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, cit., p. 744.

[75] Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, sentenza 9 ottobre 1979, par. 24; *Tysiac c. Polonia*, ricorso n. 5410/03, sentenza 20 marzo 2007, par. 113.

[76] Corte EDU, *Koch c. Germania*, par. 53.

[77] *Ibid*., par. 35.

conto del defunto[78]. In particolare, i giudici dimostravano di accettare l'argomento avanzato dal Sig. Koch, secondo il quale la sofferenza della moglie e le circostanze della sua morte lo avevano riguardato "*in his capacity as a compassionate husband and carer*"[79].
Alcuni commentatori hanno criticato la posizione assunta dalla Corte, ritenendo che essa non abbia sufficientemente chiarito in che modo i diritti personali del sig. Koch fossero stati lesi dalla decisione dell'Istituto federale che aveva negato l'autorizzazione all'acquisto del farmaco letale: "*[t]hat his feelings (his affections) were affected is undeniable; however, that the applicant's rights were involved is more doubtful, except considering that under Article 8 he had a right to the death of his wife or relating to the conditions of her death*"[80]. Tuttavia, molto correttamente - a parere di chi scrive - la Corte ha ritenuto che, considerando il rapporto stretto tra coniugi e il coinvolgimento del ricorrente nella realizzazione del desiderio della moglie, il sig. Koch era stato direttamente toccato da tale diniego. Non si tratta dunque di identificare un (ovviamente inesistente) diritto alla morte altrui, ma piuttosto di intendere correttamente che, quando le scelte di fine vita maturano in un ambiente famigliare amorevole, esse riguardano non solo il diretto interessato, ma chiunque partecipi alla sua scelta e sia destinato a viverne le conseguenze.

4.2 Il consenso come scelta morale.

Nell'esaminare la questione sollevata in *Pretty* sotto il profilo dell'art. 8 CEDU, la Corte dimostra di essere del tutto consapevole della problematica che si pone all'origine di molte richieste di fine vita: "*[i]n an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people are concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflict with strongly held ideas of self and personal identity*"[81]. È, dunque, innanzitutto il progresso medico scientifico ad aver determinato un cambiamento di prospettiva, perché rende possibile la sopravvivenza di molti individui, in circostanze che in epoca passata ne avrebbero determinato il decesso.
Tuttavia c'è un'altra dimensione che la Corte sembra cogliere tra le righe, ovvero che la percezione del sé e dell'identità personale sono un aspetto determinante del consenso. In questa prospettiva, occorre ricordare che il consenso è sempre fondato su una scelta di natura morale, non essendo solo legato all'integrità fisica, ma "*closely and expressly related to the respect for personal dignity*"[82]. In altre parole, l'autodeterminazione individuale è - e deve essere - "inclusiva dei profili non solo fisici ma complessivamente esistenziali e ontologici della persona in tutte le fasi della (…) vita"[83].

---

[78] Corte EDU, *Sanles Sanles c. Spagna*, ricorso n. 48335/99, decisione sull'inammissibilità 26 ottobre 2000.
[79] Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, par. 43.
[80] G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, cit., p. 741.
[81] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 65.
[82] C. CASONATO, *Informed consent and end-of-life decisions: Notes of comparative law*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2011, p. 230.
[83] C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso* Lambert *fra necessità e rischi*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2015, p. 498: l'Autore sottolinea l'opportunità di spostare l'attenzione "[d]al consenso all'intervento medico sul proprio corpo, (…) al rispetto ed alla promozione delle scelte sulla propria esistenza, che, in fasi particolari e delicate come quelle del fine vita, si saldano strettamente con la propria struttura morale. Tale cambio di prospettiva proietta il rispetto delle scelte individuali oltre i confini della messa a disposizione del proprio corpo per una terapia, spingendosi fino alla decisione sulle forme, sui tempi e sui modi del compimento della propria esistenza".

Sulla base di tale impostazione, la Corte ha ammesso che vivere secondo le proprie inclinazioni personali includa la possibilità di svolgere attività che siano "*of a physically or morally harmful or dangerous nature*"[84] per l'individuo interessato e che sia estremamente controverso (non solo dal punto di vista giuridico, ma pure da quello morale) determinare se e fino a che punto lo Stato possa usare i propri poteri coercitivi ed il diritto penale per proteggere le persone dalle conseguenze dello stile di vita prescelto. Pertanto, anche nel caso in cui il comportamento in questione costituisca un pericolo per la salute o finanche la vita dell'interessato, qualunque imposizione o limitazione posta da parte dello Stato deve essere giustificata ai sensi del secondo comma dell'art. 8 CEDU.[85]

4.3 Una (opportuna) lettura congiunta degli artt. 2 e 8 CEDU.

Dal punto di vista ermeneutico, infine, la Corte arriva in *Lambert c. Francia* a proporre una lettura del diritto alla vita che tenga in considerazione il diritto all'autodeterminazione. Ed è proprio questa lettura combinata che sembra suggerire la via per un approccio più corretto alle questioni di fine vita.

In *Haas*, per decidere se la normativa svizzera fosse compatibile con il rispetto della vita privata del ricorrente tutelata dall'art. 8 CEDU, la Corte aveva ritenuto necessario considerare anche che l'art. 2 CEDU impone alle autorità nazionali "*a duty to protect vulnerable persons, even against actions by which they endanger their own lives*"[86] e, dunque, richiede allo Stato di impedire a ciascun individuo di rinunciare alla propria vita se tale decisione non sia stata presa liberamente e "*with full understanding of what is involved*"[87]. Pertanto, aveva concluso che lo stesso art. 2 CEDU imponesse agli Stati di stabilire procedure in grado di assicurare che ogni decisione di fine vita, pur rientrando nella garanzia offerta dall'art. 8 CEDU, corrisponda alla volontà genuina dell'interessato[88].

In *Lambert*, la Corte afferma che non sia possibile valutare la potenziale violazione dell'art. 2 CEDU, determinata dalla sospensione di trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale, senza considerare il significato e la portata del diritto di cui all'art. 8 CEDU e la nozione di autonomia personale che esso comprende, la quale impone di considerare e dare seguito alle volontà dell'interessato[89]. Ed è in effetti sulle intenzioni del paziente che la Corte pone correttamente l'accento, evidenziando come "*it is the patient who is the principal party in the decision-making process and whose consent must remain at its centre; this is true even where the patient is unable to express his or her wishes*"[90].

5. Considerazioni conclusive.

In una Raccomandazione del 1999, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa statuiva a chiare lettere che il desiderio del morente o del malato terminale "*cannot of itself constitute a*

[84] Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, par. 62.
[85] *Ibid*.
[86] Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, par. 54.
[87] *Ibid*.
[88] *Ibid*., par. 58.
[89] Corte EDU, *Lambert e altri c. Francia*, par. 142.
[90] *Ibid*., par. 179.

legal justification to carry out actions intended to bring about death"[91]. Si tratta di una posizione che si può forse considerare datata e che comunque è contenuta in uno strumento non vincolante per gli Stati. Tuttavia essa, in un certo senso, certifica sul piano internazionale una certa resistenza nel predisporre norme che aprano all'autodeterminazione nelle scelte di fine vita: la possibilità di ampliare la tutela del diritto fondamentale ad una morte dignitosa rimane, almeno nell'ambito del Consiglio d'Europa, in capo alla Corte di Strasburgo. Si tratta, peraltro, di un atteggiamento che è facilmente riconoscibile anche nel nostro ordinamento, in cui è stato il formante giurisprudenziale a scandire i passaggi principali che hanno portato all'adozione di una normativa in materia di sospensione delle cure (inclusi i trattamenti di sostegno vitale) e disposizioni anticipate di trattamento.

La giurisprudenza della Corte EDU non è priva di incongruenze, ma diversi solo gli spunti che inducono a ritenere che l'ultimo diritto di ogni uomo ed ogni donna possa trovare una collocazione sul piano della tutela dei diritti fondamentali, perché ogni scelta di fine vita sia rappresentata nel diritto, per usare le parole di Jacques Pohier, non come una scelta fra la vita e la morte, né - tantomeno - una scelta della morte contro la vita, ma piuttosto come una scelta fra due diversi modi di morire[92].

[91] Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione n. 1418 (1999), *Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying*, 25 giugno 1999, par. 9.3.

[92] J. POHIER, *La morte opportuna. I diritti dei viventi sulla fine della loro vita*, Avverbi, 2004, p. 118.

La *prosecution* del *mercy killing* e del suicidio assistito nel sistema inglese: una questione di *public interest*?

di ***Marcello Stellin*** *(Dottore di Ricerca in Diritto dell'Unione Europea e Ordinamenti Nazionali presso l'Università di Ferrara - Avvocato in Treviso).*

Nell'ordinamento d'oltremanica il tema del fine vita risulta oggetto d'una disciplina assai frastagliata. A fronte d'un diritto del paziente di rinunciare alle terapie, anche salvavita, si pone un astratto «blanket ban» nei riguardi dell'eutanasia attiva e dell'aiuto al suicidio: una preclusione siffatta è imperniata sulle fattispecie di murder, manslaughter e complicity in another's suicide. Nel solco di questi baluardi s'incunea il principio d'opportunità dell'azione penale, che richiede la sussistenza d'un public interest ai fini della repressione di qualsivoglia fattispecie concreta: a ciò consegue il rischio d'una scarsa prevedibilità circa le determinazioni dell'accusa; tale difetto è stato solo in parte emendato dalla pubblicazione di apposite linee guida, volte ad implementare i criteri stabiliti, in via generale, dal Code for Crown Prosecutors. Il presente lavoro mira a sondare le predette tematiche attraverso le lenti del processualpenalista.

The Cross-Channel legal system deals with the issues concerning the end-of-life decision in a very complex way. On the one hand, everyone has the right to refuse a therapeutic treatment, even if it is life-saving; on the other hand, the law imposes a blanket ban on assisted suicide and voluntary euthanasia: this prohibition is based on the rules concerning the offences of murder, manslaughter and complicity in another's suicide. However, according to the English legal system, the prosecution of crimes is inspired by the expediency principle: the consequence is a lack of foreseeability of the public prosecutor's decisions whether to prosecute. In order to amend this deficiency, the Director of Public Prosecution was forced to issue specific guidelines concerning assisted suicide which partly implemented the general rules established by the Code for Crown Prosecutors. This essay aims to analyze the aforementioned topic from the point of view of a criminal procedure academic.

Sommario: **1.** Il fine vita nel sistema inglese: tra diritto e delitto - **2.** L'azione penale nel Regno Unito: tra discrezionalità ed opportunità. - **3.** Il dialogo tra le Corti in materia di suicidio assistito. - **4.** La *Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*. - **5.** Postumi tentativi d'evoluzione.

1. Il fine vita nel sistema inglese: tra diritto e delitto

Nell'ordinamento d'oltremanica, la tematica del fine vita sottende una fenomenologia assai variegata e densa d'implicazioni. Allo scopo di analizzare la relativa disciplina, occorre, innanzitutto, muovere dalla *summa divisio* tra l'eutanasia passiva e quella attiva: nella prima

ipotesi - ravvisabile anche laddove s'interrompa un trattamento terapeutico - l'*exitus* viene determinato dalla patologia, *id est* a seguito d'un decorso causale «instauratosi naturalmente ed autonomamente»[1]; nel secondo caso, viceversa, il decesso interviene in forza d'un fattore eziologico sopravvenuto[2].

Sotto il primo profilo, il diritto inglese riconosce in capo a qualunque soggetto adulto, *compos sui*, il diritto di rifiutare una terapia salva-vita (e di ottenere l'interruzione della stessa): il rispetto della libertà d'autodeterminazione impone, infatti, d'assecondare la scelta del paziente anche se irragionevole; qualora, invece, l'interessato non sia in grado d'esprimere il proprio volere (e non l'abbia manifestato anticipatamente)[3], occorrerà accertare se la somministrazione del trattamento sia conforme al *best interest* dell'individuo[4]. In caso negativo, purché non vi sia disaccordo in

---

[1] Così, S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari - G. Ferrando - C. M. Mazzoni - S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, 1822; F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. pen.*, 1990, il quale riconduce al fenomeno dell'eutanasia attiva, seppur marginalmente, anche l'aiuto al suicidio; M. GUGLIELMI, *Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. merito*, 1999, 920 e ss.; critico su tale classificazione è M. RONCO, *Eutanasia*, in *Dig. pen.*, Agg., I, 2010.

[2] Il criterio fondato sul nesso di causalità appare maggiormente esaustivo rispetto a quello riferito alla natura della condotta, che verrebbe a consistere, rispettivamente, in un *non facere* od in un *facere*: tale paradigma entra in crisi qualora il malato venga tenuto in vita artificialmente e l'interruzione del trattamento implichi il distacco da un macchinario: cfr. F. GILDA, *Testamento biologico*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, 2014, 1003 e ss.

[3] Cfr. le ss. 24, 25, 26 del *Mental Capacity Act* (2005), concernenti le c.d. *Advance decisions to refuse treatment*, ovvero la s. 9 che riguarda la possibilità di conferire *a lasting power of attorney*: tale «*is a power of attorney under which the donor ("P") confers on the donee (or donees) authority to make decisions about* [...] (*a)P's personal welfare or specified matters concerning P's personal welfare* [...] *and which includes authority to make such decisions in circumstances where P no longer has capacity*». Per i dettagli si veda, altresì, il *Mental Capacity Act Code of Practice* (*www.cps.gov.uk*).

[4] Così si è espressa la *House of Lords* nel caso di un giovane paziente in stato vegetativo permanente, senza prospettive di miglioramento, sottoposto a nutrimento ed idratazioni artificiali: *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] A.C. 789. «*Since the possibility that he might recover still existed his best interests required that he should be supported in the hope that this would happen. These best interests justified the application of the necessary regime without his consent. (iv) All hope of recovery has now been abandoned. Thus, although the termination of his life is not in the best interests of Anthony Bland, his best interests in being kept alive have also disappeared, taking with them the justification for the non consensual regime and the co-relative duty to keep it in being. (v). Since there is no longer a duty to provide nourishment and hydration a failure to do so cannot be a criminal offence*». Analogamente, con riferimento al noto caso Charlie Gard, cfr. *Yates & Anor v Great Ormond Street Hospital For Children NHS Foundation Trust & Anor* (Rev 1) [2017] EWCA Civ 410. La prospettiva di consentire la sottoposizione del minore ad una cura sperimentale negli States avrebbe, infatti, determinato un «*significant harm*», in quanto avrebbe imposto «*to continue with the regime of life-sustaining treatment, which the judge concluded was not otherwise in his best interests*» (§115): in questo caso, «*the sole principle is that the best interests of the child must prevail and that must apply even to cases where parents, for the best of motives, hold on to some alternative view*» (§112); tale scelta è stata ritenuta dalla Corte di Strasburgo conforme al margine di apprezzamento, riconosciuto in capo agli Stati membri, «*not just as to whether or not to permit the withdrawal of artificial life-sustaining treatment and the detailed arrangements governing such withdrawal, but also as regards the means of striking a balance between the protection of patients' right to life and the protection of their right to respect for their private life and their personal autonomy*» (Corte edu, 28 giugno 2017, *Gard* ed altri c. Regno Unito, §§84,98, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di O. POLIPO, *Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della Corte Edu in materia di end-of-life decisions*). Il criterio del *best interest* sopravanza, addirittura, il consenso del soggetto esercente la responsabilità genitoriale: cfr. *Kings College Hospital NHS Foundation Trust v Thomas and others* [2018] EWHC 127 (Fam); il medesimo parametro è

merito al soddisfacimento del criterio suddetto, il supporto vitale potrà essere interrotto, anche senza la necessità di ricorrere ad una giurisdizione[5].

Al di fuori delle ipotesi in cui l'eutanasia passiva risulti conforme al desiderio dell'interessato, ovvero al *best interest* di costui, il coinvolgimento di terzi nel provocare l'*exitus* d'un individuo si pone sul crinale tra due fenomeni rilevanti per il diritto penale inglese: il *mercy killing* e la *complicity in another's suicide*.

La prima fattispecie - non codificata, ma oggetto d'elaborazione curiale - postula la mancata partecipazione della vittima alla condotta soppressiva[6]: l'atto del cagionare volontariamente la morte di un soggetto assume, in ogni caso, rilevanza penale «*even where that person wished to die, or the killing was purely out of compassion and love*»[7].

Il fenomeno suddetto appare astrattamente riconducibile nelle categorie del *murder*, ovvero del *manslaughter*: in tale duplice tassonomia si articola, infatti, la fattispecie dell'*homicide*. Le due figure criminose affondano le proprie radici nell'affastellarsi della *common law*: il legislatore è comunque intervenuto, a più riprese, allo scopo di apportare modifiche alle norme cesellate dalla progressiva stratificazione giurisprudenziale.

La prima fattispecie, indubbiamente di gravità maggiore, postula il c.d. *ulawfully killing* (in assenza di scriminanti)[8] di un essere umano da parte di un soggetto capace d'intendere e di volere, «*with intent to kill or cause grievous bodily harm*»[9]: una *conviction* per *murder* implica che, nella fase del *sentencing*, debba essere irrogata la sanzione dell'*imprisonment for life*[10].

Il delitto di *manslaughther* - che può essere tanto volontario quanto involontario - si configura, viceversa, qualora la condotta omicidiaria presenti talune concrete peculiarità, suscettibili di mitigarne il disvalore.

---

stato, inoltre, oggetto d'applicazione nel celebre caso *Alder Hey Children's NHS Foundation Trust and - (1) Mr Thomas Evans (2) Ms Kate James (3) Alfie Evans* [2018] EWHC 308 (Fam).

[5] Così si esprime la *Supreme Court* nella pronuncia *An NHS Trust and others (Respondents) v Y (by his litigation friend, the Official Solicitor) and another (Appellants)* [2018] UKSC 46: «*If the provisions of the MCA 2005 are followed and the relevant guidance observed, and if there is agreement upon what is in the best interests of the patient, the patient may be treated in accordance with that agreement without application to the court [...] I would emphasise that, although application to court is not necessary in every case, there will undoubtedly be cases in which an application will be required (or desirable) because of the particular circumstances that appertain, and there should be no reticence about involving the court in such cases*» (§126).

[6] La giurisprudenza nostrana individua il *discrimen* tra la fattispecie di cui all'art. 579 e quella di cui all'art. 580 c.p. nella circostanza che il soggetto passivo del reato abbia comunque «conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito». Sul punto cfr., M. RONCO, *Scritti Patavini*, I, Torino, 2017, 619.

[7] Così si è espressa la *Supreme Court* nel caso *R (Nicklinson) v Ministry of Justice; R (on the application of AM) (AP) (Respondent) v The Director of Public Prosecutions (Appellant); R (on the application of AM) (AP) (Respondent) v The Director of Public Prosecutions (Appellant)*, [2014] UKSC 38.

[8] Si richiama, a questo proposito, il precedente *R v Inglis*, 12 novembre 2010, [2010] EWCA Crim 2637, relativo alla condanna di una madre per l'omicidio del figlio in stato vegetativo permanente mediante somministrazione d'una dose letale di eroina.

[9] Cfr. *Homicide: Murder and Manslaughter: Legal Guidance* (*www.cps.gov.uk*).

[10] Cfr. la s. 1 del *Murder (Abolition of Death Penalty) Act* (1965).

Vengono, a questo proposito, in considerazione le ipotesi di *manslaughter following a loss of self control* ovvero di *manslaughter by reason of diminished responsability*[11]. La regolamentazione si rinviene nel *Coroners and Justice Act* (2009) che ha emendato *in parte qua* le s. 2 e 3 dell'*Homicide Act* (1957)[12].

La prima fattispecie, disciplinata dalla s. 54 del *Coroners and Justice Act* (2009), presuppone che la condotta omicidiaria sia stata causata da una perdita - anche non improvvisa (2) - di *self control*: occorre, altresì, che il suddetto fattore abbia agito come «*qualifying trigger*» (1)(b)[13], tale per cui una persona dello stesso «*sex and age, with a normal degree of tolerance and self-restraint and in the circumstances*» analoghe a quelle in cui versava l'agente, «*might have reacted in the same or in a similar way to*» (1)(c)[14].

Il secondo istituto, viceversa, viene in considerazione ogniqualvolta l'imputato «*was suffering from an abnormality of mental functioning which* [...] *arose from a recognised medical condition*», suscettibile di compromettere la di lui capacità di comprendere la natura della propria condotta, di formulare un giudizio razionale e di esercitare l'autocontrollo: una siffatta qualità - per consentire di derubricare la fattispecie da *murder* a *manslaughter* - deve avere apportato un significativo contributo causale alla commissione della condotta criminosa[15].

Prima della riforma del 2009 le due fattispecie (in particolar modo quella fondata sulla c.d. *diminished responsability*)[16] venivano sovente sfruttate quale *commodus discessus*, valevole per scansare le accuse di *homicide* nei casi di *mercy killing* perpetrati da parte di un parente ai danni di un familiare malato: in queste ipotesi, si diceva, «*the courts appear to recognise that in these*

---

[11] Ampiamente, sul punto, J. HORDER, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford, 2016, 258 e ss.; J. HERRING, *Criminal Law*, Londra, 2011, *passim*; J. MARTIN - T. STOREY, *Unlocking Criminal Law*, Londra, 2013, 305.

[12] Il compasso edittale delle sanzioni, «*the range of sentences ("the offence range")*», previste per le fattispecie di *manslaughter following a loss of self control* e di *manslaughter by reason of diminished responsability* viene disciplinato dalle linee guida (*Manslaughter Definitive Guideline*) elaborate dal *Sentencing Council*, su delega delle ss. 120 e 121 del *Coroners and Justice Act* (2009). Per la prima fattispecie è previsto un *range* che spazia da 3 a 20 anni di reclusione, innalzabili sino al raggiungimento del c.d. *life imprisonment*, in presenza di determinate circostanze aggravanti; con riferimento al secondo delitto, è, invece, contemplata una forbice compresa tra i 3 e i 40 anni di pena detentiva, con la possibilità di raggiungere, anche in questo caso, la privazione perpetua della libertà personale: cfr. *www.sentencingcouncil.org.uk*.

[13] Tale fattore, chiosa la s. 55, sussiste qualora la «*(3) loss of self-control was attributable to D's fear of serious violence from V against D or another identified person*», ovvero se «*(4)This [...] loss of self-control was attributable to a thing or things done or said (or both) which— (a)constituted circumstances of an extremely grave character, and (b)caused D to have a justifiable sense of being seriously wronged*».

[14] Con riferimento alla prospettata applicazione della circostanza in oggetto all'ipotesi della donna che uccida il *partner* violento cfr. J. LOVELESS, *R. v GAC, Battered Woman "Syndromization"*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 666.

[15] Si veda, a questo proposito, la s. 2 dell'*Homicide Act* (1957), così come modificata dalla s. 52 del *Coroners and Justice Act* (2009).

[16] Si veda il caso *R v. Cocker*, 26 maggio 1989, in *The Criminal Law Review*, 1989, 740 e ss., concernente il fallito tentativo dell'imputato di dichiararsi colpevole di *manslaughter by reason of provocation* (quindi a causa di una perdita di *self control*), per avere soffocato con un cuscino la moglie, gravemente malata, che l'aveva insistentemente implorato di porre fine alle proprie sofferenze.

circumstances, the suffering in question in felt by both the person who kills and the person who is killed»[17].

La summenzionata novella ha, tuttavia, determinato una riformulazione del dettato normativo in termini più rigorosi. La disciplina pregressa, ai fini della sussistenza dela c.d. *deminished responsability*, esigeva, infatti, unicamente, in capo al reo, una «*abnormality of mind (whether arising from a condition of arrested or retarded development of mind or any inherent causes or induced by disease or injury)*», che fosse tale da avere «*substantially impaired his mental responsibility for his acts or omissions*»[18]: un assetto di questo tipo «*was interpreted by the courts to show leniency to a "highly stressed killer", in the sense that a defendant could receive a manslaughter verdict if the particular form of stress in question was pathologised as diminished responsibility*». Con particolare riguardo al fenomeno del c.d. *mercy killing*, «*such forms of interpretation have been described as a "benign conspiracy" which stretched the notion of "abnormality of mind", to enable a verdict to meet the perceived justice of the case*»[19].

La necessaria sussistenza di un'anormalità funzionale della psiche, medicalmente accertata - suscettibile d'inficiare sostanzialmente la "*mental responsibility*"[20] - causalmente riconducibile

---

[17] Così, S. OST., *Euthanasia and the Defence of Necessity: Advocating a More Appropriate Legal Response*, in *The Criminal Law Review*, 2005, 360. Si veda, ad esempio, il caso di *James Lawson* (2001), il quale aveva assecondato i desideri della figlia ventiduenne - depressa, autolesionista, già più volte mancata suicida - somministrandole una dose di eroina, per poi soffocarla con un sacchetto di plastica ed un cuscino: nel corso del processo l'imputato s'era, con successo, dichiarato colpevole di *manslaughter*, sulla scorta di una diagnosi depressiva - a sua volta determinata dalle condizioni di salute della figlia - riportando una condanna a pena sospesa; analoga sorte aveva avuto, nel 2008, il Sig. *Robert Cook*, che aveva soffocato la moglie, malata di sclerosi multipla, su richiesta di costei: sul punto cfr. H. KEATING - J. BRIDGEMAN, *Compassionate Killings: The Case for a Partial Defence*, in *The Modern Law Review*, 2012, 704 e ss.

[18] Cfr. R.D. MACKAY, *The New Diminished Responsability Plea*, in *The Criminal Law Review*, 2010, 290 e ss.

[19] Così, L. KENNEFICK, *Introducing a New Diminished Responsibility Defence for England and Wales*, in *The Modern Law Review*, 2011, 758; similmente, A. LOUGHNAN, *Manifest Madness: Mental Incapacity in the Criminal Law*, Oxford, 2012, 250 e ss. Notava la *Law Commission*, incaricata nel 2004 *for the purpose of promoting the reform of the law*, che «*the "mercy killer" is convicted of manslaughter rather than murder because of her honourable motives rather than because she is mentally disordered*» (così, il *Partial Defences to Murder Final Report*, *www.lawcom.gov.uk*). Cfr., anche, *The Law Commission Consultation Paper n. 177. A New Homicide Act for England and Wales?* (*www.law.upenn.edu*).

[20] Nota M. GIBSON, *Diminished Responsibility in Golds and Beyond: Insights and Implications*, in *The Criminal Law Review*, 2017, 550 e ss.: «*previously, and as acknowledged in Golds by the UKSC, the phrase "mental responsibility" effectively permitted consideration of a person's moral culpability (stemming from their personal circumstances) in combination with evidence of their mental abnormality. This widened access to the plea, especially in "deserving" cases where such abnormality did not, of itself, substantially impair mental responsibility. After the 2009 Act, the more prescriptive nature of the substantial impairment test theoretically blocks this accommodating version of the defence, recasting it as one solely concerned with certain forms of mental incapacity divorced from other—extra-medical—factors* [...] *the medicalisation process—as a doctrinal and conceptual feature of the updated plea—has been somewhat subverted since Golds. Notably, under the substantial impairment test, Conroy suggests that understanding of the ability to form a rational judgement should not be "over-refined": that ability connotes not only rationality of outcome, but also rationality of thought process in achieving that outcome. Thus, according to the CACD* [Court of Appeal, Criminal Division, n.d.r.], *process and outcome should not be separated, meaning that all of a defendant's "relevant circumstances preceding (and perhaps preceding over a very long period) the killing as well as any relevant circumstances following the killing", can be taken into account. This finding may have re-instated the possibility of blending moral culpability (personal*

all'uccisione, rischia, pertanto, oggigiorno, di restringere la possibilità di ricondurre le fattispecie eutanasiche nell'alveo delle più miti previsioni normative summenzionate[21].
Si venga, ora, all'analisi del fenomeno suicidario.
Con l'entrata in vigore del *Suicide Act* (1961), il comportamento auto-sopressivo ha cessato di avere, *ex se*, rilevanza penale alcuna[22].
Prima di analizzare compiutamente la fattispecie accostabile al nostrano delitto d'istigazione od aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), sembra opportuno, per contiguità logico/tematica, fare un brevissimo cenno alla fattispecie di cui alla s. 4 dello *Homicide Act* (1957), dedicata al c.d. *killing in pursuance of a suicide pact*, *id est* l'esecuzione di un accordo avente quale oggetto la morte di tutti i partecipanti: tale condotta, sussunta dalla legge sotto l'egida del *manslaughter*, rivela un confine assai labile rispetto alla *complicity in another's suicide*, che ci si appresta a trattare[23].
Tale ultima fattispecie, contemplata dalla *section* 2 del *Suicide Act* (1961) punisce, invece, qualsiasi azione consapevolmente idonea e finalizzata ad «*encouraging or assisting the suicide or attempted suicide of another person*» s. 2(1)(a)(b): la norma parrebbe tratteggiare un reato di mera condotta, atteso che, ai sensi della s. 2(1B), il crimine sussiste «*whether or not a suicide, or an attempt at suicide, occurs*»[24].

---

circumstances) with mental abnormality, so as to de-medicalise—and thereby widen—diminished responsibility in relation to this ability». Per riferimento ai casi ivi citati cfr. *R. v. Golds* [2016] UKSC 61; *R. v. Conroy* [2017] EWCA Crim 81. Di simile avviso sono anche D. ORMEROD - K. LAIRD, *Smith, Hogan and Ormerod's Criminal Law*, Oxford, 2018, 554, secondo cui, pur sotto la vigenza della nuova legge, la "*medical condition*" può essere integrata anche dalla sindrome depressiva di cui è affetto il parente che, stremato dalla malattia del prossimo congiunto, metta fine alle sofferenze di costui.

[21] Cfr. B. MITCHELL, *Sentencing Guidelines for Murder. From Political Schedule to Principled Guidelines*, in AA.VV., A. ASHWORTH - J. V. ROBERTS, *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford, 2013, 52 e ss. Quel che avveniva sotto l'usbergo dell'abrogata disciplina era, appunto, una «*benevolent conspiracy between the psychiatrist and the trial judge*» rispetto alla quale notevole rilevanza assumeva la c.d. *expert evidence*, tale per cui «*The accused is psychiatrically examined in the hope that the medical experts will find some form of mental illness or disorder - for example, depression and/or post traumatic stress disorder. The psychiatrists then present their report supporting a plea of diminished responsibility - the defendant was suffering from a mental abnormality that substantially reduced his or her responsibility for the killing. Thus, the mercy killer is convicted of the lesser crime of manslaughter, and the court is given the discretion to impose what it regards as a much more proportionate sentence*»: con queste parole, B. MITCHELL - J. V ROBERTS, *Exploring the Mandatory Life Sentence for Murder*, Oxford, 2012, *passim*.

[22] Recita, infatti, la s. 1 del *Suicide Act*, rubricata, non a caso, *Suicide to cease to be a crime*: «*the rule of law whereby it is a crime for a person to commit suicide is hereby abrogated*».

[23] Cfr. l'esempio proposto da J. HORDER, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, cit., 283, dei due coniugi che decidono di gettarsi insieme dallo strapiombo: si tratta di due condotte indipendenti; il previo concerto, suscettibile di rafforzare l'intento di ciascuno, rende il caso maggiormente accostabile ad un suicidio rispetto che ad un omicidio. Sembra attagliarsi maggiormente alla fattispecie il caso *Brian Blackburn* (2005): dopo avere accettato di uccidere la moglie malata di cancro e di sopprimere successivamente se stesso, il reo non era riuscito a recidere efficacemente le proprie vene. Accusato di *murder*, egli s'era invece dichiarato colpevole di *manslaughter*: l'imputazione veniva accettata tanto dal *prosecutor* quanto dal giudice il quale, sulla scorta della prova del *suicide pact*, infliggeva all'imputato una pena sospesa (*www.theguardian.com*). A questo proposito, l'onere di fornire la prova (contraria indiretta) della sussistenza di un accordo suicidario grava sul *defendant*: cfr. s. 4(2) *Homicide Act* (1957).

[24] Così risulta il dettato normativo, a seguito della novella apportata al *Coroners and Justice Act* (2009). il legislatore ha, pertanto, deciso di anticipare la soglia della punibilità, rinunciando alla necessaria prova dell'avvenuto o tentato suicidio: cfr. A. P. SIMESTER - J. R. SPENCER - F. STARK - G. R. SULLIVAN -

Quest'ultima figura criminosa, punibile con una pena detentiva determinata nel massimo in anni quattordici s.2(1C), è indubbiamente, come si vedrà, quella che nel corso degli anni ha catalizzato una maggior elaborazione normativa, dottrinaria e giurisprudenziale.

2. L'azione penale nel Regno Unito: tra discrezionalità ed opportunità.

La s. 2(4) del *Suicide Act* (1961) statuisce che «*no proceedings shall be instituted for an offence under this section except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions*».

La norma costituisce, oramai, il retaggio di un passato in cui l'azione penale pubblica veniva esercitata principalmente dalla *police*, in capo alla quale convergevano, dunque, poteri di carattere sia inquirente che requirente. Sotto il profilo formale, i pubblici agenti agivano, tuttavia, *uti singuli*, esercitando la c.d. *private prosecution*, strumento tutt'oggi esperibile, quantunque in via residuale[25]: la figura del *Director of Public Prosecutions* è stata, infatti, introdotta alla fine dell'800, con lo scopo di coordinare l'azione della polizia.

Attualmente, la *police*, da un lato, riveste pertanto il ruolo di *dominus* delle indagini preliminari e, dall'altro, conserva la titolarità della *prosecution* solamente con riferimento ai crimini di rango

---

G. J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford, 2016, 427. Non solo. La s. 2A(2) del S*uicide Act* (1961), sacrificando ulteriormente il principio d'offensività, ha oltremodo dilatato la portata applicativa della fattispecie, con la conseguenza che «*has the effect that an act can be capable of encouraging or assisting suicide even if the circumstances are such that it was impossible for the act to actually encourage or assist suicide*» per concreta inidoneità dell'azione o perché cause sopravvenute hanno impedito l'evento: cfr. S. HAMDAM AL-RAWASHDEH, *Assisted Suicide: A Study in the English Criminal Law and the European Court of Human Rights Jurisprudence*, in *Kuwait International Law School Journal*, V, I, 2017, 37 e ss.

[25] Detta prerogativa, sancita dalla s. 6 del *Prosecution of Offences Act* (1975), si presta, eventualmente, ad un impiego suppletivo, nella misura in cui il privato - che sia in grado di sostenere gli oneri connessi - può avvalersi di tale strumento allo scopo di porre rimedio alla decisione degli organi inquirenti di non esercitare l'azione penale. A differenza del pubblico ministero - che, come si vedrà, persegue un novero d'interessi che trascende la posizione del singolo individuo offeso dal reato - il *private prosecutor* «*is either an individual who seeks to use the criminal courts as an extension of a personal dispute with other individuals or with officialdom; or an interest group dedicated to suppression of particular forms of allegedly criminal conduct*». R. BUXTON, *The Private Prosecutor as a Minister of Justice*, in *The Criminal Law Review*, 2009, 428 e ss.; A. ASHWORTH, *Victims' Views and The Public Interest*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 775. Ulteriori difficoltà di ordine pratico rispetto all'esercizio dell'azione penale privata si pongono, rispettivamente, con riguardo all'accesso agli atti d'indagine (non essendo l'autorità investigativa tenuta a garantire l'accesso agli stessi) ed al coordinamento con l'attore pubblico che abbia eventualmente instaurato, a sua volta, il giudizio: sotto questo profilo è fatto, in ogni caso, salvo il potere del *public prosecutor*, che abbia avuto notizia dell'esercizio dell'azione penale da parte di un privato, di subentrare nelle veci di costui. Tale scelta (che può anche essere sollecitata tanto dal *private prosecutor* stesso, quanto dal *defendant*) può essere finalizzata, da un lato, a sostenere l'accusa in giudizio, ovvero, dall'altro, «*to stop it*» (ad esempio nell'ipotesi in cui non appaiano soddisfatti i parametri sottesi all'esercizio dell'azione penale, ovvero qualora l'iniziativa privata rischi d'intralciare quella pubblica o contrasti con le determinazioni di quest'ultima). Nel caso di specie, l'interessato che voglia esercitare la *private prosecution* con riferimento ad un'ipotesi di *assisted suicide* dovrà, pertanto, chiedere il consenso dell'autorità giudiziaria, la quale deciderà se accordarlo unicamente dopo avere vagliato la *notitia criminis* alla luce dei criteri espressi nel *Code for Crown Prosecutors*, sui quali si tornerà nel prosieguo. Cfr. *Consents to Prosecute: Legal Guidance* (www.cps.gov.uk); *Private Prosecutions: Legal Guidance* (www.cps.gov.uk); R. ESPTEIN, *Private Prosecution*, in *Criminal Law & Justice Weekly* (18 maggio 2013). Cfr., anche, AA.VV., *Blackstone's Criminal Practice 2012*, Oxford, 2011, 1303 e ss.

inferiore, o per i reati di media gravità (*either way offences*), rispetto ai quali l'indagato si sia dichiarato colpevole (*guilty pleaded*)[26].

L'odierno *Crown Prosecution Service* è stato, invece, creato nel 1985, allo scopo di conferire il potere di esercitare l'azione penale ad una figura professionale *ad hoc*[27]. Il *Director of Public Prosecutions*, oggigiorno, rappresenta, dunque, il vertice della magistratura requirente su scala nazionale[28].

Il necessario consenso del *Director of Public Prosecutions*, ai fini del perseguimento dei casi di suicidio assistito, postula, dunque, solamente la garanzia d'un vaglio superiore quanto al rispetto di quei criteri che tutti i magistrati appartenenti al *Crown Prosecution Service* devono osservare in vista della *prosecution* di qualsivoglia fattispecie criminosa, ivi comprese quelle riconducibili alla fenomenologia del *mercy killing*[29].

I canoni che presiedono alle determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale sono, dal canto loro, compendiati in seno al *Code for Crown Prosecutors* (2018): tale provvedimento costituisce una sorta di *vademecum*, emanato dal *Director of Public Prosecutions* sulla scorta del potere conferitogli dalla s. 10 del *Prosecution of Offences Act* (1985).

Il vaglio che il *public prosecutor* dovrà, a tal fine, operare viene denominato *Full Code Test*. Questa verifica si compone, a sua volta, di due momenti principali, logicamente e cronologicamente successivi: l'*evidential stage* ed il *public interest stage*[30].

Nel corso della prima fase, il *public prosecutor* dovrà accertare se vi sia «*sufficient evidence to provide a realistic prospect of conviction against each suspect on each charge*» (s. 4.6.)[31].

---

[26] Cfr. K. STARMER QC, *Guidance to Police Officers and Crown Prosecutors Issued by the Director of Public Prosecutions under S37A of the Police and Criminal Evidence Act 1984* (*www.cps.gov.uk*); P. HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing*, Oxford, 2014, 23 e ss.

[27] Sul punto, E. DEZZA, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, 2009, 20 e ss.; S. J. FITZJAMES STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, Londra, 1996, 493 e ss.; J. SPENCER, *The victim and the prosecutor*, in AA.VV., *Hearing the Victim. Adversarial justice, crime victims and the State*, edited by A. Bottoms - J. V. Roberts, Londra, 2012, 141 e ss.

[28] A. SANDERS, *The CPS - 30 Years On*, in *The Criminal Law Review*, 2016, 82 e ss.

[29] La s. 1(7) del *Prosecution of Offences Act* (1985), istitutivo del *Crown Prosecution Service*, equipara la decisione di qualunque magistrato del CPS medesimo a quella del *Director of Public Prosecutions*. Precisa, ulteriormente, la s. 3.7 del *Code for Crown Prosecutors* (2018): «*Parliament has decided that a limited number of offences should only be taken to court with the agreement of the DPP. These are called consent cases. In such cases the DPP, or a prosecutor acting on their behalf, applies the Code in deciding whether to give consent to a prosecution*».

[30] L'ordine delle due sequenze, in ogni caso, non è inderogabile, come del resto chiosa la s. 4.4. del *Code for Crown Prosecutors*: «*in most cases prosecutors should only consider whether a prosecution is in the public interest after considering whether there is sufficient evidence to prosecute. However, there will be cases where it is clear, prior to reviewing all the evidence, that the public interest does not require a prosecution. In these instances, prosecutors may decide that the case should not proceed further*»; viceversa, «*a case which does not pass the evidential stage must not proceed, no matter how serious or sensitive it may be*» (s. 4.6).

[31] La verifica in esame «*is based on the prosecutor's objective assessment of the evidence, including the impact of any defence and any other information that the suspect has put forward or on which they might rely*» (s.4.7): l'organo dell'accusa dovrà, a questo proposito, interrogarsi sull'utilizzabilità in giudizio delle prove raccolte, sull'importanza di quelle ritenute inutilizzabili, nonché sull'attendibilità di quelle residue (s. 4.8).

Trattasi di un accertamento tipicamente discrezionale, fondato su un giudizio di valore espresso su dati di fatto precedentemente acquisiti[32].
Il substrato fattuale del suddetto apprezzamento consterà, appunto, delle risultanze delle indagini compiute dalla polizia giudiziaria. Questo soggetto opera in tendenziale autonomia rispetto all'organo requirente: nell'ordinamento inglese non è, infatti, possibile ravvisare un rapporto di subordinazione funzionale tra i due organi, assimilabile a quello scaturente dall'art. 109 Cost.[33].
La decisione dell'organo dell'accusa sull'*an procedendum* verrà, pertanto, sensibilmente influenzata dalle scelte e dall'impegno profuso nel corso del segmento antecedente: per ovviare a ciò, sono previste alcune interazioni virtuose tra il soggetto inquirente e quello requirente, allo scopo precipuo di non compromettere l'efficienza del procedimento e l'efficacia del risultato finale.
Il pubblico ministero, per quanto non possa «*direct the police or other investigators*» (s. 3.3), sarà, in ogni caso, tenuto ad «*advise the police and other investigators about possible reasonable lines of inquiry, evidential requirements, pre-charge procedures, disclosure management and the overall investigation strategy*» (s. 3.2.).
Un'interlocuzione siffatta diviene ancor più stringente nelle ipotesi di suicidio assistito: le linee guida emanate dal *Director of Public Prosecution*, concernenti la *Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide* (sulle quali si tornerà *funditus* nel prosieguo), prevedono, infatti, espressamente che il pubblico ministero «*should tell the police if any further evidence or information is required before a decision can be taken*» (s. 12): particolare attenzione viene, in quella sede, tributata alla «*mental capacity of the person who committed or attempted to commit suicide*», oltre che ad «*any relevant public interest factor*», tematica, quest'ultima, il cui scrutinio postula parimenti un'investigazione approfondita (s. 11).
Conseguentemente, il *public prosecutor* non potrà interrogarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale fino a quando «*all outstanding reasonable lines of inquiry have been pursued*», salvo che le indagini suppletive risultino comunque non in grado d'incidere sulle sue determinazioni (s. 4.3 del *Code for Crown Prosecutors*)[34].
Il canone suddetto appare astrattamente accostabile al nostrano principio di completezza delle indagini preliminari, enucleato dal Giudice delle leggi nell'ottica di fornire una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 125 norme att. c.p.p.
Dal confronto tra i due sistemi viene, tuttavia, in luce una prima marchiana divergenza, di carattere prospettico, afferente al vaglio di fondatezza della *notitia criminis*. L'ordinamento nostrano è, infatti, improntato al c.d. *favor actionis* (art. 112 Cost.): conseguentemente, il pubblico ministero potrà ritenersi esentato dall'esercizio dell'azione penale non nei casi in cui non siano stati acquisiti elementi sufficienti ai fini di una pronuncia di condanna (come inizialmente previsto dal Progetto

[32] Sulla struttura della fattispecie discrezionale cfr. C. VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, 25.
[33] Cfr. V. PATANE', *Processo penale inglese*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, 2008, 748; E. MATHIAS, *La polizia: ben più che una comparsa*, in AA.VV., *Procedure penali d'Europa. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche coordinate sotto la direzione di M. Delmas-Marty. Seconda edizione italiana a cura di M. Chiavario*, Padova, 2001, 429 e ss.
[34] Chiosa la s. 4.5 del *Code for Crown Prosecutors*: «*if prosecutors do not have sufficient information to take such a decision, the investigation should continue and a decision taken later in accordance with the Full Code test*».

preliminare al codice di rito), bensì unicamente laddove il giudizio «si appalesi oggettivamente superfluo», attesa l'inidoneità delle risultanze investigative a pervenire ad un positivo sviluppo nella fase successiva[35].

I punti di discontinuità tra i sistemi giuridici in oggetto non si esauriscono, tuttavia, nell'intensità del vaglio degli esiti investigativi, esame che nell'ordinamento inglese non prevede nemmeno un controllo di carattere giurisdizionale: concluso il c.d. *evidential stage*, il *public prosecutor* dovrà, infatti, verificare la sussistenza di un *public interest* alla repressione della fattispecie concreta[36].

Il c.d. *public interest stage* racchiude il principio d'opportunità dell'azione penale, caratteristico dell'ordinamento d'oltremanica[37]: il parametro in esame appare distinto ed ulteriore rispetto a quello della (in)fondatezza della notizia di reato[38]; il suo vaglio implica, infatti, l'accertamento della sussistenza di un vantaggio per la società ad ottenere, in un determinato momento storico, la repressione penale di uno specifico fatto[39], previa celebrazione del giudizio[40].

Anche l'apprezzamento del *public interest* assume una struttura tipicamente discrezionale: il *public prosecutor* dovrà, infatti, accertare se le circostanze che caratterizzano il caso concreto

---

[35] Si veda la storica pronuncia della Corte cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1992, 249 e ss., con nota di L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.)*. In tema cfr. V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1295; nonché, in un'ottica comparatistica, V. CIRESE, *Lineamenti di procedura penale comparata. Il sistema inglese*, Roma, 2001, 260 e ss.

[36] Così, A. HOYANO-L- HOYANO- G. DAVIS-S. GOLDIE, *A Study of the Impact of the Revised Code for Crown Prosecutors*, in *The Criminal Law Review*, 1997, 562.

[37] In generale cfr. C. FANUELE, *La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penali*, Padova, 2012, 183; ampiamente, sul punto, M. L. MARSTALLER, *The Legality Principle: An Effective Way to Minimise the European Prosecutors' Influence on Substantive Criminalisation?*, in *The Criminal Law Review*, 2016, 161 e ss.

[38] Speculare al concetto d'obbligatorietà è la nozione di opportunità, non certo quella di discrezionalità. Quest'ultimo paradigma discende, infatti, dalla struttura della fattispecie finalizzata ad imbrigliare l'esercizio di un *munus publicum*: «il potere discrezionale […] prende origine da una norma fraseggiata in modo *volutamente* indeterminato, così che *uno degli elementi della fattispecie normativa si concretizzi solo in relazione ad una data situazione di fatto il cui accertamento è demandato dal legislatore all'organo pubblico*» C. VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, 46. Per tale ragione, l'azione penale nell'ordinamento italiano «è sempre e comunque - oseremmo dire "fisiologicamente" - discrezionale, perché presuppone un'attività di doveroso accertamento dei fatti, chiamati ad avverare il concetto di» (in)fondatezza della notizia di reato, parametro, quest'ultimo, sotteso alla determinazione del pubblico ministero in ordine all'*an procedendum* (artt. 408 c.p.p. e 125 norme att. c.p.p.): cfr., ancora, C. VALENTINI, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza*, in AA.VV., *Processo penale e costituzione*, a cura di F. R. Dinacci, Milano, 2010, 151 e ss.

[39] Cfr. A. PERRODET, *Quante figure di pubblico ministero*, in AA.VV., *Procedure penali d'Europa*, cit., 396.

[40] L'interesse pubblico, rammenta il *Code* alle ss. 4.10 e 7.1, può, infatti, essere talora soddisfatto mediante una forma di diversione processuale, vale a dire «*diverting cases away from the criminal courts and dealing with them in other ways*» (così, A. ASHWORTH - M. REDMAYNE, *The Criminal Process*, Oxford, 2010, 164): tale *variatio* potrà avvenire mediante uno dei c.d. *out-of-court disposal* previsti dall'ordinamento (s. 4.9). Tra le summenzionate forme di *alternative to charging* si annoverano le c.d. *cautions* (letteralmente, "ammonizioni"), le quali, a seconda degli effetti giuridici, delle implicazioni sottese, dell'interazione tra *police* e *public prosecutor* e degli oneri imposti all'accusato potranno distinguersi in *informal cautions*, *formal cautions and conditional cautions* (maggiormente accostabili, queste ultime, al paradigma della *restorative justice*). Sul punto cfr. J. SPRACK, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, Oxford, 2011, 80; D. SHARPLEY, *Criminal Litigation. Practice and Procedure*, The University of Law, 2013, 64.

appaiano suscettibili di soddisfare i parametri valoriali enumerati dalla norma di riferimento (s. 4.14). Siffatta elencazione deve ritenersi non esaustiva, giacché ogni singola fattispecie concreta disvela peculiarità cui sarà necessario avere riguardo ai fini della predetta verifica; lo stesso dicasi con riferimento al "peso" da attribuire a ciascun parametro (ss. 4.12, 4.13).
Posta tale premessa, il *Code for Crown Prosecutors* impone all'autorità giudiziaria di considerare la gravità del crimine [direttamente proporzionale alla necessità d'esercitare l'azione (lett. a)][41]; il grado di coinvolgimento dell'indagato nel fatto e la colpevolezza di costui (lett. b); l'età ed il livello di maturazione del *suspect* al momento del reato (lett. d); l'impatto avuto dal crimine sulla comunità (lett. e); la proporzionalità tra i costi relativi alla celebrazione d'un giudizio e la pena verisimilmente irrogabile al termine del medesimo (lett. f); l'esigenza di tutelare fonti informative d'interesse nazionale ed internazionale (lett. g).
Merita una riflessione più approfondita la lett. c), che impone di avere riguardo alle circostanze in cui versava la vittima al momento dei fatti, oltre che al danno sofferto da costei: chiosa, infatti, la norma che «*the more vulnerable the victim's situation, or the greater the perceived vulnerability of the victim, the more likely is that a prosecution is required*»; particolare rilievo assumerà, a questo fine, la circostanza che tra vittima ed indagato intercorresse un rapporto di «*trust or authority*».
Con riferimento alla tematica oggetto del presente lavoro, viene, inoltre, in rilievo la necessità che il *public prosecutor* consideri, ai fini delle sue determinazioni, il punto di vista della vittima - ed eventualmente dei suoi familiari - in ordine all'impatto ed alle conseguenze che il crimine ha avuto sulla loro esistenza. Un siffatto contributo da parte della persona offesa viene solitamente acquisito tramite il c.d. *Victim's Personal Statement*: si tratta di uno strumento, scevro delle rigidità della testimonianza, che attribuisce alla vittima «*an opportunity to explain in [her] own words how a crime has affected [her], whether physically, emotionally, financially or in any other way*»[42].
Denso di problematiche è, peraltro, l'approccio dell'autorità giudiziaria innanzi al desiderio della persona offesa di ottenere o meno la punizione del colpevole[43]: da un lato, infatti, il *Code of*

[41] Così la s. 4.14, lett. a) del *Code*, che impone di avere riguardo, a tal fine, anche ai successivi parametri della colpevolezza dell'indagato, nonché del danno cagionato alla vittima.
[42] Così si esprime *The Code of Practice for Victims of Crime* (2015): *Chapter 1*, *Part A* (1.12). Tale fonte di conoscenza assume rilevanza anche in ulteriori punti cruciali del procedimento, quali il *sentencing* (la commisurazione della pena, che segue l'eventuale *conviction*), la concessione del *bail* o della c.d. *parole*. Cfr. J. V. ROBERTS - M. MANIKIS, *Victim Personal Statements. A Review of Empirical Research*, Oxford, 2011, in *www.gov.uk*.; R. HENAM-G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 706 e ss., Con riferimento all'*an procedendum*, precisa, tuttavia, la *Legal Guidance* afferente al *Victim Personal Statement* che «*prosecutors should consider the VPS in the same way as any other statement when reviewing the file to establish whether the Code tests are met*». Ravvisano una potenziale contraddizione tra l'esigenza di considerare le aspettative della persona offesa ed il *pubblic interest*, A. ASHWORTH-M. REDMAYNE, *The Criminal Process*, cit., 217 e ss.
[43] Sulle problematiche relative al desiderio della vittima di non supportare la *prosecution* cfr. M. HALL, *The Relationship between Victims and Prosecutors: Defending Victims' Rights?*, in *The Criminal Law Review*, 2010, 40 e ss. A questo proposito si veda anche quanto previsto dalle *Domestic Abuse Guidelines for Prosecutors*: «*In circumstances where a complainant is not willing to support a prosecution, prosecutors will need to consider the public interest after consideration of other independent evidence*

Practice for Victims of Crime (2015) esorta la vittima a non prendere posizione in ordine a siffatte tematiche; il *Code for Crown Prosecutors*, dal canto suo, specifica come il pubblico ministero «*does not act for victims or their families in the same way as solicitors act for their clients*», ragion per cui egli «*must form an overall view of the public interest*»[44].

Sulla scorta dei parametri suddetti, il *public prosecutor* dovrà, pertanto, accertare se vi siano «*public interest factors tending against prosecution which outweight those tending in favour*»: in caso contrario, «*a prosecution will usually take place*» (s.10).

Una volta determinatosi in ordine all'esercizio dell'azione penale, l'organo dell'accusa dovrà formulare l'imputazione (*charge*), enunciando l'addebito e sussumendo la fattispecie concreta sotto la norma penale di riferimento[45]. Quantunque la scelta dell'inquadramento dogmatico debba, in linea di principio, riflettere la gravità dell'offesa (s. 6.1), talvolta «*prosecutors may not always choose or continue with the most serious charge where there is a choice and the interests of justice are met by selecting the lesser charge*» (s. 6.2): anche il parametro dell'*interest of justice* - che sovente ricorre nella procedura penale inglese - è parimenti fonte d'un potere discrezionale.

Tale premessa schiude la problematica afferente alla possibilità di addivenire ad un patteggiamento sul c.d. *nomen iuris*. L'istituto in oggetto, pur vantando un'origine squisitamente anglosassone, non è mai stato oggetto d'una disciplina organica da parte del legislatore.

Occorre, a questo, proposito rammentare che, innanzi alla *Magistrates' Court* (limitatamente alle *summary* ed alle *either way offences*), ovvero alla *Crown Court* (per quel che attiene ai reati più gravi, c.d. *indictable only offences*), prima dell'apertura del dibattimento viene chiesto all'imputato di rendere una dichiarazione in ordine alla sua colpevolezza (*pleading*): qualora costui ammetta l'addebito, l'istruttoria verrà amputata e si aprirà immediatamente la fase del *sentencing*, la quale, secondo il fisiologico *ordo procedendi*, segue quella *conviction* (di competenza della giuria nei processi celebrati innanzi alla *Crown Court*).

Il *pleading* può essere modificato nel corso del processo: la conseguente mitigazione sanzionatoria oscillerà, tuttavia, a seconda del momento e delle circostanze in cui la confessione è resa[46].

La peculiarità del patteggiamento anglosassone (*plea bargainig*) è che l'oggetto dell'accordo tra accusa e difesa può essere unicamente il *nomen iuris* dell'*offence* per la quale il *defendant* accetti di dichiararsi colpevole[47]. La determinazione della pena rimane, viceversa, appannaggio del giudice: quest'ultimo parrebbe avere, a sua volta, il potere di respingere la negoziazione nei soli casi in cui le parti l'abbiano informato in merito alla stessa (quindi, nella fase successiva

---

which meets the evidential stage. Careful consideration should be given to public interest factors, including the interests and safety of the complainant, other family members and any children or other dependants».

[44] Sul punto, A. ASHWORTH, *Victims' Views and The Public Interest*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 775.

[45] M. DEGANELLO, *Diritto processuale penale inglese*. *Prime riflessioni*, Torino, 2012, 59.

[46] Cfr. la s. 144 del *Criminal Justice Act* (2003): sul punto D. SHARPLEY, *Criminal Litigation. Practice and Procedure*, cit., 246 e ss.

[47] Allo stesso modo, l'imputato può accettare di dichiararsi colpevole per taluni capi d'imputazione, purché il *public prosecutor* ritiri le accuse residue: cfr. G. BIANCHI, *I "committal proceedings" nel processo penale inglese e l'udienza preliminare in quello italiano: analogie e differenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 740.

all'apertura del dibattimento, ove si assiste ad una sostanziale derubricazione dell'accusa precedentemente formulata)[48].

Sotto questo profilo, il *Code for Crown Prosecutors* subordina l'accettazione del *guilty plea*, da parte del pubblico ministero, tra le varie condizioni, al fatto che «*the court is able to pass a sentence that matches the seriousness of the offending, particularly where there are aggravating features*» (s. 9.2); a questo proposito, quantunque «*the decision rests with the prosecutor*», occorre tenere a mente «*where posssibile, the views of the victim, or in appropriate cases the views of the victim's familiy*» (s.9.5).

È nel suindicato modulo operativo che risiede, pertanto, la possibilità per il *mercy killer* di sfuggire all'accusa di *murder*, dichiarandosi colpevole del delitto di *manslaughter*.

3. Il dialogo tra le Corti in materia di suicidio assistito

Il case *by case approach* introdotto dal *Code for Crown Prosecutors* determina una cesura nella diretta consequenzialità tra la non infondatezza della *notitia criminis* e la *prosecution*. Negli ordinamenti improntati al principio d'obbligatorietà dell'azione penale, viceversa, tale nesso ammette deroghe solo in casi eccezionali, tassativamente predeterminati dal legislatore: esattamente il contrario di quanto previsto dal *Code of Crown Prosecutors*, il quale consente di rinunciare al processo sulla scorta di un criterio - il *public interest* - che può essere soddisfatto da un aperto novero di circostanze, talvolta estranee tanto al fatto, quanto ai membri della c.d. coppia criminale[49].

In virtù del potere discrezionale conferitogli dalla normativa allora vigente, il *Director of Public Prosecutions*, nel 2008, aveva ravvisato l'insussistenza di un *public interest* all'esercizio dell'azione penale, per la fattispecie di cui alla s. 2 del *Suicide Act* (1961), nei confronti dei genitori e di un amico del giovane *Daniel James*, un giocatore di *rugby*, appena ventitreenne, rimasto

[48] Sul punto cfr. J. R. SPENCER, *The English System*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty, J. R. Spencer, Cambridge, 2002, 211; C.A. BROOK - B. FIANNACA - D. HARVEY - P. MARCUS - J. MC EWAN, *A Comparative Look at Plea Bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States*, in *William & Mary Law Review*, 2016, 1160 e ss.; R. RAUXLOH, *Plea Bargaining in National and International Law*, Londra, 2012, 40 e ss.

[49] Chiosa, infatti, R. ORLANDI, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. pen.*, X, 1995, 47 e ss.: «il confine entro cui la creazione legislativa deve mantenersi non è segnato tanto dalle implicazioni del citato art. 112, ma piuttosto dalla necessità che l'esercizio della giurisdizione penale avvenga nel rispetto del principio di eguaglianza (art. 3, 1° co., Cost.).Visibilmente si tratta di principi distinti, ancorché complementari. Anche a voler concepire il canone di obbligatorietà dell'azione penale quale manifestazione (almeno parziale) del principio di eguaglianza, non c'è dubbio che esso intende soprattutto assicurare l'indipendenza dell'ufficio dell'accusa dal potere esecutivo. "Obbligatorietà", significa qui essenzialmente «legalità» dell'azione: vale a dire, necessità di prevedere in via generale ed astratta le «condizioni» che possono rappresentare un ostacolo al promovimento dell'accusa». Cfr., altresì, V. MEZZOLLA, *Il ruolo della tenuità del fatto nelle politiche di esercizio dell'azione penale inglese*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocolo, Torino, 2015, 209, secondo la quale il modello nostrano, improntato ai canoni della legalità/obbligatorietà (contrapposto a quello inglese, ispirato, invece, ad un principio d'opportunità) preclude all'organo dell'accusa di «dare rilevanza ad elementi non tipizzati dalla legge, essendo preclusa la valutazione, caso per caso, circa la sussistenza di un interesse pubblico alla prosecuzione del procedimento». L'inserimento, ad opera del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, di un nuovo caso d'archiviazione legato alla particolare tenuità del fatto - i cui criteri valutativi, enumerati nell'art. 131 *bis* c.p., sono in parte accostabili a quelli del *Code of Crown Prosecutors* - avrebbe determinato, secondo l'Autore, un parziale slittamento del sistema verso l'opportunità dell'azione penale.

irreversibilmente tetraplegico a seguito di un incidente sportivo avvenuto l'anno precedente la sua morte.
Il contributo di tali soggetti al suicidio della persona offesa - avvenuto in una struttura Svizzera, gestita dall'associazione *Dignitas* - s'era esaurito in un mero supporto di carattere materiale e logistico, consistito nell'interlocuzione con l'ente, nel pagamento delle spese necessarie all'espletamento della pratica, nell'acquisto dei biglietti aerei e nell'accompagnamento del paziente nel corso dell'ultimo viaggio[50].
Accertate tanto la rilevanza penale delle condotte poste in essere, quanto la sussistenza di un compendio probatorio sufficiente ad ottenere una pronuncia di condanna per il delitto in esame, il *Director of public Prosecutions* aveva passato in rassegna i parametri sottesi al discernimento del *public interest*, sanciti dal *Code for Crown Prosecutors* vigente all'epoca dei fatti.
In prima battuta, l'organo dell'accusa aveva notato, per un verso, che in quello specifico caso alcuni tra i criteri generalmente invalsi erano del tutto irrilevanti e, d'altro nel canto, come il novero di circostanze cui il *Code for Crown Prosecutors* imponeva di avere riguardo non risultasse esaustivo, occorrendo, al contrario, focalizzare l'attenzione su talune ulteriori peculiarità della fattispecie concreta (§§29,35).
Scendendo nel merito della valutazione, assai scarsi apparivano i c.d. *factors tending in favour of the prosecution*: gli indagati non dovevano essere considerati gli organizzatori o comunque i «*ringleaders*» del crimine (il loro coinvolgimento negli accadimenti era stato, del resto, limitato); i fatti non potevano essere considerati "premeditati", né v'erano, ovviamente, motivi che avrebbero potuto lasciare presagire la reiterazione degli stessi (§31). Nonostante, poi, i genitori e l'amico di famiglia fossero stati legati alla persona offesa da un rapporto di fiducia, il proposito suicidario della vittima (persona cosciente, adulta e pienamente capace di maturare decisioni autonome) non era stato in alcun modo influenzato da costoro: gli indagati avevano, al contrario, cercato incessantemente di dissuadere la persona offesa dal realizzare il proprio intento. Benché "vulnerabile" a causa delle proprie condizioni, la vittima non avrebbe dovuto essere considerata tale nei confronti dei propri genitori e dell'amico. L'esercizio dell'azione penale nei confronti degli indagati non avrebbe nemmeno giovato alla fiducia che i consociati avevano nella comunità (§32).
I medesimi elementi fattuali consentivano, al contrario, di propendere per una determinazione *against prosecution*.
Ad onta, infatti, dell'astratta gravità del reato, punito con una pena edittale piuttosto elevata, le circostanze del caso concreto non erano tali da far presagire una condanna particolarmente afflittiva (§§30,34).
Occorreva, poi, rammentare che la vittima non soltanto aveva scelto di darsi la morte ad onta degli avversi consigli degli indagati, ma aveva, altresì, tentato il suicidio già in tre occasioni ed avrebbe perseverato nel suo intento non appena avesse avuto ulteriori opportunità.
A tali considerazioni si sarebbe dovuto, infine, aggiungere la circostanza che tutti gli indagati, oltre ad avere avuto un coinvolgimento limitato nella morte del soggetto passivo del reato, non

[50] La circostanza che, prima della riforma del 2009, la fattispecie in esame tratteggiasse un reato d'evento (e non di mera condotta come nell'attuale formulazione) aveva, peraltro, indotto taluni a dubitare circa la punibilità di un semplice aiuto materiale prestato nel territorio inglese, a fronte di una morte avvenuta all'estero: cfr. M. HIRST, *Suicide in Switzerland: Complicity in England?*, in *The Criminal Law Review*, 2009, 335 e ss.

avevano tratto alcun tipo di vantaggio dalla stessa. Tale evento, al contrario, aveva cagionato unicamente dolore ai genitori della vittima (§35)[51].

Dall'analisi della decisione appare, quindi, intuibile come i criteri enucleati dal *Code for Crown Prosecutors* con riferimento alla generalità dei crimini risultassero, nel caso di specie, del tutto carenti di tassatività e, pertanto, inidonei a guidare il comportamento umano consentendo ai consociati di prevedere *ex ante* la conseguenza delle proprie azioni: le sorti di chiunque avesse deciso di aiutare un prossimo congiunto a porre fine alle proprie sofferenze sarebbero, pertanto, rimaste incerte sino all'esito del vaglio discrezionale compiuto dal pubblico ministero nel corso del c.d. *public interest stage*[52].

Alcuni anni prima del caso *Daniel James*, la Signora *Diane Pretty*, malata di SLA, aveva, peraltro, richiesto che il *Director of Public Prosecutions* s'impegnasse a non perseguire il di lei marito qualora costui l'avesse assistita nel suicidio: innanzi ad un rifiuto dell'autorità requirente, la Signora *Pretty* aveva, dunque, esperito un ricorso innanzi alla *Administrative Court of the Queen's Bench Division of the High Court*[53], chiedendo, alternativamente, l'annullamento della decisione

---

[51] Così si esprime il *Director of Public Prosecution* nel proprio comunicato: K. STARMER QC, *Decision on Prosecution. The Death by Suicide of Daniel James* (*www.bedeutung.co.uk*). Si noti, peraltro, come, nonostante i *public prosecutors* - ai sensi della s. 2.1 del *Code for Crown Prosecutors* - «*must be free to carry out their professional duties whithout political interference*», il *Director of Public Prosecutions* «*operates independently, under the superintendence of the Attorney General who is accountable to Parliament for the work of the CPS*» (s. 1.2). In generale, B. GIBSON-P. CAVADINO, *The Criminal Justice System: An Introduction*, Londra, 2008, 91 e ss. La figura dell'*Attorney General* s'iscrive formalmente nella compagine governativa: ciononostante, detto organo, nella sua funzione di supervisore del CPS, di *decision maker* per quel che attiene all'*an procedendum* di determinati reati e soggetti, nonché di vertice dell'avvocatura (da cui vengono, peraltro, attinti i membri dell'organo requirente), è estraneo all'indirizzo politico dell'esecutivo (e, dunque, indipendente da quest'ultimo), essendo tenuto a perseguire unicamente il *public interest*. La responsabilità politica di tale organo garantisce comunque un controllo sull'esercizio dell'azione penale da parte del Parlamento. Ampiamente, sul punto, A. PERRODET, *Quante figure di pubblico ministero*, in AA.VV., *Procedure penali d'Europa*, cit., 2001, 365 e ss.

[52] Così, S. HAMDAM AL-RAWASHDEH, *Assisted Suicide*, cit., 43, nonché, J. CHALMERS, *Assisted suicide: jurisdiction and discretion*, *The Edinburgh Law Review*, 2010, 14, 298.

[53] Nell'ordinamento inglese è, infatti, possibile esperire un ricorso, in via amministrativa, «*against a public authority, where it is alleged that a decision of action (or inaction) of the public authority is "unlawful". In respect of such claims, what is or is nor "unlawful" is to be ascertained by consideration of the principles of public and administrative law, as developed by case law. If the decision, action (or inaction) is found to be unlawful, the court may grant relief, for example, by quashing the decision, and in some circumstances, awarding demages*»: così, R. WILSON QC, *Judicial Review. An Introduction to the Key Principles (with illustrations from criminal judicial review cases)*, in AA.VV., *Criminal Judicial Review*, General editor Piers Von Berg, Oxford and Portland, 2014, 6 e ss. Detta prerogativa è stata riconosciuta in capo alle vittime, che abbiano inteso contestare la scelta dell'organo dell'accusa di non esercitare l'azione penale, sulla scorta di un'asserita violazione delle norme *Code for Crown Prosecutors* o di precetti promananti dalla Corte edu: tale rimedio assume, oggigiorno, una portata residuale, attesa la creazione del *Victims' Right to Review Scheme*, che consente di ottenere una revisione interna allo stesso *Crown Prosecution Service*. Sul punto, cfr. K. STARMER QC, *Finality in Criminal Justice: When Should the CPS Reopen a Case*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 526 e ss. Viceversa, un ricorso siffatto è stato esperito con successo in caso di positivo esercizio dell'azione penale, al fine di sindacare il cattivo governo, da parte del *public prosecutor*, del potere discrezionale nell'apprezzamento della sussistenza del *public interest* alla repressione della fattispecie concreta, con conseguente violazione dei parametri enucleati dal *Code*. Cfr. l'interessante caso R (*on the application of E., S. and R.*) v *Director of Public Prosecutions*, in *The Criminal Law Review*, 2012, 39 e ss. con nota di L. HOYANO, *Perpetrator of Victim? The decision to prosecute*, afferente alla contestazione, innanzi alla *Divisional Court*, della scelta del *public prosecutor* di perseguire atti sessuali

del *Director of Public Prosecutions* (e la conseguente statuizione dell'impegno a non perseguire il marito), ovvero una declaratoria d'incompatibilità della s. 2(1) del *Suicide Act* (1961) rispetto agli artt. 2, 3, 8, 9 o 14 della Cedu, in forza della s. 4 dello *Human Rights Act* (1998)[54].
Entrambe le doglianze venivano rigettate[55]: sotto il primo profilo, la *Divisional Court* spiegava che i poteri del *Crown Prosecution Service* e del *Director of Public Prosecutions* - ivi compreso quello di acconsentire all'esercizio dell'azione penale, ai sensi della s. 2(4) del *Suicide Act* (1961) - erano destinati ad esplicarsi solamente ad *exitus* avvenuto: «*in other words, prior to the commission of an offence, the DPP has no role that he is authorised to perform*» (§23).
La fattispecie criminosa in esame risultava, inoltre, compatibile con le norme convenzionali invocate, le quali non sanciscono il diritto di morire - semmai quello di vivere - con dignità (artt. 2 e 3); legittima avrebbe dovuto essere, poi, considerata l'ingerenza statuale nella vita privata e nella libertà religiosa di un soggetto, nella misura in cui dette limitazioni fossero servite a tutelare soggetti deboli e vulnerabili (artt. 8 e 9).
La decisione veniva confermata dalla *House of Lords*[56]. In quella sede, alcuni giudici avevano, peraltro, messo in dubbio che le prerogative di cui all'art. 8 Cedu abbracciassero, altresì, il diritto di scegliere quando e come morire[57]; in caso affermativo, l'ingerenza statale avrebbe dovuto comunque essere considerata giustificata, alla luce dei motivi anzidetti (§§23,30,62,102)[58].

---

compiuti da una preadolescente ai danni delle sorelline in età prescolare. In argomento si veda anche la digressione di B. MALKANI, *Article 8 of the European Convention on Human rights, and the decision to prosecute*, in *The Criminal Law Review*, 2011, 943 e ss., nonché J. SPENCER, *Controlling the Discretion to Prosecute*, in J. SPENCER, *Noted, But Not Invariably Approved*, Oxford, 2014, 225.

[54] Lo *Human Rights Act* (1998) costituisce, infatti, un autentico *trait d'union* tra l'ordinamento inglese ed il sistema giuridico imperniato sulla Cedu: la s. 3 di tale provvedimento prescrive un'interpretazione ed applicazione del diritto interno per quanto possibile conforme al diritto convenzionale. Da tale precetto discende la possibilità per le *Courts* di dichiarare l'incompatibilità di un atto normativo rispetto alla Convenzione (s. 4): siffatta prerogativa non equivale, tuttavia, ad un potere d'annullamento, dovendo intervenire a tale fine l'iniziativa dell'Esecutivo (s. 10). La s. 7 dello *Human Rights Act* (1998) attribuisce, infine, il diritto ad esperire una *judicial review* in capo a chiunque affermi d'essere vittima di un atto di una pubblica autorità adottato in violazione dei diritti convenzionali. Cfr. M. AMOS, *Human Rights Law, Oxford and Portland*, 2014, 31 e ss.; A. T. H. SMITH, *The Human Rights Act and the Criminal Lawyer: The Constitutional Context*, in *The Criminal Law Review*, 1999, 251 e ss.

[55] *R (on the application of Pretty) v Director of Public Prosecutions and another*, [2001] EWHC Admin 788.

[56] Con riferimento all'art. 3 Cedu si legge, in particolare, che il *Director of Public Prosecutions* «*is not directly responsible for the disease or for its consequences*» (§92): «*although the effect of the Director's decision that he had no power to give the undertaking is likely to be to expose Mrs Pretty to acute distress as she succumbs to her illness, his act cannot be said to be unfair or arbitrary or to have impaired her Convention right more than is reasonably necessary*» (§97).

[57] Chiosa, infatti, la *House of Lords*: «*art. 8 is expressed in terms directed to protection of personal autonomy while individuals are living their lives, and there is nothing to suggest that the article has reference to the choice to live no longer*» (§23).

[58] Nella parte motiva della pronuncia già si poteva scorgere, tuttavia, il germe dell'evoluzione. La *House of Lords*, in quella sede, chiosava come la determinazione richiesta al *Director of Public Prosecution* non rientrasse nell'esercizio dei poteri discrezionali di costui; una scelta siffatta avrebbe dovuto essere considerata addirittura contraria al *Rule of Law*, in quanto «*the power to dispense with and suspend laws and the execution of laws without the consent of Parliament was denied to the Crown and its servants by the Bill of Rights 1688*» (§39): per tale ragione, l'esercizio del potere discrezionale sotteso al *Full Code test* «*can therefore only be exercised in respect of past events giving rise to a suspicion that a crime under s 2(1) has been committed*» (§65); ciononostante, «*the fact that there is a duty under s. 10 of the Prosecution*

Adita la Corte edu, la ricorrente lamentava l'inosservanza degli artt. 2, 3 ed 8 della Cedu. I Giudici strasburghesi, dal canto loro, non ravvisavano violazione alcuna[59]: dalla prima norma - che protegge il diritto alla vita, inibendo agli Stati l'uso della forza letale ed imponendo obblighi positivi di tutela - non avrebbe potuto essere tratto un portato negativo, suscettibile di conferire ai consociati il diritto di morire (§39); nemmeno dall'art. 3, letto in combinato disposto con l'art. 2, avrebbe potuto, del resto, scaturire alcun obbligo positivo di garantire una qualche forma legale di aiuto al suicidio, così come l'impunità per chi avesse aiutato il proprio coniuge a togliersi la vita (§57).

L'art. 8 §1 appariva, viceversa, rilevante nel caso di specie: il fatto di costringere la ricorrente a morire in condizioni da lei ritenute dolorose e poco dignitose avrebbe, invero, potuto ammontare ad un'interferenza dei pubblici poteri nella libertà di autodeterminazione dell'individuo tutelata dalla norma in commento (§§61,67)[60].

Per risultare conforme all'art. 8 §2 Cedu, un'imposizione siffatta avrebbe, quindi, dovuto essere munita di una base normativa, oltre ad apparire necessaria al perseguimento di uno scopo legittimo, all'interno di una società democratica. Il requisito della necessità del vincolo «*implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that is proportionate to the legitimate aim pursued*». Nel valutare l'esigenza della misura, gli Stati dispongono di un margine di apprezzamento, soggetto al sindacato della Corte (§70)[61].

Nel caso di specie, l'imposizione di un «*blanket ban*» nei riguardi del suicidio assistito appariva proteso al legittimo scopo di tutelare una categoria di soggetti che, nonostante le specificità dei singoli casi, avrebbero dovuto essere presunti «*weak and vulnerable*» (§74): alla luce di tale premessa, «*the Court does not consider therefore that the blanket nature of the ban on assisted suicide is disproportionate*» (§76).

Il contemperamento tra il fine perseguito dalla norma incriminatrice ed il rispetto della vita privata, tutelato dall'art. 8, parrebbe risiedere proprio nel principio d'opportunità dell'azione penale, invalso nel sistema inglese: detto paradigma, infatti, implica, da un lato, «*that flexibility is provided for in individual cases by the fact that consent is needed from the DPP to bring a prosecution*» e, dall'altro, «*that a maximum sentence is provided, allowing lesser penalties to be*

---

of Offences Act 1985 on the Director to issue a general code for Crown Prosecutors does not necessarily mean that he may not ever, in his absolute discretion, give guidance as to how the discretion will be exercised in regard to particular offences» (§66); tale opzione, a quell'epoca, era stata considerata, tuttavia, incoercibile (§82). Cfr. J. KEOWN, *No Right to Assisted Suicide*, in *The Cambridge Law Journal*, 2002, 8 e ss.

[59] Corte edu, 29 aprile 2002, *Pretty* c. UK.

[60] Appare, infatti, indubbio che il diritto di cui all'art. 8 Cedu subisca una compromissione nel caso di specie. Afferma, infatti, la Corte che «*the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention, the Court considers that it is under Article 8 that notions of the quality of life take on significance. In an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people are concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflict with strongly held ideas of self and personal identity*» (§65). Cfr. A. PEDAIN, *The Human Rights Dimension of the Diane Pretty case*, in *The Cambridge Law Journal*, 2003, 190.

[61] In generale cfr. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, 2002, 60 e ss.

imposed as appropriate»[62]; per tali ragioni, «*it does not appear to be arbitrary to the Court for the law to reflect the importance of the right to life, by prohibiting assisted suicide while providing for a system of enforcement and adjudication which allows due regard to be given in each particular case to the public interest in bringing a prosecution, as well as to the fair and proper requirements of retribution and deterrence*» (§76)[63].

Sulla scorta di tali premesse, la Corte europea riteneva che il rifiuto del *Director of Public Prosecutions* di garantire l'immunità al marito della ricorrente non fosse né arbitrario, né irragionevole, attesa la gravità dell'atto con riferimento al quale una richiesta siffatta era stata avanzata (§77).

Un sensibile progresso nella definizione dei criteri universalmente dettati dal *Code for Crown Prosecutors* si registra con la decisione della *House of Lords*, relativa al caso *Purdy*[64].

La vicenda traeva origine dalle sorti di una signora, affetta oramai da quattordici anni dalla sclerosi multipla, la cui evoluzione l'aveva privata della capacità non soltanto di deambulare, bensì anche di deglutire: consapevole dell'ineluttabilità del proprio destino, la Signora *Purdy* aveva maturato la decisione di porre fine alla sua esistenza non appena la malattia ne avesse reso intollerabile il prosieguo; ritenuto, altresì, che in quel futuro, oramai prossimo, ella non sarebbe stata più in grado di compiere autonomamente tale gesto, aveva programmato di recarsi in un paese dove fosse possibile fruire del suicidio assistito, accompagnata dal proprio consorte.

Temendo, però, che il di lei marito, una volta tornato in patria, avrebbe corso il rischio d'essere incriminato, la Signora *Purdy* aveva domandato al *Director of Public Prosecutions* «*to promulgate a policy setting out the criteria for the exercise of his discretion in deciding whether to prosecute under section 2(4), in particular in cases where a relative or friend assists the person to travel abroad to a country where assisting a suicide is not a criminal offence*» (§12)[65].

Posta innanzi ad un diniego da parte del vertice dell'accusa, la Signora *Purdy* lamentava che, in assenza di linee guida sufficientemente specifiche, allo scopo di salvaguardare il marito da future

---

[62] Nelle pieghe della motivazione si scorge, altresì, un implicito riferimento al *plea bargaining* nei casi di *mercy killing*: «*the Select Commitee* [on medical Ethics n.d.r.] *report indicated that between 1981 and 1992 in twenty-two cases in which "mercy killing" was an issue, there was only one conviction for murder, with a sentence of life imprisonment, while lesser offences were substituted in the others and most resulted in probation or suspended sentences*» (76).

[63] L'argomento in esame viene citato anche nell'ordinanza n. 1/2018, datata 14 febbraio 2018, con cui la Corte d'Assise di Milano, nel procedimento penale a carico di Marco Cappato, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., denunciando, tra i vari aspetti, anche l'irragionevolezza dell'equiparazione, sotto il profilo sanzionatorio, tra le condotte istigatorie e quelle «di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida»: tale ultima fattispecie, a detta dei giudici rimettenti, non appare meritevole di pena né, *a fortiori*, assimilabile alla fenomenologia residua contemplata dalla norma incriminatrice. Sul punto, cfr. D. PULITANO', *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, 72. Nota, tuttavia, R. H. S. TUR, *Legislative Techique and Human Rights: The Sad Case of Assisted Suicide*, in *The Criminal Law Review*, 2003, 4 e ss.: «*the European Court was impressed by the "flexibility" inherent in subsection 2(4) but that is of no assistance to those who quite reasonably want to know in advance whether, as a matter of law, their conduct warrants criminal sanction. If helpful at all, subsection 2(4) is helpful only after the event*».

[64] *R (on the application of Purdy) v Director of Public Prosecutions* [2009] UKHL 45.

[65] *R (Purdy) v Director of Public Prosecutions* [2009] EWCA Civ 92. La Corte d'appello aveva, peraltro, rigettato le doglianze sollevate, ritenendo di non potersi discostare dalla pronuncia della *House of Lords* che, nel caso *Pretty*, aveva messo in dubbio la sussistenza di un nesso tra l'art. 8 Cedu e la facoltà di scegliere come e quando morire.

accuse, ella sarebbe stata costretta a recarsi a morire in Svizzera da sola, quando ancora autosufficiente, in anticipo, quindi, rispetto al momento che aveva originariamente scelto (§31).
In assenza di un intervento chiarificatore del *Director of Public Prosecutions*, la norma incriminante l'aiuto al suicidio [s. 2(1) *Suicide Act* (1961)] avrebbe, peraltro, costituito un'indebita ingerenza nei diritti di cui all'art. 8 Cedu: fino a quando la pubblica accusa non avesse, infatti, reso manifesti i criteri da seguire ai fini dell'esercizio dell'azione penale nei casi di suicidio assistito, siffatte limitazioni della libertà individuale sarebbero avvenute in assenza di una base legislativa determinata, con conseguente violazione dell'art. 8 §2 Cedu.
Prese le mosse dalla summenzionata pronuncia della Corte edu (*Pretty* c. Regno Unito), la *House of Lords* riconosceva, senza esitazione alcuna, che la fattispecie in esame involge i diritti e le libertà di cui all'art. 8 §1 Cedu. Qualsivoglia limite alle prerogative suddette deve, pertanto, essere munito di una chiara previsione normativa (§39). Si tratta del c.d. «*convention principle of legality*», da cui sortiscono tre distinte categorie d'implicazioni: oltre alla summenzionata «*legal basis in domestic law for the restriction*» occorre, infatti, che «*the law or the rule in question is sufficiently accessible to the individual who is affected by the restriction, and sufficiently precise to enable him to understand the scope and foresee the consequences of his actions, so that he can regulate his conduct without breaking the law*»; ferma, dunque, la sussistenza dei predetti requisiti, è necessario accertare, infine, se il vincolo imposto non sia arbitrario o comunque sproporzionato rispetto al fine perseguito (§40).
Ai fini dell'art. 8 §2 Cedu, il *Code for Crown Prosecutors* (compendio di norme di carattere processuale) avrebbe dovuto essere, pertanto, considerato parte integrante di quella disciplina che determina il fondamento ed i limiti dell'ingerenza dei pubblici poteri nella libertà di autodeterminazione dell'individuo: posta tale premessa occorreva volgere lo sguardo ad un caso eccezionale, quale era quello di specie, interrogandosi se le regole sancite *Code for Crown Prosecutors* avessero consentito di determinare *ex ante* se l'esercizio dell'azione penale nei confronti del marito della Signora *Purdy* fosse corrisposto al c.d. *public interest*: solamente in quest'ipotesi avrebbero potuto dirsi soddisfatti i requisiti di *accessibility* e *foreseeability*, imposti dall'art. 8 §2 (§47).
Richiamato, pertanto, il caso *Daniel James*, con particolare riguardo allo sforzo suppletivo profuso dal *Director for Crown Prosecutions* nell'integrare i criteri contemplati dal *Code for Crown Prosecutors*, rivelatisi troppo generici nel caso di specie (§§49-53), la *House of Lords* notava come tale atto normativo «*in most cases* [...] *will ensure predictability and consistency of decision-taking, and people will know where they stand. But that cannot be said of cases where the offence in contemplation is aiding or abetting the suicide of a person who is terminally ill or severely and incurably disabled, who wishes to be helped to travel to a country where assisted suicide is lawful and who, having the capacity to take such a decision, does so freely and with a full understanding of the consequences*» (§55). Il *Code for Crown Prosecutors* appariva, conseguentemente, inidoneo «*to satisfy the article 8(2) requirements of accessibility and foreseeability in assessing how prosecutorial discretion is likely to be exercised in section 2(1) cases*» (§85).
Per tali motivi, la *House of Lords*, accolte le doglianze della ricorrente, imponeva che il *Director of Public Prosecutions* enucleasse, con riferimento alle sole ipotesi di suicidio assistito, le circostanze suscettibili d'integrare i *Public interest factors tending in favour of (or against)*

prosecution, cui il vertice dell'accusa avrebbe avuto dovuto avere riguardo nell'esercizio del potere discrezionale conferitogli.

4. La Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide

In accoglimento del monito impartito dalla *House of Lords* nel caso *Purdy*, le predette linee-guida venivano pubblicate dal *Director of Public Prosecutions* nel febbraio del 2010 ed aggiornate ad ottobre 2014.

Tale provvedimento, lungi dal concentrarsi sul solo *public interest stage*, fornisce indicazioni avendo riguardo all'intero procedimento penale per i casi di suicidio assistito, dalle indagini preliminari, sino alla *decision whether to prosecute*[66].

Con riferimento alla fase investigativa, il *Director of Public Prosecutions* caldeggia un maggior coordinamento tra la *police* ed il pubblico ministero, auspicando l'emanazione di un protocollo che assicuri un'interazione costante tra i due soggetti durante l'intera fase delle indagini preliminari, cosicché «*all appropriate lines of investigation, in the contest of the individual case, are discussed and agreed by the Prosecution Team*»: la *ratio* è, appunto, quella di assicurare che il pubblico ministero sia posto nelle condizioni di addivenire ad una «*fully informed decision on prosecution*» (§10). A tale scopo, l'organo requirente dovrà disporre, in primo luogo, d'informazioni dettagliate circa la «*mental capacity*» della vittima ed in ordine a qualsivoglia circostanza cui occorra avere riguardo al fine di sondare il c.d. *public interest* (§11); per tali ragioni, il pubblico ministero dovrà porre in essere il c.d. *Full Code Test* solamente a fronte d'indagini complete, eventualmente anche a seguito d'integrazioni richieste alla *police* (§12).

Presso il *Crown Prosecution Service* viene costituita una *Special Crime Division* che esercita le funzioni di pubblico ministero nei procedimenti per i reati suddetti: il vertice di questo nucleo riferisce direttamente al *Director of Public Prosecutions* (§49).

Per quel che attiene alla struttura del *Full Code Test*, le linee-guida ribadiscono che l'*evidential test* dev'essere compiuto prima del *public interest stage*: in caso d'insufficienza degli elementi di prova, l'azione penale non verrà esercitata, indipendentemente dalla gravità del fatto (§13); laddove, viceversa, vi sia «*sufficient evidence* [...] *a prosecution will usually take place unless the prosecutor is sure that there are public interest factors tending against prosecution which outweigh those tending in favour*» (§38).

A questo proposito, viene precisato che la ponderazione del *public interest* non corrisponde ad una somma aritmetica di ciascun singolo fattore. Il pubblico ministero deve, infatti, operare «*an overall assessment*» delle circostanze del caso concreto: anche una sola di queste può eventualmente sopravanzare quelle residue (§39); l'eventuale mancato soddisfacimento di un parametro «*does not necessarily mean that it should be taken as a factor tending in the opposite direction*» (§40).

Qualora, poi, l'unica fonte di prova, avente ad oggetto le condizioni in cui il suicidio è avvenuto e lo «*state of mind*» della vittima, sia costituita dal contributo dell'indagato, tanto la *police* quanto il pubblico ministero devono compiere ogni sforzo ragionevole allo scopo di reperire elementi suscettibili di riscontrare la prospettazione di costui: ciononostante, ove permangano dubbi in

[66] Cfr. S. HAMBLY, *The choice to give up living: compassionate assistance and the Suicide Act*, in *UCLan Journal of Undergraduate Research*, 2010, 3, 9.

ordine alle suddette circostanze, i parametri per cui tali elementi fattuali avevano assunto rilevanza non potranno essere ritenuti soddisfatti (42).
Si passino, dunque, velocemente in rassegna i criteri valutativi, la cui enumerazione, anche in questa ipotesi, dev'essere considerata non esaustiva (§47)[67].
Il *public prosecutor* sarà, dunque, indotto a propendere per l'esigenza di esercitare l'azione penale nei casi in cui (§43): la vittima sia un minore (1) o comunque un soggetto incapace di maturare consapevolmente la scelta di darsi la morte (2); una decisione siffatta non sia stata, appunto, raggiunta in maniera volontaria, consapevole, inequivocabile e risoluta (3); la vittima non abbia comunicato espressamente la propria scelta alla persona sottoposta alle indagini (4), né abbia cercato di propria iniziativa l'incoraggiamento o l'aiuto di costei (5); l'indagato non sia stato spinto unicamente da motivi compassionevoli, ma abbia agito allo scopo di ottenere un vantaggio (economico o d'altro genere) dalla morte della vittima (6)[68]; la persona sottoposta alle indagini abbia fatto pressioni affinché il soggetto passivo commettesse il suicidio (7) o non abbia adottato adeguati accorgimenti per evitare che altri facessero ciò (8); l'indagato abbia, in passato, commesso atti di violenza o comunque di abuso ai danni della vittima (9); il soggetto passivo fosse stato fisicamente in grado di compiere l'atto in cui si è concretizzato l'apporto del terzo (10); tra l'indagato e la vittima non vi fosse stato alcun pregresso rapporto di conoscenza e quest'ultima sia stata consigliata od aiutata dal primo mediante informazioni fornite a distanza (11); l'indagato abbia fornito assistenza a più soggetti, tra loro sconosciuti (12); l'indagato sia stato retribuito dalla vittima o da un suo familiare per il servizio reso (13); l'indagato abbia agito, a titolo oneroso o gratuito, in qualità di medico, infermiere od esercente una professione sanitaria o di pubblico ufficiale, nei confronti di una persona affidata alla di lui cura od autorità (14)[69]; il sospettato fosse stato al corrente del proposito della persona offesa di commettere il suicidio in un luogo pubblico, con la verisimile presenza di più persone (15); la persona sottoposta alle indagini abbia agito, anche se a titolo gratuito, nella qualità di impiegato di un ente, anche senza scopo di lucro, comunque finalizzato a mettere a disposizione strutture/ambienti dedicati alla commissione del suicidio (16).
La *prosecution* potrà, viceversa, risultare un epilogo non necessariamente ineluttabile del fatto criminoso laddove (§45): la vittima abbia maturato volontariamente, in termini non equivoci e risoluti, la scelta di commettere il suicidio (0); l'indagato sia stato animato unicamente da un

[67] Per un'analisi critica cfr. A. SANDERS, *The CPS, Policy-Making and Assisted Dying: Towards a "Freedom" Approach* (*http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/71867*). Interessante è l'analisi dei dati statistici riportati. Dall'aprile del 2009 al luglio del 2017, su un totale di 136 casi di suicidio assistito di cui l'autorità era venuta a conoscenza, 28 episodi erano stati "archiviati" dalla *police*; con riferimento ad altri 85 casi il pubblico ministero aveva deciso *not to prosecute*, mentre era stata esercitata l'azione penale solo per 2 fatti; per 8 notizie di reato il procedimento era ancora pendente; di altri 6 casi non si avevano notizie; 7 fatti erano stati, invece, sussunti sotto fattispecie più gravi.
[68] La circostanza, chiosa il §44 delle linee-guida, va intesa *cum grano salis*: a questo proposito, infatti, «*the critical element is the motive behind the suspect's act. If it is shown that compassion was the only driving force behind his or her action, the fact that the suspect may have gained some benefit will not usually be treated as a factor tending in favour of prosecution*».
[69] Ai fini della sussistenza del parametro suddetto, non è, dunque, sufficiente che «*someone was acting in a capacity described within it: it applies only where there was, in addition, a relationship of care between the suspect and the victims such that it will be necessary to consider whether the suspect may have exerted some influence on the victim*».

intento compassionevole (1); la condotta criminosa, benché sussumibile sotto la fattispecie tipica, abbia comunque fornito un apporto minimo al fatto suicidario sotto il profilo morale o materiale (2); l'indagato abbia cercato di dissuadere la vittima dal proprio intento (3), ragion per cui la sua condotta appaia un mero «*reluctant encouragement or assistance*» a fronte di un'irremovibile decisione da parte della vittima (4); il reo abbia denunciato l'avvenuto compimento del suicidio alla polizia, collaborando effettivamente con l'autorità inquirente all'accertamento del fatto e del di lui coinvolgimento nello stesso (5).

Le circostanze fattuali suscettibili di concretizzare i singoli parametri devono essere sufficientemente prossime, sotto il profilo temporale, alla condotta, in modo da consentire all'accusa d'inferire la rilevanza dei parametri stessi rispetto al fatto concreto (§46).

La tipizzazione dei fattori sottesi al vaglio del c.d. *public interest* imbriglia, dunque, ulteriormente la discrezionalità del *public prosecutor* nell'espletamento del suo *munus publicum*. L'esercizio dell'azione penale viene, pertanto, vincolato anche al previo accertamento delle suindicate circostanze: tale verifica è, appunto, prodromica rispetto al successivo giudizio di meritevolezza del processo[70].

Due notazioni appaiono doverose.

Allo scopo di valutare quali potranno essere le conseguenze del proprio comportamento sul piano penale, i consociati dovranno, pertanto, avere riguardo non soltanto alla norma incriminatrice, bensì anche alle predetta *policy*. Si tratta, a ben vedere, di due elementi non assimilabili sotto il profilo strutturale e funzionale. Il primo descrive un fatto tipico, oggetto d'un divieto, ed implica l'instaurazione di un rapporto di identità/differenza tra la fattispecie astratta e quella concreta, in forza del quale la seconda viene sussunta sotto la prima e, in tal modo, giuridicamente qualificata; le linee guida del *Director of Public Prosecutions* postulano, viceversa, il previo accertamento di una pluralità di circostanze fattuali di cui occorre successivamente verificare la capacità «di esprimere il valore individuato dalla norma» (*id est* se il caso specifico disveli un *public interest* all'esercizio dell'azione penale): la *ratio* è, appunto, quella di garantire il miglior bilanciamento tra gli interessi in conflitto. Alla predetta diversità corrisponde, dunque, un diverso livello di determinatezza della fattispecie[71].

---

[70] Cfr. R. DAW - A. SOLOMON, *Assisted Suicide and Identifying the Public Interest in the Decision to Prosecute*, in *The Criminal Law Review*, 2010, 742.

[71] Così, C. VALENTINI, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 151 e ss. Chiosa, infatti, la *Supreme Court*, nel già citato caso *Nicklinson* [2014] UKSC 38: «*a high standard of clarity and precision is required of any law defining the elements of a criminal offence. We are not, however, concerned with the elements of criminal liability but with the likelihood that those who have incurred criminal liability will be prosecuted. That is not a matter of definition but of discretion. The degree of clarity and precision which it is reasonable to expect of a published policy about the exercise of the prosecutorial discretion is different in at least two important respects from that which can be expected of a statutory provision creating an offence*» (§239): occorre, infatti, avere riguardo, da un lato alla difficoltà pratica che s'incontra nell'enucleare in modo esausitivo i singoli specifici elementi da tenere in considerazione (§240) e, dall'altro, all'esigenza di non invadere le attribuzioni del potere legislativo, atteso che «*there is a fine line between, on the one hand, explaining how the discretion is exercised by reference to factors that would tend for or against prosecution; and, on the other hand, writing a charter of exemptions to guide those who are contemplating breaking the law and wish to know how far they can count on impunity in doing so. The more comprehensive and precise the guidelines are, the more likely they are to move from the first thing to the second*» (§241).

Ferma, dunque, la rilevanza penale delle condotte sussumibili sotto la fattispecie astratta, l'intervento del *Director of Public Prosecutions* consente di stimare anticipatamente quali condotte potranno essere con maggiore probabilità perseguite e quali no[72]: un assetto siffatto determina, in ultima analisi, una parziale "depenalizzazione in concreto" dell'aiuto al suicidio[73].
L'enucleazione d'una fattispecie discrezionalmente vincolata costituisce, altresì, la premessa di un controllo giurisdizionale del rispetto dei criteri guida, sotto il profilo della coerenza tra la scelta operata e i dati di fatto precedentemente acquisiti[74].
Sotto un diverso punto di vista, parrebbe, inoltre, configurarsi una sorta d'eterogenesi dei fini perseguiti dalla giurisprudenza europea e nazionale. La *House of Lords* aveva, infatti, prescritto l'emanazione della *policy* allo scopo precipuo di adempiere ai requisiti di *accessibility* e *foreseeability*, cui devono ispirarsi le norme poste in deroga all'autodeterminazione dell'aspirante suicida, la cui libertà di scegliere quando e come morire viene compromessa dal non poter fare affidamento sull'aiuto di terzi, esposti al rischio d'incriminazione. L'incremento di determinatezza scaturito dal combinato disposto tra la norma sostanziale e quella processuale giova anche al soggetto agente, cui si rivolge il precetto penalistico: controverso è, tuttavia, se il reo possa essere, a sua volta, considerato titolare di una posizione giuridica soggettiva, tutelata ai sensi dell'art. 8 Cedu[75].

---

[72] S'interroga circa la compatibilità dell'operazione in commento rispetto alla *Rule of Law*, J. SPENCER, *Assisted Suicide and the Discretion to Prosecute. R. (Purdy) v Director of Public Prosecutions*, in J. SPENCER, *Noted, But Not Invariably Approved*, cit., 201 e ss., per concludere che, essendosi reso il Parlamento (guidato dall'Esecutivo) responsabile di una sconsiderata ipertrofia del diritto penale, una parziale ribellione da parte delle *Highest Courts* «*is, in a sense, quite understandable*», visto l'abuso d'autorità da parte del potere legislativo.

[73] La depenalizzazione c.d. in concreto opera «sul piano della procedibilità o della non punibilità [...] ovvero sul terreno delle vicende estintive del reato a seguito di condotte riparatorie [tale fenomeno] concerne, dunque, gli interventi deflattivi posti in essere dal legislatore che non si esauriscono con il suo espresso intervento, ma una volta predisposti richiedono l'intervento caso per caso dell'operatore giuridico penale, il quale dovrà accertare, sulla scorta dei criteri legislativamente posti, se la condotta realizzata merita una sanzione penale o una risposta "depenalizzatrice"»: così, M. GAMBARDELLA, *Una depenalizzazione a due marce*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele, P.P. Paulesu, Torino, 2015, 8.

[74] Tale scenario è prospettato da J. HORDER, *Asworth's Principles of Criminal law*, cit., 286 e ss. Sulla discrezionalità vincolata, intesa quale potere «ancorat[o] ad un parametro oggettivo e sufficientemente determinato, la cui applicazione sia passibile di controllo» cfr. D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 122 Cost.: un tentativo di razionalizzazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 264.

[75] Cfr. J. ROGERS, *Prosecutorial Policies, Prosecutorial Systems, and the Purdy Litigation*, in *The Criminal Law Review*, 2010, 556, il quale pertanto si domanda se, ed in quale misura, l'imputato possa esperire una *judicial review*, lamentando la violazione di una propria prerogativa convenzionalmente tutelata, a seguito dell'inosservanza delle predette linee-guida. Tale peculiarità, chiosa l'Autore, è colta anche dalla *House of Lords* nel caso *Purdy*, ove si legge, con riferimento alla fattispecie in esame, che «*the very unusual features of this crime are that it involves the offender assisting an action by a third party which is not itself a crime, the third party who is being assisted is also the victim, the victim will almost always be willing, indeed will very often be the positive instigator of the crime* [...] *In addition, the potential offender is not the person, or at least in not the only person, whose Convention rights are engaged: it is the victim whose art. 8 rights are engaged, and he or she will almost always be usually vulnerable and sensitive*» (§102).

5. Postumi tentativi d'evoluzione

L'entrata in vigore della *policy* parrebbe, tuttavia, emendare solo in parte le incertezze connesse al *case by case approach* sotteso all'apprezzamento del *public interest*: il permanere di un vaglio discrezionale, da compiersi unicamente *ex post facto*, conserva, del resto, numerose incognite in ordine alle conseguenze dell'aiuto al suicidio[76].

Analizzando, poi, il merito del provvedimento, ci si avvede come le linee guida scongiurino tenacemente la fornitura d'informazioni e di assistenza in modo professionale o comunque organizzato [s.45(11)-(14); s. 45(16)]: tale complessivo assetto, s'è detto, rischia, da un lato, di lasciare i soggetti vulnerabili paradossalmente esposti al rischio di abusi e, dall'altro, di fomentare il c.d. turismo suicida, a fronte, peraltro, di scelte scarsamente informate e ponderate[77].

A ciò s'aggiunga che la predetta *policy*, contemplando unicamente il suicidio assistito, non esaurisce il fenomeno del fine-vita, esponendo, pertanto, ad un'accusa di *murder* o di *manslaughter* quanti aiutino a morire soggetti fisicamente del tutto inabili a porre in essere la condotta autosoppressiva[78].

Da una simile vicenda aveva preso le mosse l'*iter* giudiziario che ha condotto alla più volte citata pronuncia sul caso *Nicklinson* [2014]. A seguito d'un *ictus* cerebrale, il Signor *Tony Nicklinson* era rimasto completamente paralizzato, vittima della c.d. *locked in syndrome*: pur non essendo affetto da una malattia terminale, egli aveva deciso di porre fine alla propria vita, giudicata oramai umiliante ed intollerabile. Essendo, tuttavia, in grado unicamente di muovere gli occhi, egli necessitava dell'aiuto di un terzo che provocasse il di lui *exitus* (*id est*, con una forma di eutanasia attiva in senso stretto); alternativamente, il Signor *Nicklinson* avrebbe desiderato fruire di un congegno, azionabile con un battito di palpebre, in grado di iniettare un *mix* letale di farmaci: entrambe le scelte avrebbero esposto i terzi che l'avessero aiutato ad accuse di omicidio, nel primo caso, e di aiuto al suicidio, nella seconda ipotesi.

Adita la *Divisional Court*, il ricorrente mirava ad ottenere una statuizione che dichiarasse applicabile la fattispecie dello stato di necessità alle prospettate ipotesi di omicidio del consenziente o di suicidio assistito. In via alternativa o cumulativa, il Signor *Nicklinson* domandava una declaratoria d'incompatibilità delle fattispecie omicidiarie e della s. 2 *Suicide Act*

---

[76] Cfr. J. COGGON, *Assisting 'death tourism': possible prosecution or pragmatic immunity?* (*www.research.manchester.ac.uk*).

[77] Così, H. BIGGS, *Legitimate Compassion or Compassionate Legitimation? Reflections on the Policy for Prosecutors in Respect of Cases of Encouraging or Assisting Suicide*, in *Feminist Legal Studies*, 2011, 1, 83 e ss.

[78] E' questo, ad esempio, il caso di *R v Gilderdale*, (2010, *unreported*): la vittima, che soffriva di una forma avanzata di sclerosi multipla, aveva da tempo espresso il desiderio di lasciare la vita. Iniettatasi autonomamente due dosi di morfina nella speranza di provocare un'*overdose*, temendo che ciò non fosse efficace, oramai impossibilitata ad ulteriori condotte, aveva pregato la madre di aiutarla a morire: quest'ultima aveva somministrato alla figlia un *cocktail* di barbiturici, insufflandole, altresì, delle bolle d'aria in vena. Attesa l'impossibilità di stabilire con certezza la causa della morte, il *public prosecutor* aveva formulato una *attempted murder charge*, non accettando il *guilty plea* della madre per il reato di suicidio assistito. Ravvisata la sussistenza di quest'ultima fattispecie, la corte aveva emesso *a 12 months conditional discharge*, applicando un istituto che determina una frattura tra la fase della *conviction* e quella del *sentencing*, la quale ultima rimane sospesa per un periodo non superiore a tre anni, al cui termine, ove non siano stati posti in essere ulteriori reati, non si farà luogo ad alcuna irrogazione di pena. Sul punto cfr. *Sentencing: Victims and Witnesses* (*www.cps.gov.uk*); *Why was Kay Gilderdale in court charged with attempted murder?* (www.telegraph.co.uk).

(1961) rispetto all'art. 8 Cedu, nella misura in cui dette norme punivano le pratiche eutanasiche; analoga sorte avrebbe dovuto avere la *mandatory life sentence*, prevista per il delitto di *murder*, ove ritenuta applicabile al caso di specie[79].

In condizioni di paralisi semitotale versava anche il Signor *Martin*, il cui ricorso veniva deciso unitamente a quello del Signor *Nicklinson*. Desideroso di recarsi in Svizzera per fruire del suicidio assistito, il ricorrente necessitava, tuttavia, di supporto economico e logistico, atteso che la di lui moglie si era rifiutata di aiutarlo. Egli chiedeva alla Corte di ordinare che il *Director of Public Prosecutions* chiarisse la propria *policy* sulla *prosecution* del suicidio assistito con riferimento all'aiuto prestato da terzi professionisti, estranei alla cerchia degli affetti del paziente, ma comunque animati da intenti compassionevoli; in subordine, la Corte avrebbe dovuto dichiarare l'incompatibilità della s. 2 del *Suicide Act* (1961) rispetto all'art. 8 Cedu.

Entrambi i ricorsi venivano rigettati: ritenute, sotto il primo profilo, tanto l'inapplicabilità della scriminante invocata, quanto la compatibilità con l'art. 8 Cedu di un assoluto divieto di ricorrere alle pratiche eutanasiche[80], la *High Court* aveva statuito, con riferimento alla richiesta del Signor *Martin*, che il *Director of Public Prosecutions* - qualora avesse emanato delle linee guida ancor più dettagliate - si sarebbe arrogato un potere costituzionale spettante al Parlamento[81].

La pronuncia veniva appellata tanto dalla moglie del Signor *Nicklinson* - lasciatosi, nel frattempo, morire d'inedia - quanto dal Signor *Martin*. I ricorsi venivano esaminati unitamente a quello proposto dal Signor *Paul Lamb*, un soggetto rimasto tetraplegico a seguito di un incidente automobilistico e, pertanto, impossibilitato, al pari del Signor *Nicklinson*, a commettere il suicidio.

La *Court of Appeal* rigettava, parimenti, tutti i ricorsi in punto di compatibilità del c.d. *blanket ban* rispetto all' 8 Cedu: veniva, in particolare, ribadito che gli Stati membri del Consiglio d'Europa godevano di un margine di apprezzamento nel valutare la necessità di ricorrere ad una siffatta ingerenza nella vita privata dei consociati; eventuali mutamenti dell'assetto normativo sarebbero stati di competenza del legislatore[82].

---

[79] Cfr. F. PICINALI, *Regno unito: un nuovo importante "right-to-die case" in materia di eutanasia attiva* (*www.penalecontemporaneo.it*).

[80] Circa un anno prima, la Corte di Strasburgo aveva pronunciato la sentenza Corte edu, 20 gennaio 2011, *Haas* c. Svizzera, ov'era stato sancito a chiare lettere che il diritto al rispetto della vita privata, nell'accezione di cui all'art. 8 Cedu, abbraccia anche la facoltà in capo a ciascun individuo (in grado di compiere autonome decisioni) di scegliere «*by what means and at what point his or her life will end*» (§51). Tuttavia, la Corte aveva ritenuto che, anche laddove si fosse dovuta inferire l'esistenza di un obbligo, in capo agli Stati membri, di facilitare la commissione del suicidio in condizioni dignitose, nel caso di specie la Svizzera non fosse venuta meno allo stesso (§61).

[81] Cfr. *R (on the application of Tony Nicklinson) v Ministry of Justice*, [2012] EWHC 2381 (Admin), in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di F. PICINALI, *La decisione della High Court inglese nel caso Nicklinson: confermata l'illiceità dell'eutanasia attiva*. Chiosa, infatti, la *High Court*: «*for the DPP to lay down a scheme by which it could be determined in advance as a matter of probability whether an individual would or would not be prosecuted would be to do that which he had no power to do, i.e. to adopt a policy of non-prosecution in identified classes of case, rather than setting out factors which would guide the exercise of his discretion*» (§144).

[82] Cfr. Corte edu, 19 luglio 2012, *Koch* c. Germania, nella cui sede veniva ravvisata una violazione dell'art. 8 della Convenzione, sotto il profilo sostanziale e processuale, per essere state dichiarate inammissibili le doglianze che il ricorrente aveva presentato avverso le decisioni con cui gli organi interni avevano negato la somministrazione della sostanza letale alla di lui moglie, affetta da tetraplegia. Il ricorrente era stato considerato direttamente coinvolto nella vicenda a causa della «*close relationship*»

Veniva, invece, accolta la doglianza afferente all'indeterminatezza della *policy* con riferimento ai c.d. *healthcare professionals*: la s. 43(14) appariva, infatti, densa di ambiguità in relazione a tali soggetti, specie nell'ipotesi in cui costoro, seppur motivati da intenti compassionevoli, avessero accettato una qualche forma di pagamento per il loro servizio s.43(6)(13). Donde un difetto di *foreseeability* della fattispecie[83].

Tutti gli attori principali proponevano appello innanzi alla Suprema Corte: la moglie del Signor *Nicklinson* ed il Signor *Paul Lamb* avverso il rigetto delle pregresse doglianze; il *Director of Public Prosecutions* impugnava il parziale accoglimento della questione sollevata dal Signor *Martin*, il quale, a sua volta, appellava incidentalmente, considerando che il monito impartito al vertice dell'accusa non fosse sufficiente.

Ne scaturiva una pronuncia assai articolata, ritenuta da taluni evasiva[84].

Tutte le doglianze venivano, in ultima analisi, rigettate. Per quel che attiene alla (in)compatibilità della s. 2 del *Suicide Act* (1961) rispetto all'art. 8 Cedu, solamente due giudici del collegio risultavano propensi a ravvisare un'indubbia collisione tra la norma incriminatrice ed il diritto convenzionale: le ragioni dell'antinomia risiedevano nel fatto che la normativa interna «*does not provide for any exception for people who have made a capacitous, free and fully informed decision to commit suicide but require help to do so*» (321). Altri tre giudici, dal canto loro, pur ritenendo che la norma penale comportasse un'interferenza nella libertà di autodeterminazione potenzialmente sproporzionata rispetto al fine perseguito (111), sceglievano di accordare al Parlamento la possibilità di modificare la fattispecie incriminatrice, allo scopo di sopperire alle aporie di tutela che affliggevano quanti si trovavano nelle stesse condizioni dei ricorrenti (113). I quattro giudici residui ritenevano, invece, che la questione in oggetto dovesse essere affrontata unicamente dal potere legislativo[85].

Veniva rigettata anche la doglianza relativa al presunto difetto di tassatività della *policy for Prosecutors*, alla luce del fatto che, nel corso del giudizio, il *Director of Public Prosecutions* aveva dato prova che le linee guida tradissero, *in parte qua*, l'approccio effettivamente seguito dai pubblici ministeri[86]: tale atto normativo veniva, pertanto, modificato ponendo, come s'è visto, l'accento sull'eventuale influenza esercitata dai *care workers* in ordine alla scelta suicidaria[87].

La flessibilità determinata da un'azione penale non obbligatoria non ha, comunque, impedito alla Suprema Corte di ravvisare potenziali profili di collisione tra un divieto assoluto di ricorrere alle pratiche eutanasiche ed i diritti individuali convenzionalmente rilevanti. Punto cruciale della problematica in oggetto sembra essere l'equilibrio tra i diversi poteri costituzionali: posto innanzi al monito espresso in seno all'*arrêt Nicklinson*, il *Parliament* ha consentito il naufragio di

---

con la propria moglie. Ciò posto, «*the Court considers that it is primarily up to the domestic courts to examine the merits of the applicant's claim*» (§71).

[83] Cfr. *R (on application of Nicklinson and Lamb) v Ministry of Justice* [2013] EWCA Civ 961 (140).

[84] Sul punto cfr. C. DRAGHICI, *The Blanket Ban on Assisted Suicide: Between Moral Paternalism and Utilitarian Justice*, in *European Human Rights Law Review*, 2015, 3, 285 e ss.

[85] Cfr. S. LIPSCOMBE - S. BARBER, *Assisted Suicide* (*www.parliament.uk*). In quel periodo era, del resto, in discussione un progetto di modifica della legge. Cfr. *Assisted Dying Bill* (*www.parliament.uk*).

[86] Cfr., anche, Corte edu, 14 maggio 2013, *Gross* c. Svizzera, ove i Giudici alsaziani hanno ritenuto che la carenza di «*clear and comprehensive legal guidelines*» concernenti l'accesso alle procedure di suicidio assistito determinasse una violazione dell'art. 8.

[87] Cfr. A. MULLOCK, *The Supreme Court decision in Nicklinson: Human rights, criminal wrongs and the dilemma of death*, in *Journal of Professional Negligence*, 2015, 18 e ss.

qualsivoglia progetto legislativo, lasciando i giudici di merito blindati nel solco tracciato dalla *Supreme Court*[88].
Diverse sorti ha avuto l'analoga vicenda canadese, ove la declaratoria di parziale incostituzionalità del divieto di suicidio assistito, la cui efficacia era stata sospesa per un anno, ha trovato puntuale risposta nell'iniziativa del Parlamento[89].
Uno spettro s'aggira per l'ordinamento italiano[90].

[88] Cfr. *R. (Conway) v Secretary of State for Justice (Humanists UK and others intervening)*, [2018] EWCA Civ 1431.
[89] Cfr. *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331. Sul punto O. POLIPO, *La legalizzazione del suicidio assistito in Canada: quando i poteri costituzionali sono complementari* (www.penalecontemporaneo.it).
[90] Si veda Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 207, depositata nelle more della pubblicazione del presente lavoro. Sulla falsariga della succitata pronuncia, inerente la vicenda canadese, il Giudice delle leggi, per un verso, ha chirurgicamente cesellato i profili d'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. e, per altro verso, ha rinviato la relativa decisione all'udienza del 24 settembre 2019, onde consentire al legislatore di emendare il relativo *vulnus*, evitando, al contempo, di lasciare il fenomeno privo di disciplina alcuna, esponendo una molteplicità di soggetti deboli al rischio d'abusi.

Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo.

di ***Federico Consulich*** (Professore associato di diritto penale presso l'Università degli Studi di Genova e Avvocato in Milano) *e* ***Carolina Genoni*** *(Avvocato in Milano).*

Il lavoro intende prospettare ragionevoli ipotesi di disciplina in ordine alla tutela dell'autodeterminazione del malato con prognosi infausta che manifesti un'intenzione anticonservativa.
In tale scenario il diritto penale oggi è inadeguato, perché
i) non riconosce: l'istigazione e l'aiuto sono assai diversi dal punto di vista del disvalore della condotta,
ii) sottovaluta: il consenso effettivo e il consenso presunto sono radicalmente eterogenei, poichè in questa seconda eventualità è in realtà un terzo a decidere il momento di interruzione della vita, e
iii) sopravvaluta: il formante giurisprudenziale valorizza spesso discontinuità fittizie dal punto di vista assiologico, quali la distinzione tra eutanasia attiva e omissiva, allorchè, con la prima, si intenda l'attivazione di percorsi eziologici letali rispetto a soggetti già avviati in breve tempo ad un evento infausto e, con la seconda, l'interruzione di trattamenti salvifici.
La regolazione di siffatti fenomeni passa certamente attraverso la costruzione di un'articolata scriminante, che deve considerare due elementi fondamentali:
a) solitamente l'antigiuridicità è la sede della composizione di un contrasto tra beni confliggenti imputabili a titolari differenti; nel caso delle decisioni di fine vita i due interessi in conflitto appartengono al medesimo soggetto, sicchè ogni intervento dello Stato che voglia evitare un approccio paternalistico dovrebbe limitarsi a verificare (prima) e garantire (poi) la libera autodeterminazione dell'individuo, unico reale protagonista del bilanciamento;
b) le scelte di fine vita subiscono valutazioni diverse a seconda degli ordinamenti, a tal punto che a volte l'aiuto al suicidio consiste proprio nel condurre il malato in Paesi 'più permissivi': dovrebbero essere sottratti alla nostra disciplina soggetti che compiano il fatto in ordinamenti che ammettono pratiche qui vietate.

This paper intends to envisage reasonable hypotheses of discipline in order to protect the self-determination of the patient with a poor prognosis that shows an anti-preservative intention.
In this scenario, the criminal law today is inadequate, because
i) does not recognize: the instigation and the help are very different from the point of view of the negative value of the conduct,
ii) undervalues: the actual consent and the presumed consent are radically heterogeneous, since in this second event it is actually a third party to decide the moment of interruption of life, and
iii) overvalues: the jurisprudence formant often values fictitious discontinuities from the axiological point of view, such as the distinction between active and omissive euthanasia when, with the former, we intend to activate lethal etiological pathways with respect to subjects already

started in a short time inauspicious event and, with the second, the interruption of salvage treatments.
The regulation of such phenomena certainly passes through the construction of a complex justification, which must consider two fundamental elements:
a) usually justification is the seat of the composition of a contrast between conflicting goods imputable to different owners; in the case of end-of-life decisions the two conflicting interests belong to the same subject, so that any intervention by the State wishing to avoid a paternalistic approach should be limited to verifying (first) and guaranteeing (then) the free self-determination of the individual, the only real protagonist balancing;
b) end-of-life choices are subject to different judgments, so much so that sometimes help in suicide consists in leading the sick to more 'permissive' countries: subjects who make up the fact should be subtracted from our discipline in systems that allow practices prohibited here.

Sommario: 1. Premessa. L'interesse all'autodeterminazione del malato al cospetto del diritto penale codicistico. - **2.** Le fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio, più da vicino. - **3.** L'eutanasia tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio. - **4.** Realtà e presunzione in tema di consenso a trattamenti sanitari: le disposizioni anticipate di trattamento. - **5.** L'autodeterminazione del malato nel nostro ordinamento: la 'via italiana'. - **6.** Lo scenario comparato: alcune notazioni sparse. - **7.** L'aiuto al suicidio nell'era delle disposizioni anticipate di trattamento: valutazioni in termini di ragionevolezza. - **8.** Alla ricerca di una ragionevole tecnica di degradazione dell'illecito penale nel contesto del fine vita. - **8.1** L'insufficienza della prospettiva orientata al fatto. - **9.** I riferimenti normativi costituzionali: tra divieto di uccidere e libertà di morire. - **10.** Cambio di paradigma: *dall'incriminazione* alla *giustificazione* alla ricerca di una disciplina equilibrata per l'aiuto 'ammissibile' al suicidio altrui. - **10.1** Pregi *apparenti* e difetti *reali* di una scriminante costituzionale in tema di aiuto al morente. – **11.** L' 'impeto di Buridano': il diritto penale provvisorio durante il dialogo tra Corte Costituzionale e Legislatore in tema di fine vita. - **12.** Conclusioni. La "non eterodeterminazione" come libertà negativa da tutelare attraverso una scriminante costituzionale riferibile all'ausilio del terzo.

1. Premessa. L'interesse all'autodeterminazione del malato al cospetto del diritto penale codicistico

La tutela della vita rappresenta un tema di grande interesse per il legislatore italiano, che sin dal 1889, sotto la vigenza del Codice Zanardelli, ha voluto punire severamente qualsivoglia contributo volto alla realizzazione dell'intento anticonservativo dell'aspirante suicida.
L'indisponibilità del bene vita, con l'unica eccezione delle condotte suicidarie, non punite dall'ordinamento, è stata riaffermata nel 1930, come testimoniato dalla comparsa nel Codice Rocco della fattispecie di omicidio del consenziente, di cui all'art. 579 c.p., e dalla rimodulazione della già esistente previsione di istigazione o aiuto al suicidio, di cui all'art. 580 c.p., comprensiva dell'ipotesi del tentativo da cui derivi una lesione personale grave o gravissima[1].

Benchè il contenuto del presente saggio sia integralmente condiviso dagli Autori, i §§ da 1 a 6 sono stati scritti da Carolina Genoni, mentre i restanti da Federico Consulich.

Il legislatore penale non disciplina, dunque, l'atto di suicidio, purché il processo che conduce il soggetto a porre fine alla propria esistenza sia da questi interamente governato e, in quanto tale, libero da interferenze esterne tanto sul piano volitivo quanto esecutivo.
Ratio essendi dei delitti di cui agli artt. 579 e 580 c.p. è, infatti, il protagonismo del terzo nell'*iter* tanatologico, in via diretta (omicidio del consenziente) o indiretta (istigazione o aiuto al suicidio). Orbene, di fronte ad uno scenario penalistico incentrato, quanto all'interesse da proteggere, esclusivamente sulla vita, intesa in senso astratto e monolitico, e, quanto al soggetto la cui condotta va regolata, su colui che agisce sul (o coopera con) il morente, nessuno spazio pare emergere per gli interessi di quest'ultimo, in particolare per la sua autodeterminazione di fronte alla malattia, e finanche per la sua condotta.
É dunque autoevidente che la situazione normativa risultante sia del tutto insoddisfacente.

2. Le fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio, più da vicino

L'art. 579 c.p.[2] integra un'ipotesi autonoma e diversa di omicidio volontario, in forza della presenza dell'elemento specializzante del consenso della vittima, da cui consegue una pena più mite per l'autore del fatto.
Il legislatore del Trenta, pur non attribuendo valore scriminante al consenso del soggetto passivo, ne ha riconosciuto la portata degradante del disvalore dell'illecito, in particolare dell'elemento soggettivo, come si può ricavare dalla lettura dei lavori preparatori al codice penale, da cui emerge "*l'influenza veramente notevole che* [il consenso della vittima] *esercita sull'apprezzamento del dolo in genere e della personalità del colpevole*"[3].
Ovvio che tale ruolo può essere giocato solo da un consenso valido ed efficace, libero da condizionamenti, in quanto espressione della effettiva e consapevole volontà di morire[4], che deve riflettersi nella consapevolezza del reo[5].

---

[1] In questo specifico ambito, il Codice Zanardelli si contraddistingueva per l'assenza di una fattispecie dedicata all'omicidio del consenziente, equiparato all'omicidio volontario, e per la previsione del reato di istigazione o aiuto al suicidio, la cui punibilità era limitata al solo caso di verificazione dell'evento. Per una compiuta analisi del percorso storico e giuridico, che dal *diritto di far morire o di lasciar vivere*, caratterizzante la teoria classica della sovranità, approda all'attuale rivendicazione da parte dello Stato del *diritto di lasciar morire*, si veda, Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in Rodotà-Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, II, Milano, 2011, 189 ss.
[2] L'art. 579 c.p. prevede che: "*1. Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.*
2. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. 3. Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:
1) contro una persona minore degli anni diciotto;
2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti;
3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno".
[3] *Relazione al progetto definitivo del codice penale e di procedura penale*, in *Codice penale illustrato con lavori preparatori*, a cura di Mangini, Gabrielli, Casentino, Roma, 1930, 462.
[4] Sul punto si veda Tordini Cagli, sub *art. 579 c.p.*, in Cadoppi-Canestrari-Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, 2218
[5] Del resto, il comma 3 dell'art. 579 c.p. prevede che si applichino le disposizioni relative all'omicidio comune, qualora il consenso non provenga da un soggetto in grado di comprendere e scegliere

L'art. 580 c.p.[6] risulta in qualche modo espressivo di un disvalore attenuato, come comprovato dalla minore pena. La condotta del terzo diventa accessoria ad un'azione anticonservativa che è tutta del suicida e l'elemento soggettivo in capo all'agente muta decisamente: non più percezione del consenso della vittima, ma dell'obiettiva serietà del proposito suicida.
Pena più lieve, ma ugualmente distribuita tra forme di contributo *prima facie* davvero diverse: il *concorso morale*, consistente nel determinare l'insorgenza del proposito suicidario inesistente o nel rafforzare un proposito già esistente, e il *concorso materiale*, integrato da chi agevola in qualsiasi modo l'esecuzione dell'atto di suicidio.
Qui emerge in tutta la sua evidenza un primo momento di *inadeguatezza* del diritto penale in materia di fine vita, che risulta *incapace di riconoscere* il diverso disvalore sotteso alle condotte di istigazione e rafforzamento al suicidio e di agevolazione dell'esecuzione del suicidio: un conto è incidere sulla determinazione del soggetto, facendo sorgere o rafforzando un proposito già esistente, un conto è aiutare chi si è già determinato in piena autonomia, agevolandone i voleri.
Tale diversificazione pone evidentemente un problema di ragionevolezza dell'art. 580 c.p., come rilevato dalla Corte di Assise di Milano, in relazione alla vicenda Antoniani[7].

3. L'eutanasia tra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio

Sebbene nessuna delle due fattispecie in esame rechi alcun esplicito riferimento all'ambito medico sanitario o anche solo al concetto di malattia o sofferenza, entrambe le norme finora indicate vengono chiamate in causa come elementi essenziali della disciplina italiana del cd. fine vita, vale a dire delle scelte terapeutiche inerenti al malato sofferente senza prospettive di cura.
Il comune denominatore dei noti casi giudiziari di Piergiorgio Welby, Eluana Englaro e Fabiano Antoniani (per non citare quelli solo un poco più in ombra), è rappresentato dallo stretto rapporto tra patologia, tale da rendere inaccettabili al malato le condizioni degradanti in cui era irreversibilmente costretto a vivere, e scelta anticonservativa (diretta: Welby e Antoniani, o tramite un terzo: Englaro).

Nonostante la casistica sia molto ampia e variegata, è possibile operare la risalente, seppur ormai chiaramente convenzionale, classificazione delle cd. "pratiche di fine vita" alla luce della qualificazione penalistica:

A) l'*eutanasia indiretta*, nel senso etimologico del termine, consistente nella morte naturale resa indolore dalla somministrazione doverosa, e indiscutibilmente lecita, di terapie palliative;

---

deliberatamente le conseguenze derivanti dalla propria decisione, in quanto minore degli anni 18, infermo di mente o il cui consenso sia stato estorto o carpito con l'inganno.

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

[7] In questo senso Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. - riv. trim.*, 10/2018, 99; Corte ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, 1 e ss., in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 febbraio 2018.

B) l'*eutanasia passiva (o omissiva)*, consistente nella omissione da parte del medico delle cure necessarie per tenere in vita il paziente con prognosi infausta e nel corrispondente rifiuto, da quest'ultimo manifestato, della somministrazione o prosecuzione di terapie salvifiche, costituzionalmente garantito dagli artt. 32 e 13 cost.;

C) l'*eutanasia attiva*, consistente invece nell'*attivazione* di percorsi eziologici letali rispetto a soggetti già avviati in breve tempo ad un evento infausto e vietata dal nostro ordinamento.

La convenzionalità della sistematica ora richiamata emerge peculiarmente nella distinzione tra eutanasia attiva e passiva; il riferimento alle modalità commissive o omissive della condotta è grandemente *sopravvalutato* poichè la pratica medica mostra una profonda commistione di moduli operativi del sanitario. Di rimpetto a tale *mixtum*, l'autodeterminazione del malato, via via sempre più tutelata giuridicamente, si manifesta non solo attraverso il rifiuto di cure, ma soprattutto come richiesta di interruzione di trattamenti sanitari, benchè salvifici.

Il caso Englaro, in questo scenario, rappresenta senza dubbio un *unicum*, ponendo ai giudici che se ne sono occupati un profilo nettamente distinto e ulteriore rispetto alla mera tutela della volontà del malato rispetto alle terapie salvavita, in ragione del fatto che la determinazione della paziente, da molti anni in uno stato vegetativo permanente, non era disponibile. Si è trattato in questa ipotesi di comprendere se il consenso all'interruzione delle terapie salvavita potesse essere prestato 'per rappresentanza' da un terzo qualificato.

4. Realtà e presunzione in tema di consenso a trattamenti sanitari: le disposizioni anticipate di trattamento

La disciplina delle scelte attinenti al "fine vita" nel nostro ordinamento è stata generata da una 'ibridazione' tra diritto legale e diritto giurisprudenziale. Si è trattato di una regolazione che ha preso le mosse da generali principi costituzionali, è transitata per una lunga fase pretoria, in cui la giurisprudenza ha supplito il legislatore rispetto alle istanze collettive di normazione ed è giunta oggi alla l. n. 219 del 22 dicembre 2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento.

Lasciati soli per decenni da un legislatore imbelle, i giudici di merito e di legittimità hanno comunque conformato una serie di principi fondamentali della materia: esclusi i casi che rendono necessari interventi di urgenza sul malato incapace, si è acclarato che qualsiasi trattamento terapeutico debba essere subordinato al consenso informato dell'interessato, che come chiarito dalla Corte Costituzionale trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 cost. ed esplica così la sua "*funzione di sintesi tra due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*"[8].

Implicazione immediata è stata l'affermazione del diritto incoercibile del malato di rifiutare ogni trattamento, a prescindere che sia già in corso di somministrazione o meno, con la conseguente illiceità del comportamento del medico che operi contro la volontà del paziente[9].

Ciò non di meno è rimasto a lungo scoperto il nervo della qualificazione della condotta del medico rispetto al paziente cronico non cosciente.

[8] Corte Cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *www.cortecostituzionale.it*.

[9] Cass. Pen., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Foro it.*, 2009, 6, II, 305.

Il legislatore ha sempre *sottovalutato* l'eterogeneità tra consenso *effettivo* e consenso *presunto*, privando quest'ultimo di una autonoma normativa almeno fino alla l. n. 219 del 2017, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.
Ne è scaturita finalmente la codificazione del diritto, spettante tanto alla persona capace quanto a quella incapace, di rifiutare le cure, personalmente o tramite un terzo.
Il comma 5 dell'art. 1, rubricato *Consenso informato*, stabilisce infatti che "*ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare* […] *qualsiasi trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia*" e, al contempo, *"ha il diritto di revocare il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento* […]. *Sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale*".
Il comma 6 del medesimo articolo impone al medico di rispettare la volontà espressa dal paziente di *rifiutare* il trattamento sanitario o *rinunciare* al medesimo e, di conseguenza, "*è esente da responsabilità civile o penale*".
La nuova legge ha, dunque, disciplinato espressamente una scriminante per specifiche ipotesi di omicidio del consenziente, valevoli, come accennato, anche per i casi in cui il paziente non sia attualmente capace di esprimere la propria volontà.
L'art. 4, rubricato *Disposizioni anticipate di trattamento* (c.d. DAT), chiarisce la portata vincolante per il sanitario delle dichiarazioni precedentemente rese da un paziente non più in grado di confermarle a causa di una sopravvenuta incapacità di autodeterminarsi. Il comma 1 prevede che "*ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi […] può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari*"[10].
Con riferimento alla portata vincolante delle dichiarazioni anticipate di trattamento, il comma 6 precisa che "*il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita*".
L'esercizio dei poteri di rappresentanza nell'interesse della persona incapace, che non abbia precedentemente reso dichiarazioni anticipate di trattamento, sembra invece trovare tutela nei commi 4 e 5 dell'art. 3, laddove è previsto che "*nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere*", rimettendo al giudice

[10] Quanto ai requisiti di forma e alle ipotesi in cui il disponente versi in condizioni di salute tali da non consentire il rispetto dei requisiti richiesti, il comma 5 chiarisce che "*le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro* […]. *Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento*".

tutelare le eventuali controversie relative a posizioni confliggenti tra volontà del rappresentante e volontà del medico sulla migliore terapia per il paziente.
Il presente contributo non può essere occasione di una riflessione approfondita della complessiva disciplina risultante dall'intervento del 2017, ma sia consentito in questa sede rilevare come l'indeterminatezza dei confini del consenso presunto, emersa in tutta la sua drammaticità nel caso Englaro, sia stata solo in parte risolta dalla nuova normativa. L'omessa indicazione dei parametri necessari per ricostruire il consenso dell'incapace finisce per rappresentare una nuova delega implicita del legislatore all'autorità giudiziaria che dovrà caso per caso valutare la corrispondenza tra la volontà espressa dal tutore e quella del beneficiario "*in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere*".
Ulteriormente, ed è quel che qui più importa, la legge del 2017 non è intervenuta in alcun modo sull'assetto normativo preesistente in tema di istigazione o aiuto al suicidio, sicchè il compito principale del penalista oggi in questo campo è comprendere se e a quali condizioni il medico o il familiare possano contribuire alla realizzazione della libera scelta del malato di compiere un gesto anticonservativo, senza incorrere in una responsabilità penale.

5. L'autodeterminazione del malato nel nostro ordinamento: la 'via italiana'

I confini delle condotte penalmente irrilevanti sono stati, come detto, tracciati dalla giurisprudenza penale e civile in occasione delle pronunce sulle vicende Welby[11] e Englaro[12], che hanno riconosciuto rilevanza costituzionale, in forza degli artt. 32 e 13 cost., al diritto di rifiutare o interrompere le cure e, dunque, per il penalista, la idoneità scriminante dell'autodeterminazione terapeutica.
E così, la condotta del medico che, su richiesta del malato terminale, stacchi il ventilatore artificiale – trattamento indubbiamente salvifico – previa somministrazione di un forte sedativo, cagionando la morte del paziente, è oggi lecita, prima e a prescindere dall'inquadramento del contributo del sanitario in chiave attiva od omissiva.
Il medesimo diritto è garantito anche al malato che non sia più in grado di manifestare il proprio intento anticonservativo, in quanto incapace, che vedrà comunque tutelata la propria posizione in forza di una richiesta in tal senso formulata dal suo tutore, portavoce della volontà del proprio assistito, ricostruita in via presuntiva.
Per altro verso, l'ordinamento consente, dunque, al malato con prognosi infausta di togliersi la vita in assoluta autonomia e solitudine: il suicidio rimane pacificamente oggi un atto 'indifferente' *per il diritto penale.*
L'ipotesi più problematica è quella del malato non autosufficiente rispetto all'atto suicidario e per il quale, al contempo, il rifiuto o l'interruzione delle terapie mediche non siano immediatamente causali rispetto alla morte.
Paradigmatica la recente vicenda Antoniani, che vedeva imputato Marco Cappato del reato di istigazione o aiuto al suicidio, per avere agevolato l'esecuzione del gesto anticonservativo commesso da Antoniani, avendolo accompagnato presso il luogo da questi prescelto per togliersi la vita.

[11] Trib. Roma (G.u.p.), 23 luglio 2007, in *Foro it.*, II, 2008, 105 ss.
[12] Cass. Civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, I, 2007, 3025 ss.

Ad oggi l'attuale quadro normativo persiste nel criminalizzare il suicidio assistito, ma si tratta di una soluzione assai discutibile dal punto di vista della ragionevolezza complessiva della disciplina e rispetto a cui molteplici alternative sono offerte dal diritto comparato.

6. Lo scenario comparato: alcune notazioni sparse

Le perplessità appena sollevate in merito alla ragionevolezza della tutela apprestata dal nostro ordinamento al malato terminale che manifesti un intento anticonservativo aumentano se la cd. 'via italiana' viene messa a confronto con le discipline in materia di fine vita vigenti in altri Paesi, quali Olanda, Germania e Svizzera, nonchè con la legislazione di uno Stato americano: l'Oregon.
In Olanda l'eutanasia e il suicidio assistito sono stati riconosciuti legittimi a determinate condizioni dal *Termination of Life on Request and Assissted Suicide Act* del 2002, che ha codificato un caso giurisprudenziale del 1973, sancendo la non punibilità dei reati di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio, previsti dal codice penale olandese, quando il medico assecondi la richiesta del paziente nel rispetto di specifiche procedure[13]. L'aiuto a morire viene concesso solo in casi tassativi e praticato in strutture sanitarie sottoposte ad un controllo *ex post*. Si assiste, dunque, ad una stretta proceduralizzazione del momento volitivo ed esecutivo che caratterizzano il processo innescato dalla richiesta del malato.
L'Olanda adotta un criterio soggettivo orientato alla compassione verso il malato: l'elemento determinante per l'intervento è la valutazione dell'insopportabilità della sofferenza espressa dal paziente e condivisa dal medico, che assume quindi un ruolo attivo[14].
Lo stesso sentimento di compassione – seppur non codificato – sorregge, di fatto, l'unica ipotesi lecita di aiuto al suicidio oggi contemplata dall'ordinamento **tedesco**, in quanto limitata ai soli parenti e compartecipi, definiti "*anime pietose*", che decidano di assecondare la richiesta anticonservativa del malato. Nel 2015, infatti, il legislatore, che fino a quel momento criminalizzava la sola fattispecie di omicidio del consenziente, ha introdotto il divieto penale di qualsiasi attività commerciale organizzata volta ad agevolare il suicidio[15], codificando una prassi invalsa presso la classe medica, che si è sempre astenuta da interventi con finalità eutanasiche. Tale disciplina sembra, dunque, orientata a vietare qualsiasi aiuto "professionalmente organizzato"[16].
Contrariamente a quanto accade in Germania, in Svizzera la non punibilità dell'istigazione o aiuto al suicidio, quando attuati "*per motivi non egoistici*"[17], e la previsione della fattispecie di omicidio

[13] La disposizione è collocata nella *Section* 293.2 e 294.2; il testo della legge del 12 aprile 2001, n. 192, in vigore dal 1° aprile 2002, è consultabile in *Bioetica*, 2001, 389 ss., come indicato da Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, nota 52, 567.
[14] Picozzi e Ferraro, *L'ombra del nazismo. Legiferare sulla fine della vita: ombre e paure*, 2009, 161 e 163.
[15] L'art. 217 StGB, rubricato "*Agevolazione commerciale del suicidio*", prevede che: "*1. Chiunque, con l'intenzione di favorire il suicidio altrui, ne offre o procura l'opportunità commerciale, anche in forma d'intermediazione, è punito con la pena detentiva fino a due anni o con la pena pecuniaria. 2. In qualità di compartecipe è esente da pena chi agisca in modo non commerciale e sia o parente della persona favorita indicata al comma 1, oppure a questa legata da stretti rapporti*".
[16] Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, cit., 546.
[17] L'art. 115 del codice penale svizzero, rubricato *Istigazione o aiuto al suicidio*, recita: "*Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria*".

del consenziente, quale ipotesi attenuata dell'omicidio comune[18], sono entrambe incentrate su aspetti motivazionali codificati, quali finalità altruistiche e compassionevoli. Non solo. L'assistenza medica al suicidio è garantita, organizzata ed esercitata professionalmente con ritorno economico (si pensi alle numerose cliniche svizzere ove è consentita una morte dignitosa tramite autosomministrazione da parte del malato di un farmaco letale)[19].
Infine, lo Stato americano dell'Oregon: all'esito di un lungo percorso giurisprudenziale[20], è stato il primo a legiferare in ottica permissiva verso il suicidio assistito, approvato con il *Death with Dignity Act*, divenuto legge nel 1997 a seguito di un *referendum* popolare[21]. La norma ha tradotto in una precisa procedura l'*iter* attraverso cui un cittadino, che versi in determinate e obiettive condizioni di terminalità, possa procurarsi la morte tramite l'assunzione di un farmaco letale prescritto dal medico, il quale assume un mero "*ruolo notarile*", limitandosi a confermare la presenza dei parametri clinici richiesti e a fornire i medicinali appropriati (cd. criterio oggettivo)[22].
Si ritiene significativo rilevare che già nel 1979 la giurisprudenza americana aveva riconosciuto il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, estendendolo anche a tutori e fiduciari, portavoce di soggetti privi di prospettive di miglioramento, in presenza di "*chiare e convincenti prove*" che consentissero di risalire alla volontà pregressa del malato[23].

7. L'aiuto al suicidio nell'era delle disposizioni anticipate di trattamento: valutazioni in termini di ragionevolezza

Nel nostro ordinamento, la disciplina penalistica in tema di cd. 'fine vita' è senza dubbio improntata oggi ad un certo gradualismo.
Alla figura criminosa caratterizzata dal massimo disvalore, rappresentata dall'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), segue quella dell'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Fuori dal perimetro della rilevanza penale si pone poi l'ipotesi espressamente scriminata in base al comma 6 dell'art. 1 della l. n. 219 del 2017, vale a dire l'esecuzione da parte del medico della volontà del paziente di rinunciare o rifiutare il trattamento sanitario.
L'esenzione da responsabilità introdotta nel 2017 ha di fatto determinato l'amputazione dall'art. 579 c.p. di una sottofattispecie caratterizzata da un doppio passaggio tipico, comprensibile entro il paradigma della causalità psichica:

---

[18] L'art. 114 del codice penale svizzero, rubricato *Omicidio su richiesta della vittima*, prevede che: "*Chiunque, per motivi onorevoli, segnatamente per pietà, cagiona la morte di una persona a sua seria e insistente richiesta, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria*".
[19] Per una più compiuta illustrazione della disciplina svizzera in materia di fine vita, si rinvia al lavoro di Florian Jenal, *Indirekte Sterbehilfe*, in *swisslex.it*.
[20] Tale percorso si è concluso nel 1997 con la pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti che, interpretando il 14° Emendamento, secondo cui "*nessuno può privare le persone della vita, della libertà e delle proprietà se non in seguito ad un regolare procedimento legale; né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi",* ha riconosciuto il diritto delle persone di rifiutare i trattamenti, anche vitali, disconoscendo però un diritto costituzionalmente garantito di accelerare la morte, lasciando ad ogni Stato la possibilità di legiferare in materia di suicidio assistito.
[21] Il testo della legge è consultabile al sito *www.oregon.gov*.
[22] Per un efficace approfondimento sulle ricadute pratiche della legiferazione dello Stato dell'Oregon in tema di suicidio assistito, nonché sul percorso giurisprudenziale da cui è originato, si vedano, per tutti, Picozzi e Ferraro, *L'ombra del nazismo. Legiferare sulla fine della vita: ombre e paure*, cit., 138-186.
[23] Ci si riferisce ai casi *Quinlan* e *Fox*, decisi rispettivamente, nel 1975 e nel 1979, dalla Corte Suprema del New Jersey e dalla Corte di Appello dello Stato di New York.

i) la patologia e/o altra condizione fisica infausta del paziente (ad esempio a seguito ad un grave trauma con esiti neurologici demolitivi) lo determinano a richiedere l'astensione dalle cure;

ii) l'espressione di volontà del malato, una volta percepita dal medico, impone a quest'ultimo di astenersi da qualsiasi terapia salvavita.

Intonso è invece lo spettro applicativo dell'art. 580 c.p., con la conseguente genesi di una disciplina incoerente, che presta il fianco a dubbi di ragionevolezza.

In primo luogo, l'aiuto al suicidio, frutto di un'autentica determinazione consapevole del malato, è accomunato in tutto e per tutto all'istigazione, quando l'atto anticonservativo consegua ad un 'condizionamento' della determinazione del soggetto passivo[24], con un'indebita parificazione *quoad poenam* tra condotte dotate di evidente diverso disvalore.

In secondo luogo, il diritto penale non considera rilevante la stretta omogeneità assiologica tra l'aiuto al suicidio del morente in condizione di sofferenza e l'omicidio del consenziente realizzato da un medico attraverso l'astensione/interruzione da ogni terapia salvavita, in esecuzione di una disposizione di trattamento del malato. Mentre il primo comportamento è fonte di responsabilità, il secondo, pur integrando il tipo dell'art. 579 c.p., è oggi scriminato.

È proprio con riferimento a questa seconda anomalia normativa che occorre spendere qualche riflessione aggiuntiva.

Gli artt. 579 e 580 c.p. poggiano spesso su un comune *presupposto fattuale*, la sofferenza fisica e psichica senza prospettive di miglioramento, e una medesima *dimensione assiologica*. Si tratta di spaccati esistenziali che rendono davvero sofistiche le distinzioni normative, ponendo l'interprete di fronte a situazioni che sono sostanzialmente equivalenti dal punto di vista dei diritti in gioco (vita *vs* autodeterminazione)[25], tanto che l'interruzione di terapie a seguito di espressa richiesta potrebbe anche essere guardata come una forma di un suicidio in via mediata o, con espressione sempre in voga in questi contesti, *procedurale*[26].

---

[24] Sulla differenza valoriale tra i due modelli di condotta Risicato, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 79; più di recente Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 550. L'istigazione al suicidio pare punibile a tutto tondo, tanto nella forma individualizzata, quanto in quella collettiva, ad esempio attraverso la pubblicità di prodotti, metodi o finanche attività esercitate in forma imprenditoriale volti a realizzare il suicidio. Nel nostro ordinamento la prima ricade entro i confini dell'art. 580 c.p., mentre la seconda probabilmente potrebbe essere ricondotta all'art. 414 c.p., anche se non senza torsioni, dato che il suicidio non pare in sé illecito, stante l'impossibilità di applicare qualsiasi tipo di conseguenza sanzionatoria in capo a chi compia l'atto anticonservativo, ma nemmeno un vero e proprio di diritto, come vedremo meglio *infra*. In altri Paesi la situazione è più chiara, si pensi ad esempio alla Francia, che dedica all' apologia di suicidio una disposizione (art. 223. 14 c.p.). La disposizione, come modificata nel 2000, recita: «*La propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende*».

[25] Lo rileva già Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 7/2018, 71.

[26] La procedura è la vera ombra che vaga in tutta questa intricata materia. Sulla necessità della formalizzazione di criteri di accertamento del rifiuto delle cure, che contemperi le variegate istanze di tutela sul campo e verifichi la genuinità e la consapevolezza della scelta del malato, ritenendo che sia l'unico strumento in grado di prevenire i vari possibili tipi di abuso, Gargani, Ius imperfectum*? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 523 ss.; scettico, invece, Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 540, favorevole piuttosto (542 ss.) alla costruzione di una criteriologia che identifichi *ex ante* la gamma di

Il punto critico è però comprendere se gli indubbi tratti comuni in ipotesi 'di confine' possano prevalere sulle nette discontinuità che si registrano tra i casi 'nucleari' o paradigmatici di suicidio assistito e quelli di interruzione delle cure ai sensi della l. n. 219 del 2017 e, dunque, condurre a ritenere ingiustificabile una differenza di trattamento.

La differenza fondamentale tra i due reati attiene alla condotta, guardata dal punto di vista causale. Il rifiuto o la sospensione di cure *non producono* la morte del paziente in senso naturalistico, ma si limitano a *non interrompere* il decorso eziologico proprio della malattia, che dunque non dipende in alcun modo *attivamente* dal medico, da un terzo, o dallo stesso paziente.

Ben diverso il caso del suicidio assistito, poiché può ben darsi che in astratto la patologia (o la condizione fisica in generale) del paziente sarebbe evoluta verso un esito letale, ma all'atto pratico è la messa a disposizione del malato dell'opportunità di suicidarsi a condurre quest'ultimo alla morte[27]: è evidente che in questi casi il decesso *non* viene semplicemente *accelerato* rispetto al naturale decorso di una malattia, ma causato *tout court* in costanza di osservazione clinica.

Occorre ora capire cosa accada riportando somiglianze e differenze tra i fatti di interruzione di cure e suicidio, con la relativa regolazione, nell'ambito dello scrutinio di ragionevolezza costituzionale.

Volendo ridurre al minimo ogni premessa a questo proposito, basti qui ricordare che in tale ultimo tipo di verifica, la Consulta segue una modellistica essenzialmente tripartita[28].

i) La prima tipologia attiene all'*uguaglianza* ed è riconducibile al nucleo duro dell'art. 3 Cost. Si tratta per vero di un giudizio davvero residuale e destinato a censurare ipotesi normative che violino il divieto di discriminazione laddove, senza alcuna giustificazione, il trattamento differenziato assuma come dato dirimente il sesso, la razza, la condizione sociale o la religione[29].

ii) Il secondo modello attiene alla *razionalità* della previsione oggetto del giudizio, *intesa come proiezione del postulato di non contraddizione* dell'ordinamento giuridico. Si tratta di casi di incompatibilità tra norme o di mancato rispetto dei principi ispiratori dichiarati (anche sotto forma di incongruità dei mezzi rispetto ai fini). Si pone dunque qui necessariamente un confronto a struttura triadica, poiché solo a parità di *ratio legis* tra le due norme guardate sinotticamente sarà possibile dichiarare l'illegittimità costituzionale del diverso trattamento.

---

interventi proporzionati in funzione del miglior interesse del malato, che riducano la discrezionalità del sanitario e si collochino nel quadro di una "relazione terapeutica comunicativa" tra medico e paziente.

[27] In questo senso Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim*., 10/2018, 100 s., che distingue però tra l'ipotesi del totale rifiuto di terapie salvavita, cui fa da contraltare la mera omissione del sanitario, nel quadro dell'art. 13, e quella dell'interruzione di cure, che invece implica una condotta attiva del medico ed è riconducibile all'art. 32 Cost. (oltre che entro l'art. 1 comma 5 l. n. 219 del 2017).

[28] G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, 180. Di recente, nella dottrina penalistica, si veda Recchia, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2/2015, 55 ss. Per una disamina dei diversi modelli di giudizio di ragionevolezza, per tutti, Pulitanò, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2011, *passim*, nonché Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, 49 ss.

[29] Si veda sul punto Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in Insolera-Mazzacuva-Pavarini-Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino, 2012, 396 ss.

iii) Il terzo paradigma attiene, infine, al controllo di *razionalità intrinseca della norma sub iudice*, in assenza di un *tertium comparationis*. Ciò che deve essere verificato è se sia presente un conflitto diretto tra la previsione legale e i parametri costituzionali.

Concentrandosi, in particolare, sul paradigma *sub* ii), non può tacersi il punto critico della possibile disomogeneità delle norme oggetto di valutazione comparativa, in considerazione del profluvio di variabili che vengono in considerazione, sicché il rischio dello sconfinamento nella *political question* è davvero rilevante[30]; si impone, infatti, di analizzare tratti della fattispecie criminosa non meramente formali, ma attinenti, tra gli elementi più problematici, all'interesse protetto e al suo posizionamento nella gerarchia costituzionale esplicita e implicita, al disvalore oggettivo e soggettivo del reato, al grado di anticipazione della tutela e così via[31]. È, dunque, facilmente comprensibile come la censura di incostituzionalità possa essere svolta solo in termini di manifesta irragionevolezza, e ciò è ancor più evidente nel caso *sub* iii) in cui l'assenza di un *tertium comparationis* priva la Corte di un parametro di giustificazione.

In questo quadro, pare possibile oggi svolgere una valutazione di ragionevolezza della punibilità dell'aiuto al suicidio nei termini di un ordinario giudizio trifasico, verificando la presenza o assenza di elementi differenziali tra due situazioni che giustifichino un diverso trattamento (finanche antitetico) da parte della legge. Si tratta, insomma, di impiegare il tipo più tradizionale di scrutinio costituzionale per esaminare il sistema complessivo di regolazione delle scelte di fine vita; in particolare, il raffronto deve intercorrere tra il combinato disposto dell'art. 579 c.p. e l'art. 1 comma 6 della. l. n. 219 del 2017, da una parte, e l'art. 580 c.p. dall'altra parte, con riferimento, l'abbiamo detto più volte, alla sola ipotesi dell'aiuto[32].

> Si ricordi che il comma 6 dell'art. 1 della l. n. 219 del 2017 contempla un'esenzione da responsabilità civile o penale per il medico che rispetti la volontà del malato di rifiutare il trattamento sanitario. A nostro parere l'indifferenza di azione od omissione, la dichiarata valenza generale e il riferimento all'assenza di un danno civilistico risarcibile fanno propendere per la natura scriminante della disposizione[33].
>
> L'art. 2 comma 2 prevede poi che nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, è possibile ricorrere alla sedazione palliativa

---

[30] Rispetto a cui è esclusa ogni competenza della Corte, ai sensi dell'art. 28, l. n. 87 del 1953. Sulle conseguenze che ciò ha comportato storicamente in termini di *self restraint* del Giudice costituzionale si veda Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 s.

[31] In argomento Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., 763 ss.

[32] Nonché, volendo, della l. n. 38 del 2010 (*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*) che può essere utile per comprendere le strategie mediche impiegabili in contesti terapeutici infausti.

[33] Nello stesso senso, tra i primi commentatori, Fimiani, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8; nel senso di una sorta di esimente bifronte – scriminante rispetto alle condotte attive, causa di esclusione del tipo rispetto a quelle omissive in quanto esenzione dall'obbligo di garanzia – Massaro, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 22.

profonda continua in associazione con la terapia del dolore, previo consenso del destinatario della somministrazione[34].

Orbene, il comma 6 dell'art. 1 assume una evidente *funzione scriminante* rispetto a prassi pietose di accompagnamento alla morte che, con il consenso del paziente, hanno anche una funzione in concreto anticipatoria dell'*exitus*.

Se così stanno le cose, non vi è nulla di censurabile nel disposto dell'art. 580 c.p.: la distinzione tra interruzione o omissione delle cure e diretta causazione della morte da parte del malato, con un aiuto altrui, rimane un dato fattuale irriducibile che legittima un diverso trattamento, sicché siffatta disciplina differenziata non può dirsi *irragionevole* a tal punto da meritare una censura da parte della Consulta[35].

Peraltro, se anche così si opinasse, la disciplina risultante dall'intervento della Corte non sarebbe 'a rime obbligate', perché non spetterebbe certo al Giudice costituzionale definire quali tipologie di suicidio assistito potrebbero essere ammesse, con quali presupposti e secondo quali procedure.

Non pare, dunque, possibile caducare *sic et simpliciter* l'art. 580 c.p. alla luce della sua irragionevolezza dopo l'entrata in vigore della nuova legge del 2017; occorre allora comprendere quali siano i percorsi alternativi disponibili.

8. Alla ricerca di una ragionevole tecnica di degradazione dell'illecito penale nel contesto del fine vita

Esaminato fin qui lo scenario italiano in materia di scelte di fine vita, appare chiaro che la ricerca di uno spazio di liceità rispetto ad alcune ipotesi di assistenza al suicidio e omicidio del consenziente ha finora seguito due modelli differenziati.

Per quanto attiene ai fatti riconducibili all'art. 579 c.p., prima della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento si è assistito ad un *paradigma esegetico complesso*, incentrato ora sull'*atipicità* della *condotta* ora sulla sua *giustificazione*.

Sul fronte del tipo, si colloca la notazione che il dissenso del paziente all'avvio o alla prosecuzione delle terapie salvavita comporterebbe la caducazione della posizione di garanzia del medico, o comunque un mutamento contenutistico dell'obbligo penalmente rilevante: il rifiuto informato del malato dissolverebbe insomma il dovere di impedire l'evento in capo al sanitario o comunque lo trasformerebbe imponendo al garante di assecondare la scelta del malato[36].

---

[34] Un profilo critico è che questa forma criptica di aiuto al suicidio è normativamente consentita in presenza di un presupposto ben definito, l'imminenza della morte, che non sempre ricorre nei casi paradigmatici in cui si ricorre al suicidio assistito, vale a dire quelli dei pazienti politraumatizzati e affetti da paralisi, nonché negli stati vegetativi permanenti o, ancora, nei casi di patologie neurodegenerative, tutte ipotesi in cui la perdita della dignità e lo scadimento del benessere non si accompagnano ad una prognosi infausta incombente.

[35] Nel medesimo senso Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 101, che conclude nel senso che non possano essere assimilate. Per Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71, nei casi in cui ricorrerebbero gli estremi per attivare la l. n. 219 del 217 evidentemente la fattispecie di cui all'art. 580 non assumerebbe alcuna funzione di tutela, in quanto si tratta di una modalità alternativa di realizzazione di uno scopo che poteva essere perseguito attraverso la richiesta di interruzione delle cure.

[36] Da tempo il punto è stato chiarito in dottrina, si veda Santosuosso, *Rifiuto di terapie su paziente non capace: quale ruolo dei familiari?*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 206, nonché Giunta, *Diritto di morire e diritto penale: i termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 91 e De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in

In alternativa, dapprima in giurisprudenza e in dottrina, poi sul fronte legislativo, si è ricercata un'adeguata scriminante, rinvenendola o nell'*esercizio del diritto* del *paziente* a rifiutare le cure, con il conseguente *concorso in un fatto lecito* da parte del sanitario, o lo speculare *adempimento del dovere* da parte del *medico*. Oggi la l. n. 219 del 2017[37] ha formalizzato l'impostazione in qualche modo anticipata dal G.u.p. di Roma nel caso Welby[38] e da coloro che riconducevano la situazione all'art. 51 c.p., inquadrando l'interruzione delle terapie come esercizio mediato del diritto del paziente[39].

Si noti che, in entrambi i casi, si è trattato di una riduzione del perimetro del penalmente rilevante, valida solo sul presupposto che ad agire fosse un medico.

Per quanto riguarda invece l'aiuto al suicidio, la dottrina (così come la non frequente giurisprudenza) ragiona da tempo secondo un *paradigma interpretativo semplificato*. Più precisamente si è percorsa la strada della contrazione del contenuto semantico del termine *aiuto* e, dunque, della descrizione del comportamento rilevante. Vicende di cronaca recente (leggi: processo a Marco Cappato per l'aiuto prestato a Fabio Antoniani, ma anche l'analogo caso oggetto di una pronuncia del Tribunale di Vicenza) hanno rappresentato l'occasione per proporre letture restrittive del concetto di condotta agevolatrice, da intendere esclusivamente come quella *immediatamente precedente e strumentale* al suicidio, con esclusione di tutte le forme fungibili di facilitazione preparatoria (dal trasporto in auto, alla preparazione del bagaglio e dei presidi sanitari necessari al viaggio, alla raccolta della documentazione richiesta dalla clinica estera e via dicendo)[40].

Con una variante sul tema, si è a volte impostato il problema in chiave di offensività dell'azione tipizzata, presupponendo un mutamento sopravvenuto dell'oggetto della tutela penale. In questi termini si è ad esempio espressa la Corte di Assise di Milano, quando ha posto la questione della legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., sostenendone, in sintesi, l'irragionevolezza nella parte

---

Riv. it. med. leg., 2012, 954 ss. Sul mutamento contenutistico della posizione di garanzia si vedano, tra gli altri, Gargani, Ius imperfectum*? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 513 e Cupelli, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Cass. pen.*, 2008, 73 ss.

[37] Il giudizio sulla l. n. 219 del 2017 non può che essere positivo, poichè la novella ha colmato un vuoto di disciplina in cui si erano tradizionalmente ambientati gli squallidi spettacoli della politica nostrana. Di "*rigurgiti di paternalismo e moralismo statalista*" con riferimento alla vicenda Englaro ha parlato Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in Carusi-Castignone- Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012, 96.

[38] Trib. Roma (G.u.p.), 23 luglio 2007, in *Foro it.*, II, 2008, 105 ss.; l'inquadramento del tema e la soluzione proposta da questa pronuncia è sostanzialmente condivisa da Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 913; Pulitanò, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1202 ss.; A. Taruffo, *Rifiuto di cure e doveri del medico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 468; F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, 70; in precedenza Giunta, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, 565 ss. Perplessità in ordine alla soluzione offerta dalla giurisprudenza nel caso Welby, invece, in Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1564.

[39] Adottata da Spena, *Diritti e responsabilità penali*, Milano, 2008, 269.

[40] In dottrina, di recente, la prospettiva è di Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., e, in giurisprudenza di Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 308, con nota di Silva, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*.

cui presidierebbe il bene dell'autodeterminazione del suicida anche quando questi sia stato aiutato a realizzare il proposito anticonservativo liberamente e autonomamente maturato.

8.1 L'insufficienza della prospettiva orientata al fatto

Molteplici sono i punti deboli di una impostazione del problema in chiave di tipicità/offensività. Quanto alla descrizione del tipo, in primo luogo, l'aiuto al suicidio è delitto a forma libera e il suo accertamento è innervato da complessi ragionamenti eziologici; in assenza di una previsione legislativa, dunque, risulta ossimorico parlare di condotte causali non tipiche, per quanto anticipate rispetto all'evento: si tratta, infatti, comunque di contributi efficienti rispetto alla morte[41]. Proprio per tale ragione non può avere pregio, lo si dice per completezza, il rilievo per cui il suicidio assistito è lecito in altri ordinamenti (paradigmaticamente la Svizzera, anche per la vicinanza geografica). Per quanto siffatte vicende trovino *il loro epilogo* all'estero, l'agevolazione del terzo trova certo avvio nel nostro territorio e ciò basta, in base all'art. 6 c.p., a considerare il reato commesso in Italia[42]. A nulla può valere, dunque, l'esistenza di soluzioni normative differenziate a seconda degli Stati, benché faccia collassare la prospettiva della doppia incriminazione del fatto e nonostante lo spostamento all'estero del suicida e di chi lo aiuta dimostri *per tabulas* la volontà di non violare la legge italiana[43].

L'ulteriore *caveat*, alla luce dell'applicazione giurisprudenziale della disciplina del concorso di persone, è che spesso l'aiuto non efficiente o sostituibile si trasforma comunque in una condotta penalmente rilevante, in quanto assume le fattezze del contributo morale '*per facta concludentia*', che rafforza il proposito criminoso dell'autore (qui, *rectius*, del suicida)[44].

La stessa distinzione *fare vs omettere* perde di senso, poiché questi modelli di condotta sono sempre frammisti nella pratica: l'astensione dalle terapie in corso che mantengono in vita il paziente, o finanche dalla idratazione e dalla nutrizione stesse (oggi ricondotte dalla legge del 2017 al concetto di trattamento sanitario sospendibile[45]), si coniuga immancabilmente con il

[41] Sulla mera interruzione di terapia in assenza di un dovere di salvataggio come ipotesi di fatto non conforme al tipo omicidiario Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 555.

[42] Sul punto si veda F. Mantovani, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Iustitia*, 2017, 135. Sull'irrilevanza di norme attributive di diritti e doveri in una legislazione straniera per la giustificazione di condotte tenute in Italia Id., *Diritto penale, P.te gen.*, Padova, 2017, 237 e 242.

[43] Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 73 s.

[44] In effetti è proprio la constatazione svolta dal G.i.p. di Milano nel caso Cappato (ordinanza del 10 luglio 2017, 7), che ha ravvisato infatti un aiuto tanto materiale quanto morale.

[45] Ciò non di meno, un ulteriore punto meritevole d'attenzione è la definizione normativa dell'idratazione e della nutrizione artificiali come forme di trattamento sanitario che presuppongono un consenso attuale e continuo del paziente (art. 1 comma 5 della legge, secondo cui "*ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*".

compimento di condotte attive (dallo spegnimento di macchinari alla somministrazione di sedativi e analgesici)[46].[47].

Quanto all'offesa, il mutamento dello spettro di tutela dell'art. 580 c.p. non pare un'operazione metodologicamente corretta: rispetto ad un assetto penalistico che rimane formalmente inalterato, non è lecito dedurre *sic et simpliciter* una metamorfosi degli interessi protetti[48].

Certo, la lapidaria formulazione degli art. 579 e 580 c.p. riflette una valutazione di meritevolezza della vita espressa in forma assoluta, nel quadro di una espropriazione dell'individuo delle scelte inerenti alla sua integrità psicofisica. Si può ben dubitare della persistente validità di questo giudizio di valore oggi, ma ciò che conta è la sua cristallizzazione in una disposizione di legge, la cui desuetudine nella percezione collettiva a nulla può rilevare.

In sintesi, la giustificazione dell'eventuale non punibilità di *fatti concreti* riconducibili al *tipo astratto* non può stare nella ritenuta 'lontananza causale' tra condotta del terzo ed *exitus*, né in ragioni attinenti al piano dell'offesa; in assenza di una nuova fattispecie, che richiederebbe una scelta positiva del legislatore[49], ogni contributo al suicidio altrui è oggi tipico.

Ciò non significa che la riflessione in argomento debba immediatamente arrestarsi. Proprio prendendo le mosse dai recenti interventi normativi in tema di rifiuto di cure, incidenti sull'ambito applicativo in tema di omicidio del consenziente, a noi pare possibile ricavare preziose indicazioni

---

[46] Sulla distinzione tra trattamenti medici attivi o omissivi, Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuroetica*, Torino, 2009, 102 ss. Sostiene che la condotta di chi esegue le volontà del paziente di interrompere le terapie salvavita sia omissiva e in quanto tale non riconducibile al paradigma dell'art. 40 in presenza di un rifiuto della terapia Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 7; Cupelli, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, cit., 1825 ss. Sull'iniquità della mancata equiparazione si vedano la sentenza di proscioglimento del 23 luglio 2007 del G.u.p. del Tribunale di Roma nel caso Welby (la condotta tipica consisteva nel distacco del ventilatore artificiale) e il decreto di archiviazione dell'11 gennaio 2010 del G.i.p. del Tribunale di Udine, rispetto al procedimento per omicidio volontario a carico del tutore di Eluana Englaro che aveva tenuto la condotta di cooperazione nel distacco del sondino nasogastrico nei confronti della ragazza. Un commento sui due provvedimenti Cupelli, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle "scelte di fine vita"*, in *Crit. dir.*, 2011, 274 ss.

[47] Ancora più rilevante il superamento di ogni distinzione tra azione e omissione nell'ambito della l. n. 219 del 2017. In questo senso anche Cupelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2017. Sulla distinzione tra azione omicidiaria attiva e omissiva o, in modo più icastico, tra uccidere e lasciar morire, Foot, *Killing and Letting Die*, in Garfield-Hennessy (Eds.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amhert, 1984, 177 ss., anche in Id., *Moral Dilemmas and other Topics in Moral Philosophy*, Oxford-New York, 2002, 78 ss.; Beauchamp-Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, cit., 139 ss.

[48] Nel senso di un cambio di prospettiva nell'individuazione del bene protetto dall'art. 580 c.p., che oggi tutelerebbe la libertà di autodeterminazione del singolo, sembra proprio muoversi invece Corte Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, 1 e ss.; l'acuta tesi recentemente sostenuta, secondo cui sarebbe possibile escludere la rilevanza penale del suicidio assistito, valutando che in quei casi ci sarebbe l'assecondamento della volontà del malato e dunque difetterebbe l'offensività in concreto (cfr. Massaro, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio*, cit., 19 ss.) cade nel medesimo vizio dell'ordinanza citata, presupponendo la sostituzione in via interpretativa del bene giuridico protetto.

[49] Siamo lontani dalla scelta, assai diffusa, degli ordinamenti finanche ottocenteschi europei, che prevedevano forme di punizioni personali *post mortem* o patrimoniali verso la famiglia o ancora di sanzione per il suicida che avesse infruttuosamente tentato di attuare il proprio proposito, sulle quali, in prospettiva storica, si veda Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in Rodotà-Zatti (diretto da) *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 190 ss.

anche in tema di aiuto al suicidio, nel contesto di un'equilibrata disciplina complessiva delle scelte di fine vita, alla luce di una medesima linea politico-criminale.
Le fattispecie di cui agli artt. 579 e 580 c.p., infatti, benché concettualmente differenti da un punto di vista criminologico *generale*, assumono nell'ambito dello statuto del malato una peculiare similitudine, ponendosi lungo un *continuum* pratico e di valore[50], in dipendenza della presenza o assenza di un dispositivo letale attivabile in qualche modo dal paziente[51].
Per tentare di giungere ad un più soddisfacente contemperamento tra interessi tutti rilevanti, pare necessario indagare ora più da vicino quali siano le coordinate normative di riferimento in cui inserire il tema dell'aiuto al suicidio, qualificando in particolare le posizioni soggettive in gioco.

9. I riferimenti normativi costituzionali: tra divieto di uccidere e libertà di morire

L'ordinamento inquadra la gestione della malattia (e, più in generale, della tutela del corpo) non solo entro gli artt. 2 e 32 Cost., ma anche entro l'art. 13 Cost.[52]. Si tratta di norme certo risalenti ad un contesto scientifico-tecnologico assai diverso dall'attuale, ma la cui formulazione aperta ha comunque consentito alla giurisprudenza di giungere, seppure attraverso un tragitto davvero faticoso, a delineare uno statuto 'bifronte' della relazione terapeutica: da una parte il *diritto del paziente* di decidere in via esclusiva quali trattamenti sanitari subire e, dall'altra parte, il *dovere del medico* di rispettare la volontà del malato, anche quando assuma connotazioni anticonservative. Come noto, si può far coincidere con la sentenza del G.u.p di Roma nel caso Welby del 2007 il punto di emersione di questa prospettiva, confermata poi – al di là del tema della collocazione del potere di formulare la richiesta nell'interesse e per conto del paziente – nel caso Englaro, precisamente nel decreto di archiviazione del G.i.p. di Udine.
Questo assetto di disciplina, ben lungi dal rappresentare un risultato definitivo, si è rivelato presto solo una tappa, per quanto importante, di un percorso ermeneutico più ampio, approdato fino all'interrogativo se dal diritto di rifiutare i trattamenti sanitari possa o meno dedursi quello di chiedere assistenza medica rispetto all'attuazione di un proposito suicidario, allorché il paziente versi in una condizione clinica inemendabile e gravida di sofferenze.
A nostro parere, sulla base della disciplina complessiva, non pare esistere un *diritto soggettivo* avente ad oggetto la propria morte: al ricorrere di una condizione di patologia cronica irrisolvibile che determini il deterioramento intollerabile della qualità della vita ogni atto teso al suicidio

[50] Sul significato sociale come chiave di interpretazione di una condotta commissiva od omissiva Roxin, *Zur Strafrechtlichen Beurteilung der Strafbehilfe*, in Roxin-Schroth (a cura di) *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart, 2010, 95. Ritiene non determinante l'inquadramento della condotta entro la dicotomia attivo/omissivo per la soluzione del caso Welby Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e Welby*, cit., 1563.
[51] Per una recente tassonomia delle forme di eutanasia si veda F. Mantovani, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 124 ss.
[52] L'incoercibilità delle terapie mediche è un dato pacifico nella dottrina penalistica, ad eccezione di Eusebi, *Il diritto penale di fronte alla malattia*, in Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, 133, che ritiene che la disposizione costituzionale fondi obblighi che possano essere imposti al paziente anche da soggetti estranei alla cura in esecuzione.

genererebbe altrimenti la pretesa, spendibile verso qualunque terzo o comunque verso lo Stato, a ottenere ogni supporto necessario allo scopo[53].
Per altra via: se esistesse un diritto a morire, ogni *istigazione* o *aiuto* ad esercitarlo sarebbero egualmente leciti.
A noi pare che dall'indubbia esistenza di un diritto fondamentale di rifiutare le cure e di ottenere il maggiore benessere possibile, il cui riferimento è senz'altro l'art. 32 Cost[54], non possa derivarsi alcuna prerogativa soggettiva riguardo al suicidio, che non è logicamente connesso alla salute e alla sua tutela; si tratta, infatti, di piani antitetici, anche al netto dell'evoluzione subita nel tempo dal concetto di *salute* (non più intesa in senso puramente *biologico*, ma, arricchita della soggettività del paziente, giunta ad assumere portata di più generale salute psicofisica)[55].
È evidente che il *suicidio*, in quanto *interruzione della vita*, rappresenta *l'opposto* del diritto a vivere nella migliore condizione di salute possibile: si tratta piuttosto di una mera *libertà negativa*[56].
Non essendo in alcun modo menzionata a livello costituzionale, l'interrogativo corre immediatamente alla riconducibilità implicita di siffatta libertà alla Carta fondamentale, per il tramite dell'art. 2.

---

[53] Sull'inesistenza di un diritto non impedibile di commettere suicidio Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 554; Cornacchia, Euthanasia. *Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, 385 ss.
[54] Sul suicidio come libertà Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 101; Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 677 ss.; sulla correlazione tra evoluzione del suicidio verso la liceità giuridica e necessità di creare fattispecie *ad hoc* per l'istigazione e l'aiuto, al fine di tutelare la vita contro condotte di abuso che ne favoriscano la distruzione, Bertolino, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 113 ss. Evidenzia come non esista un dovere costituzionale di vivere in base al quale conculcare la libertà di non subire intrusioni nella propria sfera privata, anche se curative, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1142. Ritiene che l'autodeterminazione abbia una dimensione semantica negativa, non essendo un diritto che comporti la pretesa azionabile dal titolare di ottenerne l'implementazione da parte di terzi, Cornacchia, *Profili giuridico-penale del rifiuto delle cure*, cit., 531, secondo cui «*ben più impalpabile sembra invece la configurazione di un diritto soggettivo di rifiutare le cure*», senza alcun diritto alla cooperazione altrui.
[55] Sulla trasformazione subita dal concetto di salute, anche nell'ottica della relazione tra medico e paziente, intrecciata a quello di dignità e identità personale, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliative. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, cit., 1145.
[56] La dottrina ha assunto posizioni divaricate in ragione del silenzio normativo serbato sul suicidio come evento in sé. A chi sostiene che si tratti di un atto giuridicamente tollerato, espressivo di un disvalore che tuttavia non viene punito (è la nota posizione di F. Mantovani, *Diritto penale. P.te Spec.*, I, Padova, 2016, 127 s.), si contrappone chi si esprime in termini di libertà, in quanto estrema espressione della personalità, così Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 677. Nel senso della libertà costituzionale di suicidarsi Giunta, *Diritto di morire e diritto penale: i termini di una relazione problematica*, cit., 278; Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in Canestrari-Cimbalo-Pappalardo (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, 90 ss.; sostengono che il suicidio sia condotta giuridicamente lecita e atipica per l'autore Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 187-204, Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 63 ss. Sull'inesistenza di un vero e proprio diritto di morire, bensì di un diritto di rinunciare alle terapie Gargani, Ius imperfectum*? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 516. Per Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, cit., 534 ss. non esisterebbe un diritto di morire, ma semplicemente non sarebbe coercibile l'intervento sanitario volto a impedire il decesso.

È annosa la *querelle* sulla natura aperta o chiusa di quest'ultimo[57]. Senza voler accedere all'una o all'altra tesi della dottrina, pare percorribile una ragionevole via intermedia[58] che intende tale disposizione come affermazione della libertà quale valore tutelato in sé, a prescindere da specifiche declinazioni qui e là presenti nella lettera della Costituzione. L'art. 2 appare allora come lo strumento che consente di bandire interpretazioni restrittive delle previsioni costituzionali e coagulare attorno a sé manifestazioni di libertà che il progresso fa emergere, ma che non sono letteralmente riconducibili a precise previsioni[59]. Non si tratta di rendere la norma un meccanismo di adeguamento automatico della Costituzione a qualsiasi nuovo diritto (o libertà) che sia percepito come tale dalla società civile, ma piuttosto di intenderlo come un tassello di un complesso procedimento evolutivo della Carta del 1948, che deve rispettare precisi limiti. In sintesi:

a) possono acquisire lo statuto di diritto o libertà fondamentale solo le posizioni soggettive che siano *teleologicamente coerenti* con i principi di garanzia stabiliti in una norma costituzionale, dimostrandosi in qualche modo conseguenziali rispetto a quelle espressamente menzionate[60];
b) l'art. 2 Cost., da sé, non è sufficiente a far entrare nell'ordinamento i nuovi diritti[61], occorrendo che questi siano comunque funzionali al pieno sviluppo della persona e ad un autonomo fondamento assiologico. L'art. 2, insomma, detta il comune denominatore che ogni nuova posizione soggettiva deve possedere. In questo modo si consente all'evoluzione sociale di penetrare nelle fondamenta costituzionali del sistema giuridico[62].

Concretizzando queste indicazioni di metodo rispetto al suicidio: non pare si possa parlare di una *libertà costituzionale* di morire *tout court*[63]; esigenze di ordine pubblico e di ragionevolezza, al

---

[57] Tra i costituzionalisti, sostiene la tesi della natura aperta, Barbera, *Art. 2*, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma 1975, 80 ss.; *contra*, nel senso della natura chiusa dell'art. 2, Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 20 ss.

[58] Su cui, sempre esemplificativamente, Modugno, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?*, in *Scritti in onore di Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1384.

[59] Ruotolo, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3163 ss., che segnala come la giurisprudenza costituzionale abbia inteso la dignità menzionata dall'art. 2 come fonte di nuovi diritti emergenti dall'evoluzione sociale. Per una specifica declinazione del concetto, Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 14 ss., secondo cui la pienezza dello sviluppo della persona umana è il parametro espansivo che costituisce un saldo fondamento per il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti deboli alla riduzione delle diseguaglianze.

[60] Valgano qui le considerazioni di Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 55 ss. secondo cui la tutela costituzionale può riferirsi, appunto, a situazioni soggettive implicite e conseguenti a quelle che si leggono in Costituzione.

[61] Si veda Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2015, 396 ss. secondo cui il riconoscimento di un nuovo diritto richiede un onere argomentativo maggiore di quello che consiste nel semplice richiamo alla clausola generale dell'art. 2 Cost.

[62] Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino 2006, 175.

[63] Nel senso della libertà costituzionale di suicidarsi, Giunta, *Diritto di morire e diritto penale: i termini di una relazione problematica*, cit., 278; Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, cit.; Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 725 ss. Altrove si sostiene che il suicidio sia condotta non punibile e tollerata (così per es. l'interpretazione tradizionale, già riferita in precedenza, di F. Mantovani, *Diritto penale, P.te spec.*, cit., 127), ovvero giuridicamente lecita e atipica per l'autore (Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 187-204; Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, cit., 63 ss.). Sull'esistenza non già di un vero e proprio diritto di morire, bensì di un diritto di rinunciare alle terapie Gargani, Ius imperfectum?

fine di non svilire il valore della vita dei consociati e di non legittimare omissioni terapeutiche, inducono a intendere il suicidio come l'*ultima ratio* di tutela della personalità dell'individuo e delle sue intime scelte.
La sua attivazione è razionalmente da collocare nel momento in cui il diritto alla salute non sia più concretamente perseguibile con nessun mezzo possibile e la prospettiva assiologica in cui si pone è la *tutela della dignità e personalità dell'individuo*, menzionate agli artt. 2 e 3 Cost. e non all'art. 32.
Il suicidio rappresenta cioè un'opzione legittima solo quando lo Stato e la collettività abbiano percorso tutte le strade praticabili per assicurare al cittadino il minimo di benessere accettabile per un'esistenza dignitosa; giunti qui non vi può essere *dovere di vivere*, lasciando il malato solo di fronte ad un'alternativa iniqua:

a) l'imposizione di interventi sanitari invasivi da parte di altri;

oppure

b) la sospensione di ogni trattamento salvavita, finché non sopraggiunga la morte dopo una lunga attesa intrisa di sofferenza psicologica e fisica.

Al di fuori di un lessico troppo astratto, si può iniziare a parlare di libertà di suicidarsi nei casi in cui al paziente non sia sufficiente rifiutare le cure per cessare di soffrire, poiché la condizione in cui si trova non solo è refrattaria alle terapie antalgiche, ma altresì non ha esiti letali a breve. Si tratta di situazioni limite, probabilmente meno numerose di quello che si pensa, ma tuttavia possibili e dunque giuridicamente assai importanti, in cui il suicidio diviene l'unica forma di liberazione possibile dal dolore afinalistico e da uno stato percepito come non dignitoso dal malato[64].
Così intesa, però, la libertà di morire rispetta il requisito delineato sopra *sub* a), in quanto teleologicamente coerente con il principio di dignità e l'obiettivo dello sviluppo della personalità dell'individuo che permeano l'intera prima parte della Costituzione, a partire dallo stesso art. 2.
Anche nell'ottica della condizione *sub* b), la libertà di morire rappresenta il coerente sviluppo del combinato disposto dei diritti stabiliti degli artt. 13 e 32 Cost. Solo in apparenza la considerazione può apparire paradossale: il suicidio segna, infatti, il limite negativo, il 'rovescio della medaglia' del diritto al benessere e all'intangibilità del proprio corpo.
Il rifiuto di cure salvavita e il suicidio si pongono dunque in una relazione scalare, in cui il secondo può essere concepito in termini di *libera scelta* quando il primo, pur essendo un *diritto* azionabile giuridicamente, sia concretamente insufficiente[65], in una prospettiva personalistica che pone come protagonisti di ogni decisione il paziente e i suoi interessi[66].

L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma, cit., 516. Sull'assenza di un diritto di morire, potendosi parlare semmai di non coercibilità dell'intervento sanitario Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, cit., 534 ss.

[64] Il punto è presente anche nell'ordinanza del Tribunale di Milano che ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. nel cd. "caso Cappato", Corte Ass. Milano, 14 febbraio 2018, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 febbraio 2018, con nota di Fimiani, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, cit., 7 ss.

[65] Si chiede se il diritto a rifiutare le cure non si risolva già oggi e *de lege lata* in un diritto a morire Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 560.

[66] Sul concetto di integrità psicofisica del paziente, che non deve più oggi essere inteso in senso oggettivo e statico, ma sempre plasmato dall'interesse che il titolare del bene nutre verso di esso, cfr. le perspicue osservazioni di Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 91 s. Nell'esperienza

Diritto alla salute e *libertà di suicidio* sono certo strettamente correlati, ma nel senso che l'uno è *alternativo* all'altro ed entrambi rispondono ad un proprio peculiare referente costituzionale.
Se così è, in quanto libertà negativa, il suo esercizio non comporta sanzioni di alcun tipo, ma al contempo la sua soddisfazione non può essere pretesa, attraverso contributi fattivi di collaborazione né da terzi né dallo Stato[67].
Proprio in quanto *libertà*, il suicidio non è oggetto di un *dovere* di impedimento da parte di terzi[68].
È dunque consequenziale sostenere l'inapplicabilità dell'art. 593 c.p. a carico del terzo che non intervenga, quanto meno finché il suicida non divenga un soggetto inanimato e pericolante al termine della propria azione anticonservativa[69].
Nella prospettiva del *rifiuto* di cure come *diritto* e del *suicidio* come *libertà negativa*, trova ragione la generale distinzione di disciplina che si è via via fatta più chiara nel nostro ordinamento. Oggi è infatti riconosciuta e garantita solamente la cd. *eutanasia passiva*, etichetta – peraltro discutibile – riferita all'astensione o all'interruzione di trattamenti salvavita dietro espressa manifestazione di volontà, anche anticipata, del paziente[70].

---

statunitense, il riferimento all'interesse del malato è centrale nelle pronunce giurisprudenziali rese nei noti casi di Nancy Cruzan e Terry Schiavo, su cui, rispettivamente, Colby, *Long Goodbye: The Deaths of Nancy Cruzan*, Carlsbad, 2002 e R. Dworkin, *Life's Dominion* (1993), tr. it. *Il dominio della vita*, Milano, 1994, 250 ss., 270 ss.; Goodman (Ed.), *The Case of Terri Schiavo: Ethics, Politics and Death in the 21st Century*, New York, 2010; Eisenberg, *The Right vs. the Right to Die: Lessons from the Terri Schiavo Case and How to Stop it from Happening Again*, New York, 2006.

[67] Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, cit., 195; sull'inesistenza di un diritto in senso forte a suicidarsi anche Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 67.

[68] Sulla incoercibilità dei trattamenti sulla persona, anche se curativi, nemmeno alla luce dell'art. 54 c.p., in quanto la norma legale deve rispettare, in base al principio di proporzione in essa precipitato, le gerarchie costituzionali, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliative. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, cit., 1143. Id., *Introduzione al* focus. *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 498, che evidenzia come della scriminante comunque difettino, di fronte al rifiuto di trattamenti salvavita, sia il requisito della costrizione, sia quelli della proporzione e dell'illiceità dell'offesa. Ritiene che al cospetto di un pericolante che rifiuti o si opponga al soccorso non solo *cessi il dovere di soccorrere*, ma sorga il *dovere di non intervenire* F. Mantovani, *Diritto penale, P.te spec.*, cit., 201.

[69] Seminara, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, cit., 196; Pulitanò, *Diritto penale, P.te gen.*, 2017, Torino, 257, per il quale, in un ordinamento fondato sulla libertà e sulla dignità della persona, non è ammissibile una sostituzione della volontà del soccorritore a quella del pericolante di fronte a danni futuri conseguenti a scelte consapevoli. Ritiene invece applicabile la norma ove si ometta di prestare un soccorso indiretto o diretto, ma senza intervento fisico, sul pericolante, anche contro la volontà di questo, Bellagamba, *Stato di necessità ed attività medico chirurgica: profili di una relazione di incompatibilità*, in Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 27; nel senso che non sia configurabile il delitto di cui all'art. 593 c.p. ove il soccorso comporti azioni materiali sull'aspirante suicida dissenziente Cadoppi, *Soccorso (omissione di), in Enc. giur. Trecc.*, XXIX, Roma, 1993, 4; nello stesso senso F. Mantovani, *Diritto penale, P.te spec.*, cit., 201, che lo ammette però nei confronti di soggetti incoscienti che abbiano, ad esempio, appena realizzato atti anticonservativi. Per Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 67, non esiste un giudizio espresso di disvalore *della condotta* di suicidio, che non è dunque oggetto di divieto, ma semmai di una valutazione di disvalore *di evento*, in quanto tale presupposto della proibizione di condotte di istigazione e aiuto.

[70] In senso tecnico, per eutanasia si intende esclusivamente "*l'azione di uccidere intenzionalmente una persona, effettuata da un medico, per mezzo della somministrazione di farmaci, assecondando la richiesta volontaria e consapevole della persona stessa*" (cfr. *European Association for Palliative Care* 2003). Nella dottrina penalistica, Di Giovine, *Un diritto empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, cit., 20; Massaro, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al*

La qualificazione del suicidio in termini di libertà, seppure meramente negativa, veicola una prospettiva di apertura alla necessaria convivenza di pluralità di opzioni possibili, anche opposte tra loro, come è confermato dall'atteggiamento 'agnostico' della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Diversamente da quanto accade rispetto ad altri temi attinenti alle libertà individuali, in tema di scelte di fine vita le pronunce non solo molte: fino al caso *Lambert* del 2015[71], tutte sono contrassegnate dall'idea che si tratti di un campo privo di direttrici vincolanti.

A partire dal caso *Pretty* del 2002[72] si è fatta strada la posizione secondo cui ogni Stato parte abbia un esteso margine di apprezzamento per disciplinare il settore come meglio ritenuto e solo di recente si è avvicinato questo argomento all'art. 8 della Convenzione, dedicato al rispetto della vita privata dell'individuo, nel senso che tale diritto comporti anche la prerogativa per il singolo (come visto sopra si tratta di un termine improprio) di decidere come e quando terminare la propria esistenza, salva sempre la possibilità per i singoli Paesi di punire forme di aiuto esterno nella concretizzazione del proposito[73]. Benché

---

suicidio?, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 giugno 2018, 9; sulla probabile implausibilità di questa distinzione, che peraltro rischia di discriminare tra pazienti gravemente sofferenti, a seconda che la loro patologia li conduca o meno a morire da soli, spegnendosi naturalmente, Vallini, *Introduzione al* focus. *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, cit., 503; Gargani, Ius imperfectum*? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 514. Per una tassonomia delle forme di eutanasia (attiva, passiva, consensuale o non consensuale) Bertolino, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, cit., 120 ss.

[71] Sul caso Welby (Trib. Roma, G.u.p., 23 luglio 2007, cit.), Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, cit., 902 ss.; Viganò, *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace"? Considerazioni a margine del caso Welby*, cit., 5 ss.; Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, cit., 1561 ss.; Pulitanò-Ceccarelli, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 330 ss.; Tordini Cagli, *Piergiorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, 543 ss.; Vallini, *Lasciar morire chi rifiuta le cure non è reato. Il caso Welby nella visuale del penalista*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, Padova, 1/2008, 54 ss. Specificamente riferito al caso Englaro, Mori, *Il caso di Eluana Englaro*, Bologna, 2008, *passim*. Per un'analisi sinottica della pronuncia del G.u.p. di Roma e del G.i.p. di Udine, Cupelli, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle "scelte di fine vita"*, cit., 274 ss. Sul caso *Lambert*, Corte Edu, G.C., 5 giugno 2015, *Lambert and Others vs Francia*, che è un'ipotesi di astensione da trattamento sanitario in assenza di precedenti indicazioni del paziente, nell'ambito del quale la Corte ha evidenziato come il dovere di salvaguardare la vita debba trovi un bilanciamento, certo discrezionale, con la dignità del paziente ed il rispetto della sua sfera privata. Su di esso Greco, *«Ragione strumentale» vs «ragione etica», tra profili non coercibili di autodeterminazione soggettiva e «legittimazione procedurale» degli atti eutanasici cc.dd. «passivi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 754 ss.

[72] Corte Edu, 29 aprile 2002, *Pretty vs U.K.*, ric. 2346/02, caso nel quale la Corte ritenne infondato il ricorso di una malata di sclerosi laterale amiotrofica che chiese di ottenere dalla magistratura inglese una dichiarazione di esenzione da responsabilità penale per il marito ove avesse proceduto ad iniettarle una sostanza letale. Per i Giudici non era sproporzionato il divieto di suicidio assistito (§ 74 ss.) Per la precisione per i Giudici dall'art. 2 della Convenzione non discendeva l'obbligo per lo Stato di lasciare all'individuo il diritto di scegliere se vivere o meno. Si noti però che in Corte Edu, V, 19 luglio 2012, ric. 497/09, *Koch vs Germania*, si affermò, sul piano procedurale, che, pur rispettando il margine di apprezzamento statale, ogni ordinamento debba garantire il diritto di una valutazione giudiziale nel merito dei ricorsi dei cittadini in materia di suicidio assistito, al contempo non escludendo che il divieto di interrompere una vita considerata non dignitosa dall'interessato possa interferire con il diritto di cui all'art. 8 della Convenzione.

[73] Si veda Corte Edu, I, 20 gennaio 2011, *Haas vs Svizzera*, ric. 31322/07, su cui Colella, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 Cedu discenda il "diritto a un suicidio dignitoso"*, in *www.penalecontemporaneo.it*., 4 aprile 2011. In questa sentenza la Corte ritenne non sproporzionate le

nel caso *Cappato* la Corte di Assise di Milano abbia individuato un mutamento dell'orientamento dei giudici europei in tema di aiuto al suicidio, in realtà pare che la Corte di Strasburgo sia rimasta sempre ferma nel rimettersi alla disciplina agli Stati membri, limitandosi di recente a richiedere che la regolazione interna fosse determinata e razionale (in particolare nella sentenza *Gross vs Svizzera* del 2013).

10. Cambio di paradigma: *dall'incriminazione* alla *giustificazione*. Alla ricerca di una disciplina equilibrata per l'aiuto 'ammissibile' al suicidio altrui

La tipicità, con la sua fissità, non è il luogo dogmatico in grado di cogliere i mutamenti di valore maturati nella società, in particolare l'emersione di una nuova sfaccettatura del diritto alla dignità e all'autodeterminazione, veicolata dall'evoluzione del progresso scientifico in campo medico. L'universo delle scriminanti è invece più flessibile e meglio capace di afferrare le differenze assiologiche tra la *cooperazione al suicidio altrui*, che mantiene inalterata la carica antisociale che aveva spinto il legislatore codicistico a considerarla penalmente rilevante, e il *contributo alla morte del paziente* che non possa affidarsi all'interruzione delle terapie per sottrarsi ad una vita che ritiene intimamente insostenibile[74].

Concepire il suicidio in termini di libertà consente di delimitare il campo di operatività dell'art. 580 c.p. rispetto ad una serie di condotte di terzi, che possono così essere qualificate non semplicemente come *atipiche*, bensì come *lecite*. Si potrebbe, così, mantenere ferma l'inevitabile imperatività della norma nella più grande parte dei casi, ma riducendone l'applicabilità ad alcune sottofattispecie strettamente assimilabili a casi di abbandono o rifiuto di terapie salvavita da parte del paziente.

Si tratta ora di definire nel miglior modo possibile i casi tipici che ricadono nell'intersezione tra la norma di liceità di natura costituzionale di cui all'art. 2 e l'incriminazione codicistica.

Preliminarmente, tenuto conto dell'anticipata presa d'atto di una radicale differenza di valore tra '*istigazione al*' e '*agevolazione del*' suicidio altrui, pare necessario rilevare come il concetto di *aiuto* sia suscettibile di una importante scissione in molteplici *species* dotate di valore (o disvalore) fortemente differenziato, alcune riconducibili all'art. 579 c.p., altre all'art. 580 c.p., altre ancora, puramente teoriche, in cui viene in gioco persino l'art. 575 c.p.

Quest'ultimo può essere il caso in cui un garante, ad esempio un genitore, stacchi il respiratore del figlio ormai reso incosciente da una patologia giunta allo stadio terminale o anche semplicemente rimanga inerte di fronte ad una sua improvvisa crisi respiratoria risolubile in caso di intervento immediato, pur nel contesto di una compromissione gravissima delle condizioni generali.

Qualora invece lo stesso genitore assecondi il rifiuto di trattamenti salvavita da parte del congiunto, capace di intendere e volere, ma gravemente malato e sicuramente destinato a morire in breve tempo, egli dovrebbe rispondere di omicidio del consenziente.

---

condizioni richieste dalla legislazione svizzera per l'accesso al suicidio assistito (§§ 55 e 58). Nella dottrina italiana, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, cit., 1152; Massaro, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, cit., 12.

[74] Sulle istanze sociali di regolazione, spesso immediatamente penali, dei fenomeni connessi all'evoluzione della medicina Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., 549.

Si può altresì presentare l'ipotesi di utilizzo di terapie palliative, ma suscettibili di produrre un effetto indiretto in termini di accorciamento della vita; questo specifico caso è oggi quello paradossalmente meno problematico nei fatti: è ben diffuso l'utilizzo – più o meno protocollato – di trattamenti antalgici con effetti potenzialmente depressivi sulle funzioni cardiocircolatorie e, dunque, in grado di avvicinare il momento della morte[75].

Nell'ambito delle linee guida della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI), si legge anzi esplicitamente "*I medici hanno l'obbligo morale di assicurare un adeguato controllo dei sintomi nelle fasi finali della vita, anche attraverso la somministrazione di farmaci sedativi e analgesici in dosi* ***che, in via teorica, potrebbero accorciare la vita della persona morente****. La dottrina del 'doppio effetto' è utilizzata per operare una distinzione morale tra la somministrazione di farmaci con l'intenzione di abbreviare la vita della persona morente e la somministrazione degli stessi farmaci per assicurare un adeguato controllo del dolore e degli altri sintomi (dispnea, agitazione, delirium, nausea), anche quando siano richieste elevate dosi di farmaco per raggiungere tali obiettivi* (grassetto e sottolineature nostre). Le linee guida SIAARTI segnalano dunque che *"In questo caso, quindi, si corre consapevolmente il rischio di abbreviare la vita, ma questo obiettivo non è direttamente ricercato. Alcuni studi hanno comunque evidenziato che la somministrazione di farmaci sedativi ed analgesici alla fine della vita non accelera il processo di morte in modo significativo*"[76]. È da rilevare a questo proposito il

[75] Si noti che tali terapie, se condotte secondo linee-guida elaborate dalle società scientifiche di categoria nazionali – ad esempio SIAARTI (Società Italiana Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva) e SICP (Società Italiana di Cure Palliative) – ed internazionali, non dovrebbero produrre in concreto una riduzione dell'aspettativa di sopravvivenza del paziente. In ordine alle linee-guida per la gestione e l'adeguato controllo dei sintomi nelle fasi finali della vita, si segnalano quelle pubblicate il 26 giugno 2018 dalla SIAARTI, intitolate "*Le cure di fine vita e l'anestesista rianimatore: raccomandazioni Siaarti per l'approccio alla persona morente*" e reperibili in *www.siaarti.it*, nonché, con specifico riferimento alla cd. sedazione palliativa o terminale, anche le "*Raccomandazioni della SICP sulla Sedazione Terminale/Sedazione Palliativa"* del 30 ottobre 2007, disponibili in: *www.sicp.it.* Si noti che la SICP ha più volte precisato, in comunicazioni ufficiali, come la sedazione palliativa/terminale sia radicalmente alternativa all'eutanasia e al suicidio medicalmente assistito, per l'obiettivo che si prefigge (controllare le sofferenze refrattarie, altrimenti non trattabili con i normali mezzi terapeutici), per i mezzi utilizzati (farmaci sedativi ad azione reversibile e modulabile) e per il risultato (perdita dello stato di vigilanza di variabile profondità); l'eutanasia ed il suicidio medicalmente assistito mirano invece a provocare la morte del malato utilizzando farmaci letali completamente differenti. Va in particolare rilevato che l'evidenza scientifica ha dimostrato che la sedazione palliativa/terminale non abbrevia la vita, ma può, al contrario, prolungarla brevemente, pur nell'ambito di una terminalità molto prossima (cfr. comunicazione del Presidente della SICP del 26 novembre 2015, in *www.sicp.it*). In ordine alla distinzione tra eutanasia, suicidio medicalmente assistito e sedazione palliativa, si veda anche il comunicato di SICP del 30 marzo 2015. Si tratterebbe comunque di una forma di eutanasia indiretta secondo Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 702; nello specifico, sulla sedazione terminale profonda, Razzano, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 266; di recente Cacace, *La sedazione palliativa profonda e continua nell'imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 469 ss.

[76] La teorica del cd. "*double effect*", risalente fino alla riflessione di Tommaso D'Aquino, è stata impiegata in ambito penalistico dalla giurisprudenza statunitense: la somministrazione del trattamento antalgico con esito letale non implica la responsabilità del medico, a condizione che egli non abbia intenzionalmente perseguito questo effetto, anche se per scopi altruistici, vale a dire per accorciare le sofferenze del malato. L'obiettivo avuto di mira deve essere stato l'alleviamento del dolore, per quanto i farmaci antalgici abbiano avuto come prevedibile conseguenza un più rapido *exitus*. La dottrina comparve nella sentenza resa nel caso *R v Bodkin Adams*, in *Crim. L. R.*, 1957, 365, in cui Lord Devlin espresse l'opinione secondo cui "*una*

richiamo alla teoria americana del cd. "doppio effetto", in base alla quale l'azione compiuta per uno scopo lecito non cessa di essere consentita in presenza di un rischio di effetto collaterale negativo, anche se questo viene considerato e accettato. Al di là di ciò, questo aiuto al malato oscilla paradossalmente verso l'omicidio volontario con dolo eventuale, se il sedativo si rivela letale per il malato che aveva consentito alla somministrazione per lenire il dolore, ma non alla propria morte.

Si pone poi finalmente il caso dell'accelerazione *tout court* dell'evento morte tramite attivazione di 'procedure tanatologiche' di assistenza al suicidio, nelle quali è lasciato al malato il gesto finale dell'assunzione della sostanza letale.

Come si vede, l'ultima ipotesi, più pianamente riconducibile all'art. 580 c.p. nell'immaginario collettivo, è solo una delle molteplici fattispecie di causazione intenzionale della morte del malato sofferente e incurabile e non pare suscettibile di una netta distinzione dalle altre subito prima accennate, né dal punto di vista del *disvalore del fatto*, né dal punto di vista della *modalità di condotta*, benché l'interprete sia costretto a sussumerle entro differenti incriminazioni.

Al di fuori di questi casi se ne possono porre altri, che sin da un primo sguardo appaiono radicalmente eterogenee.

Si pensi alle variegate ipotesi di contributo al suicidio in assenza di una malattia o altra condizione fisica che determini una condizione oggettiva di dipendenza da terapie mediche invasive; in questi casi, semplicemente, si asseconda un'intenzione suicidaria altrui, derivante da instabili condizioni psichiche, acute o croniche. Per non parlare poi dell'aiuto che si tramuti di fatto in una forma di rafforzamento del proposito anticonservativo prima debole e potenziale.

La sintetica enunciazione casistica dimostra, a nostro parere:

a) una stringente continuità tra *alcune sottofattispecie* di omicidio del consenziente e aiuto al suicidio;
b) che il comune denominatore di tali ipotesi è rappresentato da una *condizione nosografica* di dipendenza da terapie mediche invasive *e suscettibile di degradare la dignità del malato*, in costanza di sofferenza inemendabile e assenza di prospettive di miglioramento, con o senza prognosi infausta a breve termine (paradigmatici di questo secondo caso i casi di pazienti in stato vegetativi persistente o con traumi neurologici gravissimi, come Fabiano Antoniani).

Se, dunque, si ritiene che la tutela delle scelte riconducibili al fine vita passi necessariamente dalla definizione di una scriminante, questa deve possedere un preciso presupposto nosografico che, da una parte, garantisca un'oggettiva verificabilità tecnica della ricorrenza della situazione giustificante, sia *ex ante* che *ex post*, e, dall'altra parte, riduca al settore sanitario (e dunque al medico) la possibilità di agire lecitamente[77].

---

volta che è impossibile restaurare la salute del paziente, per il medico rimane ancora molto da fare, soprattutto alleviare il dolore e la sofferenza, anche se questo incidentalmente può accorciare la vita". In letteratura, si veda Price, *Euthanasia, Pain Relief and Double Effect*, in 17 *Legal Stud.*, 1997, 337.

[77] Si badi bene che la richiesta di una condizione di patologia e sofferenza costituisce già un temperamento di un approccio liberale al tema: di per sé quest'ultima, almeno in forma 'pura', non richiederebbe dolore, sofferenza e brevità della vita per legittimare la scelta di un soggetto di interrompere la propria esistenza o richiederne la cessazione attraverso terzi, poiché conterebbe solo una espressione di volontà esente da vizi, come evidenziato da Feinberg, *Harm to self*, Oxford, 1986, 351.

È forse possibile ricavare una siffatta disciplina già ora, in assenza di un intervento legislativo, *per diretta applicazione delle disposizioni costituzionali*, riparametrando l'art. 580 c.p. rispetto ai casi più estremi e di frontiera l'applicazione, alla luce:

i) di un postulato *dogmatico-normativo*, in base al quale l'antigiuridicità, come categoria, è più idonea a consentire un corretto inquadramento della tematica;

e

ii) di una constatazione *empirico-criminologica*, che impone all'osservatore la stretta somiglianza tipologica delle variegate condotte di assistenza, da parte del terzo, alla realizzazione della richiesta di morire del paziente incurabile.

Potrebbe ritenersi consentito, *de lege lata*, un peculiare tipo di aiuto al suicidio, definito alla luce della ricorrenza *oggettiva* di una condizione nosografica del richiedente accertata in termini di non curabilità [78] e caratterizzata da una *sofferenza* non trattabile (elemento a percezione soggettiva, almeno in parte), inevitabilmente classificata caso per caso sulla base di quanto riferito dal paziente.

Attraverso la chiara descrizione del presupposto del fatto scriminato potrebbe essere garantita la fondamentale esigenza di *determinatezza* (versante *sostanziale*) e *verificabilità* (versante *processuale*) della giustificazione[79]; in presenza di tali situazioni potrebbe ipotizzarsi che le condotte di assistenza al suicida meramente materiali possano essere ritenute lecite.

Il campo di applicazione sarebbe ben più ristretto di quello definito dalla l. n. 219 del 2017, poiché quest'ultima opera semplicemente nell'ipotesi del rifiuto di una terapia salvavita. Nel caso di cui ci si occupa qui, invece, ci si trova ad uno *step* successivo ed eventuale, che scatta quando l'interruzione delle cure e il sostegno antalgico non assicurino una *sopravvivenza residua dignitosa* al paziente (naturalmente nella valutazione della qualità dell'esistenza rimanente pare insostituibile la percezione del malato).

Di fronte al generale divieto penalmente sanzionato di aiutare il suicida nell'attuazione del proprio proposito, è però possibile configurare una *scriminante speciale*, riferita *alle sole condotte di mero aiuto materiale*, immediatamente *strumentali all'attuazione di una chiara, libera e attuale manifestazione di volontà* del paziente incurabile e sofferente.

Si tratterebbe di mutuare, rispetto ad una fattispecie obiettivamente monosoggettiva quale è l'art. 580 c.p.[80] un *principio di sistema*, formalizzato specificamente nella *regola codicistica* della estensibilità delle scriminanti ai concorrenti di cui all'art. 119 c.p.[81]: il contributo ad un'azione lecita non può che essere a sua volta lecito, salvo eccezioni legali ragionevoli.

---

[78] Peraltro, tale dato è ovviamente suscettibile di modificazione nel tempo in considerazione dell'evoluzione delle terapie mediche ed è possibile che si riduca in futuro, sicché la tecnica modifica il destino dell'uomo e le sue regole di convivenza a rilevanza penalistica. In argomento si vedano ad esempio Habermas, *Il futuro della natura umana*, Torino, 2002, 32 ss.; Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, 160 ss.

[79] Si noti che la necessaria determinatezza della disciplina in tema di suicidio assistito, con particolare riferimento alle condizioni legittimanti quest'ultimo, è stata riconosciuta da Corte Edu, II, 14 maggio 2013, *Gross vs Svizzera*, ric. 67810/2010.

[80] Merenda, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, 192 ss.

[81] Si tratterebbe si applicare il disposto dell'art. 119 in senso analogico, poiché l'aiuto al suicidio non è altro che un contributo al dispiegamento in concreto di un diritto fondamentale. In questi termini già Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 101.

Essendo queste vicende collocate al momento finale di un percorso terapeutico, in analogia con quanto previsto dalla l. n. 219 del 2017 deve ritenersi essenziale la qualifica di medico in capo a chi presta il contributo di cooperazione[82]. Allora ecco che la qualifica diviene un ingranaggio strategico di una scriminante che si incentra su una condizione di patologia infausta e insostenibile per il malato.

A questa proposta ermeneutica potrebbe replicarsi che sono molti i casi di disciplina programmaticamente 'asimmetrica', in cui il legislatore ha cioè scelto di sanzionare penalmente ogni forma di contributo all'esercizio di un'attività per la quale l'attore principale non è punibile[83]: si pensi al consumo di stupefacenti (penalmente irrilevante) rispetto alla cessione degli stessi (onerosa o gratuita), che integra l'art. 73 del d.p.r. 309 del 1990, oppure all'esercizio della prostituzione rispetto a qualsiasi forma di induzione, facilitazione e sfruttamento del meretrico[84].

Sono però discipline solo all'apparenza assimilabili. Per il consumo personale di stupefacenti è ben difficile parlare di *libertà negativa*, tenuto conto della disposizione che sanziona in via amministrativa il consumatore (art. 75 d.p.r. 309 del 1990); per la prostituzione, pur in assenza di sanzioni e addirittura in presenza di un divieto di 'schedatura' di chi si prostituisce (ai sensi dell'art. 8 della l. n. 75 del 1958), è altrettanto arduo sostenere che si tratti di *esercizio di una facoltà costituzionalmente protetta*. È da tempo che dottrina e giurisprudenza qualificano il negozio di meretricio come *illecito*, in quanto contrario al *buon costume*: la non ripetibilità di quanto corrisposto dal 'cliente' non consegue al riconoscimento implicito di una libertà (negativa), ma al disposto dell'art. 2035 c.c., in base al quale "*chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato*"[85].

Non vi è dunque nulla di più distante tra i casi di consumo di stupefacenti ed esercizio della prostituzione, da una parte, e di suicidio del malato incurabile, dall'altra parte; è il concetto costituzionale di *dignità della persona* a volgere una doppia funzione: bandisce le prime due ipotesi dal novero delle libertà fondamentali, accogliendo invece la terza quale strumento di tutela delle scelte del morente.

Attraverso questa ricostruzione sarebbe possibile esentare la disciplina dell'art. 580 c.p. da ogni profilo di irragionevolezza rispetto a quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 579 c.p. e 1 comma 6 della l. n. 219 del 2017.

---

[82] Anche sul fronte del rifiuto o dell'interruzione delle terapie salvavita si è posto il problema della qualifica della condotta del soggetto non sanitario, proponendo, ad esempio, di affiancare al dovere coercibile del medico di adempiere alle volontà del paziente, la facoltà incoercibile del non sanitario, cfr. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71.

[83] Il tema è già affrontato da Massaro, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio*, cit., 13 s.

[84] Si ricordi il n. 8 dell'art. 3 della l. n. 75 del 1958 (cd. legge Merlin), che punisce, con formula residuale e di chiusura, «*chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui*».

[85] In giurisprudenza si veda già Cass., II, 10 dicembre 1971, n. 4003, Giachi, rv. 121242; Cass., Sez. I, 16 novembre 1970, n. 2290, Bell, rv. 117285 e in dottrina, di recente, Gatta, *Risponde di estorsione la prostituta che minaccia il cliente costringendolo a pagare la prestazione? A proposito del concetto di ingiustizia del profitto*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2014,, che annota una sentenza di merito (Trib. Roma, 7 maggio 2014, Pres. Liotta, Est. Di Nicola) che si discosta dall'indirizzo tradizionale in ordine alla qualificazione della prostituzione, sostenendo che il "diritto alla sessualità" comprenderebbe il "diritto alla scelta di vendere la propria prestazione sessuale".

Sia consentito, *en passant*, una rapida notazione su una specificità davvero rara di questa scriminante costituzionale: solitamente l'antigiuridicità è la sede della composizione di un contrasto tra beni confliggenti facenti capo a centri di imputazione *differenti*; nel caso delle decisioni di fine vita (tanto nel caso dell'art. 1 comma 6 della l. n. 219 del 2017, quanto rispetto all'aiuto al suicidio nei termini ora accennati) i due interessi in contrasto appartengono al *medesimo soggetto*: al di là della *disponibilità* degli stessi da parte dell'individuo, è però chiaro che costui sia l'unico reale *protagonista del bilanciamento* tra la propria vita e la propria autodeterminazione rispetto alla sofferenza[86].

10.1 Pregi *apparenti* e difetti *reali* di una scriminante costituzionale in tema di aiuto al morente

Riconoscere l'esistenza di un possibile spazio di liceità per alcune tipologie di condotte di aiuto al suicidio non equivale a certificare che l'attuale assetto sia soddisfacente.

Pur ammettendo che esista una scriminante nei termini ora indicati, rimane infatti altamente incerto quale sia il suo possibile perimetro di validità e ciò contrasta frontalmente con quanto affermato dalla Corte Edu proprio in riferimento alla disciplina giuridica del suicidio assistito: un requisito fondamentale di ogni norma in materia è la determinatezza della regolazione, in ordine a presupposti, procedure applicative e soggetti abilitati ad agire[87].

Benché possa sembrare opportuna l'assenza di una disciplina scritta, in quanto la rigidità della norma penale (incriminatrice o giustificante) spesso non si attaglia alla flessibilità delle questioni bioetiche, così intrise di personalismo e pluralismo valoriale, ciò non di meno il silenzio del legislatore rischia di privare i consociati di riferimenti affidabili rispetto ad un tema così cruciale[88].

Sorge immediato il riferimento al rapporto che intercorre tra un'altra giustificazione costituzionale (quella di cui all'art. 21) e il delitto di diffamazione. Anche in quell'occasione la vaghezza della norma scriminante e l'incertezza dei rapporti con la ben più precisa incriminazione sono stati definiti da un codice interpretativo giurisprudenziale che, sedimentatosi nel tempo, consente oggi di prevedere con precisione il perimetro dell'agire lecito[89].

---

[86] Sul fronte dell'interruzione delle terapie salvavita, rileva come l'unico bilanciamento che può assumere rilievo giuridico è quello posto in essere dalla persona che soffre e che si sia concluso nel senso della rinuncia al trattamento, in un'istanza che di per sé indentifica il *best interest* del paziente Gargani, Ius imperfectum*? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 510.

[87] La necessità di una regolazione precisa delle condizioni di liceità della sospensione delle terapie salvavita, dalla definizione dei garanti legittimati, al controllo su validità e attualità del consenso Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, cit., 913 ss.

[88] Evidenzia l'inadeguatezza del diritto penale con questi argomenti Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 85 ss.; nel senso della preferibilità di una soluzione casistica della giurisprudenza, anziché di soluzioni legislative irrazionali o contrastanti con la Costituzione Viganò, *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziale'*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2008, 1610.

[89] Sui protocolli esegetici forgiati dalla giurisprudenza in tema di libertà di espressione e tutela dell'onore A. Tesauro, *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1083 e, più ampiamente, Id., *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, *passim*; sul rapporto tra tali protocolli e la dogmatica delle scriminanti sia consentito il rinvio a Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2018, 89.

Possibile che anche in questo contesto riesca a farsi strada una soluzione di questo tipo; gli interessi in gioco, strettamente personali e superprimari, sconsigliano però di attendere un simile e del tutto eventuale epilogo e inducono con forza ad interpellare il Legislatore.

11. L'‘impeto di Buridano': il diritto penale provvisorio durante il dialogo tra Corte costituzionale e Legislatore in tema di fine vita

Le coordinate normative in cui ci muoviamo sono state profondamente scosse dalla ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018 della Corte costituzionale[90]. Cercando di sintetizzare al massimo, la Consulta, pur non ritenendo che l'art. 580 c.p. fosse *per se* incompatibile con la Costituzione, ha identificato all'interno della disposizione una sottofattispecie problematica, quella dell'aiuto al suicidio prestato a una persona che congiuntamente sia:

i) affetta da patologie irreversibili;
ii) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale;
iii) afflitta da sofferenze fisiche o psicologiche ritenute dal paziente medesimo assolutamente intollerabili;
iv) pienamente capace di scegliere in maniera libera e consapevole (dunque di autodeterminarsi).

Rispetto a tale caso, l'incriminazione oggetto di scrutinio si rivela *sovrainclusiva*, in quanto applicabile al comportamento concreto a dispetto di un disvalore di condotta molto attenuato, se non assente, pur rimanendo adeguata a reprimere *altri* fenomeni di indebita interferenza nelle scelte di fine vita e la più 'classica' ipotesi dell'istigazione al suicidio.

Al contempo, per la Corte, la nuova disciplina del 2017 in tema di disposizioni anticipate di trattamento omette di fornire una regolazione *ad hoc* per le ipotesi in cui l'interruzione delle terapie salvavita non determini una morte rapida e indolore, neppure se gestita con palliazione continuativa profonda, sicchè in questi casi l'eventuale aiuto a morire fornito dal medico a questi pazienti rimane criminalizzato, pur se assiologicamente distinto da tutte le altre sottofattispecie di aiuto o istigazione al suicidio.

Rispetto al caso del soggetto inguaribile condannato all'agonia, senza un aiuto a morire, per i Giudici costituzionali "*l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, co. 2, Cost.*" (§ 8).

Presto detto il risultato *pratico* di una tale situazione *normativa*. Essendo, allo stato, preclusa al medico la pratica di trattamenti diretti a determinare la morte, i pazienti che versino nelle condizioni critiche ora descritte sono costretti "*a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care*" (§ 9).

[90] Tra i primi commenti alla decisione si segnalano quelli di Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2018; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, III-2018, 573; Adamo, *In tema di aiuto al suicidio la Corte costituzionale italiana intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, e Viganò, *The Italian Constitutional Court on assisted suicide*, entrambi in *Criminal Justice Network*, rispettivamente 23 e 27 novembre 2018.

Di qui il sostanziale riconoscimento della incostituzionalità della disciplina complessiva: quando il malato, per interrompere le sofferenze, è costretto ad attraversare uno stato che egli percepisce di degradazione della persona, lesivo della propria dignità, il divieto assoluto di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. integra una limitazione dell'autodeterminazione del paziente nella scelta delle terapie, comprese quelle appunto finalizzate a liberarlo dal dolore e a condurlo alla morte, e dunque una lesione degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Oltre a questi ultimi parametri costituzionali, la Corte individua un profilo di illegittimità dello scenario normativo in materia anche alla luce dell'art. 3 Cost., essendo palese l'irragionevole disomogeneità di disciplina tra malati incurabili che sono comunque in grado di togliersi la vita da soli e malati altrettanto incurabili che invece, impossibilitati a farlo, sono costretti a sottoporsi al percorso scaturente dall'interruzione del trattamento di sostegno vitale, con l'ulteriore discriminazione indebita fra coloro ai quali la cessazione delle terapie assicuri comunque una morte rapida e coloro che invece debbano subire una drammatica agonia[91].

A nostro avviso, però, la lucida disamina non ha condotto la Consulta a una decisione condivisibile.

Quello che consegue all'ordinanza n. 207 è, innanzitutto, un diritto penale provvisorio. La disposizione oggetto di esame è ancora in vigore, ma le considerazioni spese dalla Corte ne segnano già oggi il destino. La sopravvivenza dell'art. 580 c.p., per come lo conosciamo, sarà impossibile anche nel caso in cui, come molto probabile, il legislatore non interverrà entro il termine dettato dalla Consulta (24 settembre 2019). Si può dubitare della ragionevolezza del mantenimento in vita di una disciplina penale che, minata da questa ordinanza, cessa di svolgere di fatto già ora la propria funzione orientativa, per quando la sua applicazione sia rimessa alla prudenza dei Giudici ordinari (§ 11).

Il percorso volto alla caducazione almeno parziale della fattispecie è dunque avviato. Parafrasando Buridano, filosofo medievale che coniò il concetto di *impetus* nel suo commento alla Fisica aristotelica, un'inesorabile inerzia condurrà all'ablazione dalla disposizione della sottofattispecie relativa al malato inguaribile condannato ad una fase agonica più o meno lunga.

Ulteriormente, ci si può chiedere se il rischio di un vuoto normativo, che ha spinto oggi la Corte ad astenersi da una pronuncia di accoglimento, non persisterà il 24 settembre 2019 e se la molteplicità di opzioni regolatorie possibili in questa materia non impedirà anche in futuro ai giudici costituzionali di prescegliere una piuttosto che un'altra, a pena di invadere la sfera di competenza del legislatore.

In definitiva, siamo in presenza di una incriminazione che, almeno in una sua parte, è *formalmente vigente*, ma *sostanzialmente abolita*, con esiti in termini di certezza del diritto che lasciano davvero a disagio. Ecco dunque la ragione fondamentale che induce a diffidare di siffatta metodologia di giustizia costituzionale: si tratta di un paradigma pseudodecisorio da non replicare in nuove occasioni, almeno in sede penale.

---

[91] Sul punto cfr. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit., secondo cui la Corte non ha inteso legittimare un diritto di morire, quanto invece valorizzare la massima declinazione della tutela della dignità umana estendendola alla libertà di autodeterminazione nelle situazioni di estrema vulnerabilità della persona, legate alla fase terminale della vita, affermando dunque "*non tanto un diritto a morire con dignità, quanto piuttosto un diritto alla piena dignità anche nella morte*".

12. Conclusioni. La "non eterodeterminazione" come libertà negativa da tutelare attraverso una scriminante costituzionale riferibile all'ausilio del terzo

Il suicidio è una mera libertà negativa, che non autorizza a pretendere azioni positive da parte di terzi o dello Stato, ma che determina comunque l'illegittimità di abusive interferenze altrui, trattandosi di decisioni intime, coperte dalla tutela della vita privata di cui all'art. 8 Cedu[92].

È ben più di una suggestione ritenere che il rispetto di queste decisioni personalissime sia la prassi degli *hospice* e dei reparti ospedalieri in cui sono collocati pazienti con prognosi infausta e gravi condizioni di sofferenza: in questi contesti si è forse già da tempo risolta la contraddizione tra tutela della vita e salvaguardia della dignità del malato, riconoscendone la natura apparente. Il solido accordo terapeutico stretto tra il malato (e i suoi familiari) e i medici, ispirato a *pietas* e buon senso, rende ben rare le applicazioni in sede giudiziaria degli artt. 579 e 580 c.p. Tendenzialmente ciò accade quando una delle parti in gioco intenda far diventare il proprio caso personale un'occasione di riflessione politica sulla necessità di una regolamentazione legislativa di ciò che ormai la consuetudine ha 'protocollato'. È in siffatti momenti che le questioni di principio assolutizzano i valori in campo, rendendoli reciprocamente esclusivi[93].

Al netto della problematica ordinanza della Corte costituzionale dell'ottobre 2018, è lecito dubitare che la via di un'equilibrata soluzione normativa passi per la dichiarazione di incostituzionalità di una delle norme in gioco. Per quanto discutibile dal punto di vista politico-criminale, nulla di irragionevole è riscontrabile nel complesso della disciplina dedicata al tema, se non per le sottofattispecie 'di confine'. In ragione di ciò, a norme invariate, pare possibile comunque sottoporre ad un accorto bilanciamento gli interessi tutelati dalle fattispecie di cui agli art. 579 e 580 c.p. e quelli delle libertà costituzionali sottese agli artt. 2 e 32 Cost.[94].

Le pieghe dell'ordinamento rivelano però, al fondo di una ricostruzione sistematica, una possibile via d'uscita dalla stasi che segna la disciplina in tema di fine vita. A questo fine occorre:

a) abbandonare l'esausta dicotomia *diritto disponibile vs diritto indisponibile*, che derivava da un'impropria sintesi tra art. 5 c.c. e art. 50 c.p. e piegava l'originaria vocazione delle norme – la prevenzione del mercimonio del corpo o di sue parti – dilatandole fino alla proscrizione di qualsivoglia atto dispositivo[95];
b) collocare entro una coerente e aggiornata gerarchia assiologica i principi costituzionali di autodeterminazione del malato, dignità e solidarietà, da una parte, e la tutela della vita,

[92] La Corte Edu ha certamente riconosciuto che lo Stato, a condizioni di dettare vincoli ragionevoli e determinati, può considerarlo illecito; rilevano in questo senso *Pretty vs U.K.*, 29 aprile 2002, *Haas vs Svizzera*, 20 gennaio 2011, *Koch vs Germania*, 19 luglio 2012; *Gross vs Svizzera*, 14 marzo 2013 (che ha ribadito l'affermazione già contenuta in Hass, secondo cui la scelta su come e quando porre fine alla propria vita è uno degli aspetti del diritto di cui all'art. 8 Cedu), *Lambert vs Francia*, 5 giugno 2015. In dottrina, sul suicidio come libertà negativa, Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina Palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, cit., 1152.

[93] Analoghe considerazioni in Massaro, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, cit., 27.

[94] Sulla compatibilità costituzionale delle due fattispecie penalistiche Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, cit., 533, ritenute criticabili semmai sul piano dell'opportunità politico-criminale; nel senso di un possibile conflitto Gargani, Ius imperfectum*? L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, cit., 527.

[95] Sul punto Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, cit., 88; si legga anche Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 224 ss.

dall'altra parte[96]. Si tratta dunque di *attualizzare* semplicemente *il rapporto tra i beni* in gioco, senza *sostituire* questi ultimi a bella posta con nuovi interessi di artificiosa costruzione.

Così procedendo, è possibile ridiscutere i confini applicativi degli art. 579 e 580 c.p. e, in particolare, neutralizzare in via esegetica i profili di illegittimità costituzionale della seconda delle due incriminazioni, resecando quelle ipotesi in cui la *scelta* di morire non è concretizzata *solo* dal malato, né operata *solo* dal *medico*, ma *prima* matura e *poi* si realizza nel dialogo tra sanitario e paziente, che condividono dunque il *dominio del fatto*.

L'aggiornamento della scala di valore in cui ordinare tra loro i diritti, anche alla luce del quadro internazionale di riferimento (si pensi all'art. 5 della Convenzione di Oviedo e all'art. 3 della Carta dei diritti dell'UE[97]), evita il rischio di idealizzare o leggere in modo astratto e aprioristico tanto il bene *vita*, quanto quello dell'*autodeterminazione del malato*[98].

A nostro parere, allora, già oggi nell'ordinamento è possibile ipotizzare che, ferma restando la generale tipicità di tutte le forme di aiuto al suicidio ai sensi dell'art. 580 c.p., alcune ipotesi di agevolazione o assistenza rispetto ad atti anticonservativi, in condizioni di estrema sofferenza, risultino scriminate dal combinato disposto degli artt. 2 e 32 della Cost., che consentono dunque di estendere la natura di libertà negativa del suicidio anche al contributo del cooperante, per analogia con quanto previsto dall'art. 119 c.p.

Ciò manterrebbe certamente nell'alveo della punibilità ogni interferenza (leggi: istigazione) nella scelta di porre fine alla propria vita da parte del paziente, ma impedirebbe al contempo di sanzionare penalmente la collaborazione prestata al malato che ritenga che la sua vita sia divenuta insostenibile e in relazione a cui la palliazione sia insufficiente, in ragione di una condizione nosografica verificabile oggettivamente[99].

Si potrebbe ben giungere al risultato anche attraverso una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, posto che una protezione incondizionata della vita, contro l'interesse del

---

[96] Si tratta di un'operazione già condotta dalla Corte costituzionale, che nella sentenza 438 del 15 dicembre 2008 ha collocato l'istituto del consenso al crocevia di due diritti fondamentali della persona, da una parte la salute, dall'altra parte l'autodeterminazione. Ritiene che quest'ultima possa assurgere ad oggetto di protezione da parte delle fattispecie di omicidio del consenziente e istigazione e aiuto al suicidio Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro. it.*, 2009, V, 227 ss.; nel senso invece che porre come bene giuridico l'autodeterminazione significhi non interpretare le norme penali vigenti, bensì rimodulare l'intero impianto di tutela Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 59.

[97] La Carta dei diritti dell'Ue, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati dell'Unione, ai sensi dell'art. 6 § 1 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri. La Convenzione di Oviedo è stata ratificata dalla l. n. 145 del 2001 e all'art. 5, rubricato «*regola generale*», prevede che «*un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso*»; l'art. 3 della Corta dei diritti dell'Unione europea, rubricato «*diritto all'integrità della persona*» dispone al § 2 che nell'ambito della medicina e della biologia è richiesto, tra l'altro, il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge.

[98] Per un monito contro la sopravvalutazione dell'autodeterminazione individuale, Di Giovine, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 921.

[99] In questo senso anche Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 66 s.

titolare ed in spregio alla dignità della persona, esposta ad una sofferenza inutile, renderebbe l'art. 580 c.p. una fattispecie penale irragionevole e contraria alle funzioni di tutela dell'ordinamento sancite dalla Costituzione, lasciando completamente priva di considerazione la volontà del malato rispetto alle scelte inerenti il proprio corpo e la propria salute[100].

Non va comunque disconosciuto che alle *interpretazioni* ortopediche della dottrina e della giurisprudenza è sicuramente preferibile una rimodulazione *legislativa* dell'art. 580 c.p., che completerebbe uno statuto penale del fine vita, in parte già inveratosi nel nostro sistema con la l. n. 219 del 2017. Lungi dall'ingenua esaltazione del concetto di *auto*determinazione, in considerazione dei molteplici e assai poderosi condizionamenti di contesto che ogni paziente subisce all'atto di compiere una scelta terapeutica, occorre raggiungere un delicato equilibrio normativo che consenta al malato, previo accertamento caso per caso dell'assenza di indebite *etero*determinazioni, di ottenere il pieno rispetto delle sue decisioni, senza l'imposizione di tutele paternaliste[101].

[100] Di vera e propria inoffensività dell'aiuto al suicidio del richiedente l'interruzione delle cure parla Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71.

[101] Per un condivisibile *caveat* in questo senso e la precisa espressione inserita nel testo si rimanda a Eusebi, *Introduzione al* focus. *Menomazioni gravi della salute: "di vivere" o "diritto di morire". Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 487; di ingenuità della concezione che assume l'autodeterminazione come unico parametro della disciplina in tema di decisioni di fine vita, in base alla supposta neutralità del riconoscimento della possibilità di scelta, parla Cornacchia, *Profili giuridico-penali del rifiuto delle cure*, cit., 537.

Diritto penale e fine vita: la Legge 219 tra sensatezze e illogicità.

di ***Federica Scariato*** *(specializzata in professioni legali- abilitata all'esercizio della professione forense)*

La l. 219/2017, sul tema del fine vita, mostra sia punti di forza che criticità. Da un lato, infatti, la disciplina degli artt. 1 e 2 è ineccepibile: nessuna cura può essere imposta contro la volontà del malato, che deve avere sempre la possibilità di rifiutare i trattamenti sanitari e di ricevere, se necessario, solo le cure palliative per alleviare le sue sofferenze. Dall'altro lato, però, la regolamentazione delle DAT è generica e non attuale, agganciando la vita umana ad una mera fictio. La legge pecca anche sotto il profilo sistematico, autorizzando l'eutanasia passiva senza modificare l'art. 580 c.p., già da tempo ritenuto illogico, oltre che irragionevole.

The l. 219/2017, on the theme of the end of life, shows strengths and critical issues. On the one hand, in fact, the discipline of articles 1 and 2 is unexceptionable: no cure can be imposed against the will of the patient, who must always have the possibility of refusing medical treatment and receiving, when necessary, only palliative care to alleviate his suffering. On the other hand, however, the regulation of the DAT is generic and not current, engaging the human life to a fiction. The law also sins under the systematic profile, authorizing passive euthanasia without modifying the article 580 c.p., long considered illogical, as well as unreasonable.

Sommario: **1.** La volontà del paziente, nuova bussola dell'azione medica. - **2.** Un rigido formalismo per un contenuto generico: le DAT. - **3.** Cambi di prospettiva e irragionevolezze sistematiche: gli artt. 579 e 580 c.p. alla luce della nuova legge. - **4.** Il suicidio tra liceità ed illiceità: riflessioni dommatiche.

1.La volontà del paziente, nuova bussola dell'azione medica

Finalmente il Parlamento si è deciso a fare sul serio con il principio del consenso informato[1]: dopo anni di incertezze e di dibattiti il legislatore ha disciplinato a tutto tondo, con la l. 219/2017, il tema del fine vita. Ed infatti la novella, nella quale è possibile rinvenire un certo *horror vacui*, si preoccupa di positivizzare tutte le eventualità possibili: quella del malato che, lucido e presente a se stesso, decida di rifiutare le cure, quella di chi tale rifiuto non possa esprimerlo perché minore o in stato di incapacità, e quella di chi, infine, la propria posizione sul tema l'abbia espressa precedentemente allo stato di degenza. Quest'ultima ipotesi, in particolare, ha costituito la parte della legge accolta con maggiore entusiasmo dall'opinione pubblica perché, per la prima volta, si

[1] Accogliendo l'auspicio espresso tempo fa da F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 7.

è assunta una posizione netta su un tema che, essendo manchevole di un solido addentellato normativo, ha finito con il diventare 'spazio di diritto libero', fin troppo spesso soggetto alla discrezionalità dei sanitari e dei giudici.
In realtà, però, non sono solo le cdd. DAT ad essere meritevoli dell'attenzione degli interpreti, costituendo la legge un importante passo avanti soprattutto in tema di consenso informato. L'art. 1, infatti, sancisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito in contrasto con la volontà dell'interessato. Si positivizzano, quindi, da un lato, il diritto del malato a rifiutare il trattamento sanitario, e dall'altro il dovere, per il medico, di rispettare tale decisione. Non può certamente passare inosservato che tale disposizione è espressione, anzitutto, del primato della persona e dei suoi diritti fondamentali, oltre che della sua dignità e del principio, *ex* art. 32 Cost., che sancisce il divieto assoluto di trattamenti sanitari obbligatori che violino "*i limiti imposti dal rispetto della persona umana*".
È però importante sottolineare che il legislatore, proprio in un'ottica di tutela del malato e della sua volontà, richiede che la decisione circa l'interruzione delle cure sia adottata in modo consapevole ed informato, dovendo il medico sempre tentare di persuadere il paziente in senso contrario, anche prospettandogli quelle che saranno le conseguenze della sua scelta. È chiaro, però, che, laddove quest'ultimo dimostri una certa convinzione nel rifiutare le cure, al sanitario non resterà che il dovere di attenersi alla volontà manifestata. Volontà che, allora, non può che essere persistente e ferma, oltre che in ogni momento revocabile. Si pretende, quindi, un consenso non manifestato una sola volta, ma reiterato, convinto, consapevole, risultato di un confronto con il medico e, laddove il paziente lo ritenga opportuno, anche con la sua famiglia.
Appare del tutto logico, quindi, che, in un contesto normativo in cui si valorizzano in modo così importante la volontà e le decisioni del malato, l'esercente la professione sanitaria che si attenga alle stesse non possa considerarsi responsabile né penalmente né civilmente per il suo operato. Anche sulla natura giuridica di questa esenzione il legislatore sembra prendere finalmente posizione, inserendosi in quel dibattito che per lungo tempo ha diviso gli interpreti tra chi configurava l'ipotesi di una scriminante proceduralizzata[2] e chi, al contrario, affermava che la condotta del medico fosse atipica in radice, non avendo, il professionista che si vede opposto un rifiuto alle cure, alcuna posizione di garanzia nei confronti del paziente[3]. Aderire all'una o all'altra posizione non è, ovviamente, un mero esercizio interpretativo, ma comporta importanti risvolti pratici. Un conto, infatti, è ritenere che la condotta del medico che si astenga dal somministrare le dovute cure al malato sia tipica, e quindi comunque considerata riprovevole dall'ordinamento, ma non antigiuridica, perché sorretta dal consenso e quindi dalla volontà dell'avente diritto, altro è ritenere che il fatto sia assolutamente atipico e quindi privo di qualunque rilievo sotto il profilo penale. Già prima della novella, in realtà, la giurisprudenza dominante era netta nel sostenere il primo dei due orientamenti esposti, affermando che l'obbligo di cura in capo al medico, fondandosi sull'adesione del malato al trattamento, cessa quando il consenso di quest'ultimo

[2] Come ritengono M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 907 ss. e M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, pp. 1269 ss.
[3] C. CUPELLI, *Interruzione di cure vitali e diritto all'autodeterminazione: il caso Welby*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1824 ss.; e, ancora, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, pp. 1145 ss.

viene meno. Il medico che agisce adempiendo tale dovere, allora, è scriminato in virtù del disposto di cui all'art. 51 c.p., non solo nel caso in cui ometta di iniziare le cure, ma altresì qualora la propria condotta, come nel caso del c.d. distacco della spina, sia naturalisticamente attiva[4]. Ad ogni modo, la legge 219 pone fine al dibattito in parola, smentendo definitivamente l'opinione della atipicità del fatto e aderendo, pertanto, all'orientamento di chi ritiene si tratti, piuttosto, di una scriminante proceduralizzata[5].
Va infine rilevato che, coerentemente con quest'ottica di rispetto della persona e della dignità umana, la novella legislativa riconosce anche l'obbligo, per il medico, di attuare la cd. terapia del dolore, cioè la somministrazione di cure palliative ai malati terminali la cui prognosi è ineluttabilmente infausta. Sebbene possa sembrare, questa, una disposizione banale, quasi superflua, considerato che la naturale empatia dell'essere umano dovrebbe spingerlo a cercare sempre un modo per risparmiare sofferenze inutili ad un suo simile, non va dimenticato che non è mancato chi, invece, tale tipo di intervento lo ha guardato con sospetto[6], se non addirittura avversato[7], ritenendolo una forma di eutanasia attiva. L'intervento legislativo, al contrario, proprio ispirato da quello che può ormai definirsi come il diritto ad una 'buona morte', non solo ammette il trattamento palliativo, ma addirittura lo impone anche nei casi in cui ci sia stato un rifiuto, da parte del degente, dei trattamenti sanitari.

2.Un rigido formalismo per un contenuto generico: le DAT

Il legislatore riserva, come esaminato, una speciale attenzione alla situazione del malato presente a se stesso che si proponga di rifiutare le cure, pretendendo che la sua volontà sia ferma e ribadita a più riprese, anche successivamente ad un infruttuoso tentativo di persuasione da parte del medico. Quello di cui all'art. 1 della novella legislativa, infatti, non è solo un consenso informato, è piuttosto una decisione granitica adottata dal malato e rispetto alla quale, ovviamente, l'esercente la professione sanitaria non può che adeguarsi.
Questa fermezza, pretesa per il paziente cosciente e lucido, non può che assumere contorni più sfumati nel caso in cui, ad essere in stato di degenza, sia un minore, un incapace o un interdetto. È evidente che in queste ipotesi la decisione circa il rifiuto del trattamento sanitario non possa essere adottata esclusivamente dal malato, al quale l'ordinamento riconosce per definizione una capacità limitata, necessitandosi l'intervento, rispettivamente, di un genitore, di un tutore o di un amministratore di sostegno. L'art. 3 della novella, infatti, riconosce l'esercizio del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari anche a chi versi in uno stato di incapacità, ma attribuisce un peso preponderante al consenso del rappresentante legale più che a quello del malato stesso, dalla cui volontà non si può certo prescindere *tout court*, ma che in qualche modo assume, data la

[4] Tra le tante, cfr. Cass., sez. IV, n. 4957/2014, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2014, con nota di P. PIRAS, *L'informazione del rischio morte al paziente che non collabora.*
[5] In questo stesso senso A. ESPOSITO, *Non solo 'biotestamento':la prima legge italiana sul fine vita, tra aperture coraggiose e prospettive temerarie in tema di fine vita*, in *Cass. pen*, 2018, p. 256, e P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018, p.8.
[6] F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 95 ss.
[7] F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1015.

peculiarità della situazione, un valore meno pregnante rispetto all'ipotesi di cui all'art. 1. In altre parole, la volontà del minore o dell'incapace non è manifestata direttamente, ma solo riproposta: tra il malato ed il suo medico interviene una specie di filtro, quello del genitore o del tutore, appunto, il cui volere potrebbe finire per prevalere su quello del malato. Non può sfuggire ad un occhio attento, allora, come questa ipotesi sia ben distante da quella disciplinata dall'art. 1 della novella e come, soprattutto, rischi di prestare il fianco a gravi storture nella pratica.
L'incisività di un consenso che sia non solo informato ma soprattutto reiterato, poi, sparisce fino a diventare inesistente nell'ipotesi prevista dall'art. 4 della legge in esame, che riconosce la possibilità, per ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, di disporre anticipatamente in materia di trattamenti sanitari. La redazione di quello che viene dai più definito come 'testamento biologico' deve avvenire obbligatoriamente per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve poi essere annotata in un apposito registro. Necessaria è altresì la nomina, al suo interno, di un fiduciario che, sottoscrivendolo, si impegni a garantirne l'esecuzione laddove ce ne fosse il bisogno.
Si richiede, quindi, una forma molto rigida, che sembra voler rappresentare la compensazione per un atto il cui contenuto non può che essere estremamente generico. Non può non rilevarsi, infatti, che la legge 219/17 presenta questa contraddizione di fondo: per il malato lucido e presente a se stesso si richiede un consenso attuale, convinto e reiterato, un tentativo di persuasione del medico e un intervento facoltativo persino della famiglia. Viceversa per le disposizioni anticipate di trattamento si prevede non solo la decontestualizzazione, essendo queste redatte da chi non necessita di alcun trattamento sanitario, ma anche la genericità, considerato che al momento della loro redazione il soggetto non può prevedere con precisione se, quando e quali terapie saranno eventualmente necessarie per la sua cura. E d'altra parte è lo stesso legislatore a riconoscere che il contenuto delle DAT, essendo ontologicamente non attuale, può eventualmente essere disatteso dal fiduciario o dal medico " *qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione*".
Proprio la scarsa attualità, allora, ha indotto parte della dottrina[8] a ritenere che esse non potessero considerarsi più di tanto vincolanti. E questo non solo perché è la legge stessa ad ammettere che non siano rispettate, ma anche perché, in fin dei conti, esse dipendono esclusivamente dalla mera coincidenza tra ciò che è stato previsto e ciò che poi davvero è accaduto, sempre poi tenendo presente che la previsione contenuta nelle stesse è estremamente generica. Non può allora che essere condivisa l'opinione di chi[9], proprio dando rilievo a questa contraddizione di fondo, ha sostenuto che la preoccupazione del legislatore di colmare tutti i vuoti, positivizzando ogni ipotesi possibile, ha finito per rendere i pazienti autolegislatori ed i medici meri ed acritici esecutori[10], facendo venir meno anche l'alleanza terapeutica tra sanitario e paziente. E, per converso, non convince la tesi di chi ritiene che il pericolo di un utilizzo improprio delle disposizioni in parola

[8] M. ARAMINI, *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Ancona, 2007, pp. 25 ss., nonché A. D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche. Il problema giuridico delle direttive anticipate*, in *Medicina ed etica di fine vita*, a cura di Coltorti-Giannini, 2004, pp. 270 ss.
[9] Cfr. A. ESPOSITO, *Non solo testamento biologico*, cit., p. 257.
[10] In questo stesso senso A. D'ALOIA, *Autonomia individuale e situazioni critiche*, cit., p. 270 e p. 274.

sia scongiurato dalla figura del giudice tutelare[11], in quanto a quest'ultimo si perviene solo in caso di disaccordo tra fiduciario e medico.
E' forse questo l'unico punto debole di una legge assolutamente sensata oltre che necessaria: il legislatore sceglie di affidare la vita, che è il valore più prezioso per l'essere umano, ad una *fictio*, basata su delle ipotesi e su una valutazione di verosimiglianza che non è detto coincida con la volontà reale del paziente. Non può, infatti, non tenersi conto del fatto che un conto è un giudizio prognostico ed estemporaneo su una situazione futura ed incerta, che potrebbe verificarsi, ma che potrebbe anche non accadere mai, un conto è, invece, trovarsi davvero di fronte alla possibilità di morire e decidere quindi se rifiutare qualsiasi trattamento o meno.

3.Cambi di prospettiva e irragionevolezze sistematiche: gli artt. 579 e 580 c.p. alla luce della nuova legge

Appare sicuramente curioso che il legislatore, in un'ottica di esaltazione della volontà del malato, abbia finito per dimenticare di abrogare, o quanto meno di rimodulare, le due disposizioni in qualche modo contigue alle ipotesi disciplinate nella novella legislativa: quella dell'omicidio del consenziente e quella dell'aiuto o dell'istigazione al suicidio. Sarebbe stata, questa, l'occasione ideale per affrontare quelle che sono due tra le fattispecie più ostiche dell'intero ordinamento, non a caso definite una sorta di rompicapo per gli interpreti, "*non essendo agevole individuare una giustificazione convincente alle scelte tecniche e di politica criminale relative alla descrizione delle condotte incriminate*"[12]. La legge 219, infatti, da un lato, legittima la cd. eutanasia passiva, riconoscendo pacificamente il lasciarsi morire come un diritto del malato, ma dall'altro lascia in piedi l'eutanasia attiva consensuale, ancora vietata dall'ordinamento. Il soggetto, cioè, può liberamente darsi la morte da solo, ma non può farlo per mezzo di altri, nemmeno a fronte di una libera e consapevole determinazione in tal senso.
Per ciò che attiene all'omicidio del consenziente, va rilevato in primo luogo che l'art. 579 c.p. risponde a datate esigenze di politica criminale, risalendo la sua formulazione ad un periodo in cui il bene vita costituiva un interesse di immediata pertinenza dello Stato. Sebbene questa interpretazione dell'oggetto di tutela di tale norma sia recessiva, preferendosi quell'orientamento che la qualifica non tanto come delitto sulla persona ma contro la persona[13], resta comunque in piedi l'illiceità penale della condotta soppressiva della vita di un individuo, anche quando consenziente. Alla luce dell'ultimo approdo legislativo, però, è legittimo chiedersi se non sia il caso quantomeno di riformulare quanto disposto dall'articolo in parola. Appare doveroso precisare che l'auspicio non si muove, ovviamente, nella direzione di una totale abrogazione della norma in esame, quanto piuttosto di una delimitazione del suo ambito applicativo. È chiaro, infatti, che cagionare la morte di un uomo, anche con il suo consenso, non possa essere un fatto penalmente irrilevante: una vita è sempre una vita, a prescindere dalle convinzioni etiche, religiose e morali. Sarebbe forse più opportuno, allora, distinguere i casi in cui 'si fa morire' da quelli in cui, invece, si aiuta il soggetto a 'lasciarsi morire'. D'altra parte la stessa novella legislativa riconosce la possibilità per il paziente di rifiutare i trattamenti sanitari e di essere accompagnato il più dolcemente possibile verso la morte anche con il ricorso alle cure palliative.

[11] P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., p.17.
[12] M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 177.
[13] Sul tema O. VANNINI, *Il delitto di omicidio*, Milano, 1935, p. 115.

Se così è, allora, il disposto dell'art. 579 c.p. va ridimensionato, non punendo genericamente 'chi cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui' ma distinguendo i casi in cui il consenziente sia un uomo comune da quelli inerenti una situazione patologica particolarmente dolorosa del tipo di quella disciplinata dall'ultima novella legislativa. Il che, secondo recente dottrina, si potrebbe ottenere con l'innesto nell'originario impianto precettivo di un nuovo comma avente ad oggetto tale situazione meritevole di andare esente da pena, mediante l'apposita previsione di una causa di giustificazione proceduralizzata[14].

Altrettanto problematica è la tenuta sistematica della norma che incrimina l'istigazione e l'aiuto al suicidio, di cui hanno avuto modo di dubitare i giudici milanesi che, di recente, occupandosi del 'caso Cappato', hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui sanziona indifferentemente l'istigazione e l'aiuto all'atto autolesionistico, prescindendo dal concreto contributo e dall'analisi dell'effettivo potere di determinazione del proposito del reo, e in quella in cui si definisce una cornice edittale uguale per tutte e tre le ipotesi disciplinate, in palese violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

L'art. 580 c.p., infatti, è una norma che configura un reato a condotte alternative: quella di determinazione, quella di rafforzamento e quella di aiuto al suicidio. Le prime due incidono, evidentemente, sul momento formativo della volontà dell'aspirante suicida, la prima riferendosi a chi fa nascere un proposito che prima non c'era, la seconda a chi invece rafforza una decisione già presa, ma in modo blando e non ancora convinto. L'aiuto al suicidio, invece, presuppone la condizione di chi si inserisce in un momento in cui la volontà autolesionistica si è già formata, ma necessita di un aiuto materiale per potersi estrinsecare.

La Corte d'Appello, nell'ordinanza di rimessione alla Consulta, dà poi atto del fatto che il diritto vivente, pur non fornendo molte ipotesi di applicazione della disposizione in esame, ha sempre ritenuto, nelle poche sentenze anche piuttosto risalenti nel tempo, che le tipologie di condotte, così come disciplinate dall'articolo, sono previste in via tra loro alternativa[15]. In questo senso, quindi, qualunque azione agevolatrice del suicidio, che possa risultare anche lontanamente connessa all'evento, deve considerarsi idonea ad integrare il reato in quanto condotta di aiuto, ancorché estranea alla formazione del processo deliberativo del soggetto passivo[16]. Questo significa, in altre parole, che poco o nulla rileva il nesso causale tra la condotta dell'istigatore/aiutante e il suicidio concretamente avvenuto, dovendosi dare dell'art. 580 c.p. una lettura così estensiva da far confluire in essa qualsiasi condotta, anche quella che lede il bene giuridico in modo marginale.

Tale interpretazione del dettato normativo, secondo la Corte d'Assise di Milano, presterebbe il fianco a molti dubbi di legittimità costituzionale. Anzitutto, si rileva che alla base della disposizione in parola, di matrice puramente fascista, vi era un approccio paternalistico del diritto

[14] In questo senso anche il profetico contributo di A. ESPOSITO, *Trattamento di fine vita e sistema penale. Prospettive di riforma*, Napoli, 2015, pp. 213 ss.

[15] Si fa riferimento al cd. "caso Munaò", Cass., Sez. I pen., 6 febbraio 1997, n. 3147, in *Cass. pen.*, 3/1999, p. 871, con nota di M. C. BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*; e in *Riv. it. med. leg.*, 2/2000, pp. 576 ss., con nota di E. INTRONA, *Il suicidio è un omicidio ruotato di 180°?*

[16] In questo senso, ad esempio, Cass. pen., sez. I, n. 3147 del 6.2.1998, citata a p. 3 dell'ordinanza di rimessione 14 febbraio 2018, consultabile in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2018, con nota di M. FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato, sollevata questione di legittimità costituzionale*.

penale, sostituendosi lo Stato nella valutazione di ciò che è o non è giusto per i suoi consociati. La sanzione prevista dalla norma, infatti, era pensata a tutela del diritto alla vita, concepito come valore in sé, indipendentemente dalla volontà del titolare, cui in questo caso il legislatore del 1930 non prestava la minima attenzione. Tanto poteva valere in epoca fascista, ma è evidente che, al giorno d'oggi, la Costituzione non permette più un'interpretazione in tal senso. Ed infatti, i giudici milanesi, a sostegno della loro prospettiva, hanno richiamato gli artt. 2, 13 e 32 Cost., affermando che nessun principio può essere considerato assoluto nel nostro ordinamento, dovendo sempre essere bilanciato per assicurare la massima tutela dell'individuo. Nel caso di specie, quindi, quello alla vita trova come suo limite l'autodeterminazione e la dignità della persona. A sostegno di questa lettura, che esalta appunto la vita come diritto e non come dovere sociale, sembra deporre anche la giurisprudenza CEDU, che sempre più frequentemente ha affermato che ogni individuo debba poter decidere quando porre fine alla propria e, soprattutto, con quali mezzi[17].

Ad ogni modo, al di là di quello che può o meno aver sostenuto la giurisprudenza in passato, i giudici meneghini contestano, a monte, anche il profilo sanzionatorio previsto dall'art. 580 c.p., obiettando che non è giustificabile la medesima cornice edittale per condotte così causalmente diverse tra loro. Vi sarebbe, quindi, un'evidente violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità desumibili dall'art. 27 Cost.

La bontà delle argomentazioni dei rimettenti ha convinto anche la Consulta che ha, quindi, rilevato l'incompatibilità tra il divieto assoluto di aiuto al suicidio e la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta del modo in cui porre fine alla propria sofferenza. Per i giudici della Legge, infatti, il preminente valore riconosciuto alla vita non può mai "*tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa- conseguente all'interruzione dei presidi di sostegno vitale*"[18] per cui, l'art. 580 c.p., così com'è, non è compatibile con i principi costituzionali.

La Corte, però, pur rilevando l'illegittimità della norma incriminatrice *in parte qua*, non ne ha dichiarato l'incostituzionalità, spinta dal timore di generare un vuoto normativo da cui potrebbero scaturire abusi proprio a carico dei soggetti più fragili. Ha allora, più opportunamente, adottato quella che è stata definita 'un'ordinanza a illegittimità differita'[19], sollecitando l'intervento del legislatore, che, entro un anno, deve rimediare all'insoddisfacente normativa.

4.Il suicidio tra liceità ed illiceità: riflessioni dommatiche

Come si è avuto modo di anticipare, i giudici milanesi hanno contestato solo una parte dell'art. 580 c.p., quella in cui si equiparano condotte causalmente differenti sanzionandole nello stesso modo. In realtà, però, vale la pena dubitare della tenuta sistematica dell'intera disposizione, non riuscendosi a rilevare quale sia il disvalore dell'atto autolesionistico in sé. Il problema, tradizionale ma anche perennemente attuale, è insomma quello della rilevanza penale del suicidio.

[17] La Corte d'Assise di Milano richiama soprattutto Corte EDU, sez. IV, sent. 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, Pretty c. Regno Unito.

[18] Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 207, par. 9, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 dicembre 2018, con nota di C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte.*

[19] M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018, p. 1.

Si tratta di chiarire, infatti, in che modo esso si collochi nella distinzione tra atti leciti ed atti illeciti. Se lo si ritiene una mera questione personale, una facoltà dell'individuo, è evidente che la norma incriminatrice in esame non possa che essere illogica prima ancora che incostituzionale. Contrariamente opinando, invece, è necessario capire sulla base di quale criterio un atto, di per sé tollerato dall'ordinamento, assuma rilevanza penale esclusivamente per chi partecipa moralmente o materialmente all'esperimento della condotta.
E' un problema, questo, che la Corte d'Assise di Milano si è posta, risolvendolo nel senso della assoluta legittimità della condotta autolesionistica. Pur partendo da questo assunto, però, i P.M. non hanno chiesto alla Consulta la falcidia dell'intera disposizione, limitandosi solo alla parte di essa che equipara indistintamente le condotte, eziologicamente e causalmente diverse, in essa descritte. Sebbene sia stata, questa, una scelta comprensibilmente cauta, in realtà residua una forte perplessità proprio circa l'esistenza di una norma che punisce una condotta collaborativa di un atto lecito. Ciò che non si capisce bene, in altri termini, è perché mai, partendo dall'assunto che il suicidio sia un atto tollerato, venga sanzionato chi vi partecipa.
In dottrina non è mancato chi, per giustificare questa anomalia di sistema, ha richiamato lo schema del concorso di persone nel reato. Il disvalore, quindi, non starebbe nel fatto che un soggetto ha scelto di suicidarsi, ma in quello o che qualcun altro lo abbia istigato oppure aiutato. Questa lettura, però, fa uscire il problema dalla porta e lo fa rientrare dalla finestra: perché ci sia concorso di persone nel reato è necessario, a monte, il reato, che qui non c'è. Si è allora fatta strada anche la tesi di chi ritiene che la *ratio* sottesa all'art. 580 c.p. sia quella di tutelare, prima ancora che l'aspirante suicida, l'altro soggetto, che non può e non deve essere tenuto a farsi carico della richiesta di morte altrui. Autorevole dottrina[20], infatti, ha affermato che l'ordinamento, con gli artt. 579 e 580 c,p., intenda escludere che possa configurarsi, in capo ai destinatari della pretesa, il dovere giuridico di aiutare altri a morire perché lesivo della loro libertà di autodeterminazione. Tale lettura, però, sembra dimenticare che, anche riconoscendo l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. e in qualche modo rimodulando la fattispecie di cui all'art. 579 c.p., non si creerebbe alcun obbligo in capo ai soggetti di cui sopra: nessuno sarebbe costretto ad agevolare per forza, su richiesta, la morte altrui, residuando sempre la possibilità di rifiutarsi se il compimento di tale atto risulti essere in contrasto con le convinzioni morali, etiche o religiose del destinatario. E d'altra parte la legge, anche in tema di DAT, riconosce la possibilità, per il fiduciario, di rifiutare il ruolo che gli si vuole assegnare: è chiaro che chi redige un testamento biologico debba affidare, per forza di cose, l'eventuale esecuzione delle disposizioni ad un terzo, perché se non fosse necessario l'intervento di quest'ultimo il problema non sussisterebbe proprio, ma è anche vero che egli può rifiutarsi se le sue convinzioni morali gliene impedissero una serena attuazione.
Non può comunque tralasciarsi che il problema della scelta etica si pone, comunque, a valle rispetto ad un'altra considerazione: punire l'agevolazione o l'istigazione alla commissione di un fatto penalmente irrilevante non ha obiettivamente senso. Prima ancora dei doveri morali, del diritto di autodeterminazione di chi eventualmente agevola, delle disquisizioni sul fatto che spesso chi soffre dice di voler morire solo per attirare l'attenzione e non perché voglia porre davvero fine alla sua vita, resta il nodo iniziale: il legislatore punisce chi aiuta qualcuno a compiere un atto tollerato, quindi ritenuto neutro dall'ordinamento, attuando una politica criminale di pura deterrenza.

[20] D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7/2018, p. 70.

Ed è giusto ritenere allora, come hanno fatto i PM ricorrenti, che l'art. 580 c.p. non tuteli più alcun bene giuridico. Questo si desume, oltre che dalla logica, considerato che l'aspirante suicida non è punibile per alcun reato, nemmeno tentato, dagli artt. 2, 13 e 32 Cost.; dall'art. 5 c.c., la cui *ratio* non è quella di introdurre un principio generale di indisponibilità della vita, ma solo quella di limitare atti negoziali di disposizione del corpo[21]; ma soprattutto dalla l. 219/2017 che ormai riconosce il diritto di morire rifiutando le cure e vieta qualunque tipo di accanimento terapeutico.

[21] Sul tema A. ESPOSITO, *Trattamento di fine vita e sistema penale*, cit., p. 107; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2010, p. 41; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., pp. 83 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1985, p. 113;

La rilevanza spazio-temporale del contributo causale nella partecipazione materiale nel suicidio altrui: un'analisi costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.

di ***Giuseppe Ortolani*** *(Avvocato del Palermo e Criminologo)*

Il delitto di "Istigazione o aiuto al suicidio" previsto dall'art. 580 c.p. si configura come un reato a fattispecie alternative volto ad incriminare tre diverse condotte, che differiscono le une dalle altre per la diversa incidenza sulla formulazione del proposito suicidiario. Esso punisce il comportamento di colui che determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, per il principio dell'interesse pubblico alla indisponibilità della vita umana.
L'elemento materiale nelle sue tre diverse forme consiste nella cd. condotta di partecipazione all'altrui suicidio. La partecipazione può essere psichica (o morale), ossia diretta a determinare o rafforzare l'altrui proposito criminoso, oppure di natura materiale, risolvendosi nell'agevolare l'esecuzione dell'altrui proposito criminoso.
Ai fini della configurabilità del reato è necessario che una delle condotte sopra descritte si traduca in un effettivo contributo causale alla realizzazione del suicidio.
*Scopo del presente contributo è quello di analizzare la rilevanza spazio-temporale del contributo causale nella partecipazione materiale nel suicidio altrui, in modo che, in conformità ai principi di costituzionali di offensività, ragionevolezza e proporzionalità della pena, possano formare oggetto di criminalizzazione solamente quelle condotte agevolartici del proposito suicidario in senso stretto, che si manifestano nel*la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, escludendo dal *rimprovero penale* quelle condotte che offendono il bene protetto in modo marginale tali da non aver influito sull'autonoma e libera formazione della volontà suicida.
Inoltre, nell'ottica della finalità rieducativa della pena – intesa dalla giurisprudenza costituzionale, come proporzione tra qualità e qualità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra – e di ragionevolezza della pena, bisognerebbe distinguere sotto il profilo sanzionatorio tra condotte di istigazione e rafforzamento e condotte di aiuto, in quanto, sicuramente, le prime sotto il profilo causale sono più invasive e incisive nel percorso deliberativo dell'aspirante suicida rispetto alle condotte di chi si limita ad agevolare una scelta suicidiaria deliberata in modo autonomo. In tal senso sarebbe auspicabile in conformità ai sopra richiamati principi costituzionali un intervento correttivo dell'art. 580 c.p. che tenga conto dell'offesa arrecata in concreto al bene giuridico tutelato.

The crime of "Instigation or help to suicide" provided for by art. 580 p.p. it constitutes a crime with alternative cases aimed at indicting three different behaviors, which differ from one another due to the different incidence on the formulation of the suicidal purpose. It punishes the behavior of the one who determines others to suicide or reinforces the other's purpose of suicide, that is, it

facilitates in any way the execution, for the principle of public interest to the unavailability of human life.
The material element in its three different forms consists of the cd. conduct of participation in the act of suicide. Participation can be psychic (or moral), that is directed to determine or strengthen the other criminal purpose, or of a material nature, resolving to facilitate the execution of other criminal intent.
For the purposes of configurability of the crime it is necessary that one of the conduct described above translates into an effective causal contribution to the realization of suicide.
The purpose of this contribution is to analyze the spatio-temporal relevance of the causal contribution in the material participation in the suicide of others, so that, in accordance with the constitutional principles of offensiveness, reasonableness and proportionality of the penalty, only those conducted can be criminalized. facilitating the suicidal purpose in a strict sense, which manifest themselves in the execution phase of suicide, providing the means or participating in the execution of the same, excluding from the criminal rebuke those conduct that offend the protected property in a marginal way that did not affect the autonomy and free formation of suicidal will.
Moreover, from the viewpoint of the re-educational purpose of the sentence - understood by the constitutional jurisprudence, as a proportion between the quality and the quality of the sanction, on the one hand, and offense, on the other - and the reasonableness of the sentence, it should be distinguished instigation and reinforcement and aid behaviors, since, certainly, the first from a causal point of view are more invasive and incisive in the deliberative path of the suicidal aspirant than the conduct of those who merely facilitate a deliberately chosen suicidal choice. In this sense it would be desirable, in compliance with the aforementioned constitutional principles, to correct the art. 580 p.p. that takes into account the offense caused specifically to the protected legal asset.

Sommario: 1. Premessa – **2.** Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio tra paternalismo penale e libertà di autodeterminazione del singolo – **3.** Un'analisi costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p – **4.** La rilevanza spazio-temporale del contributo causale ai fini della configurabilità del delitto tra offensività e proporzionalità della pena – **5.** Conclusioni: il processo penale a carico di Marco Cappato e la (non) decisione della Corte Costituzionale.

1. Premessa.

Il dibattito sull'eutanasia[1] e il suicidio assistito, per quanto risalente nel campo delle scienze filosofiche e teologiche, si è notevolmente ampliato negli ultimi anni interessando sempre più da vicino tanto la società civile quanto gli operatori coinvolti nella cura e nella tutela giuridica dei

[1] Si ritiene che il termine eutanasia sia stato coniato dal filosofo inglese BACONE al fine di definire la morte serena e indolore. Da un punto di vista etimologico, il termine deriva dal greco "eu" (buono) e "thànatos" (morte) e significa "serena morte" o "buona morte". Da un punto di vista medico può essere definita in senso lato come qualsiasi atto compiuto da medici o da altri, avente come fine quello di accelerare o di causare la morte di una persona. Questo atto si propone di porre termine a una situazione di sofferenza tanto fisica quanto psichica che il malato, o coloro ai quali viene riconosciuto il diritto di rappresentarne gli interessi, ritengono non più tollerabile, senza possibilità che un atto medico possa, anche temporaneamente, offrire sollievo.

malati inguaribili, tale da acquisire la massima centralità anche nel campo del diritto. Il giurista ha dovuto affrontare le diverse problematiche afferenti alla fine della vita umana, ben oltre il tradizionale terreno della tutela della persona, in relazione soprattutto al problema del rapporto fra la libera determinazione della volontà umana e la natura e l'intensità della legge che tale libertà tutela.

Ciò nonostante la cultura giuridica contemporanea ha mostrato e continua a mostrare una pressoché totale indifferenza verso questa tematica, limitando lo studio a quelle tipologie criminose - l'istigazione o aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente - che nel suicidio trovano un presupposto normativo o una condizione oggettiva di punibilità.

A vivacizzare e rendere attuale il dibattito legislativo e giurisprudenziale intorno al tema del "fine vita", in particolar modo il tema delle responsabilità penali, hanno contribuito la recente approvazione della Legge 22 dicembre 2017, n° 219, rubricata "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", nonché diverse vicende giudiziarie[2], tra le quali, il recente e attuale processo penale a carico di Marco Cappato imputato per il reato di cui all'art. 580 c.p. (Istigazione o aiuto al suicidio) per aver accompagnato in svizzera Fabiano Antoniani a praticare il suicidio assistito.

Al fine di analizzare i diversi aspetti relativi alle responsabilità penali è utile richiamare la tradizionale distinzione, ribadita anche di recente in dottrina[3], tra *eutanasia attiva*, la quale ricorre allorché il medico o un altro soggetto pongono fine alla vita del malato o ne affrettano la morte ed *eutanasia passiva*, ossia l'interruzione del trattamento terapeutico anche qualora conduca alla morte dell'interessato.

Il *suicidio assistito* indica, invece, l'atto mediante il quale un malato si procura una rapida morte grazie all'assistenza e all'intervento di un terzo che realizza una condotta di ausilio a quella principale del malato. Differisce dall'eutanasia per il fatto che l'atto finale di togliersi la vita è compiuto interamente dal soggetto stesso e non da soggetti terzi, che si occupano di assistere la persona per gli altri aspetti: ricovero, preparazione delle sostanze e gestione tecnica/legale *post mortem*.

Strettamente legato alla tema dell'eutanasia e del suicidio assistito è quello di "testamento biologico".

La *dichiarazione anticipata di trattamento* o *testamento biologico*, è l'espressione della volontà da parte di una persona (testatore), fornita in condizioni di lucidità mentale, in merito alle terapie che intende o non intende accettare nell'eventualità in cui dovesse trovarsi nella condizione di incapacità di esprimere il proprio diritto di acconsentire o non acconsentire alle cure proposte (consenso informato) per malattie o lesioni traumatiche cerebrali irreversibili o invalidanti, malattie che costringano a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione.

In Italia, con la Legge 22 dicembre 2017, n° 219 rubricata "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", il legislatore ha tracciato una disciplina organica e generale del consenso informato e delle disposizioni anticipate sulle cure. Nello

[2] Tra le più importanti e di maggiore impatto mediatico quelle che hanno visto coinvolti Eluana Englaro e Piergiorgio Welby.

[3] F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?* nota a Tribunale Vicenza, 2 marzo 2016, in *La giustizia penale*, 2017, I, Parte II, p. 31.

specifico, sulla scia della giurisprudenza formatasi in materia, il legislatore si è premurato di disciplinare gli aspetti connessi al consenso ai trattamenti e la sua necessità per qualsiasi intervento sul corpo della persona; regolare le disposizioni anticipate di trattamento e i diversi trattamenti medici che, come tali, possono essere rifiutati. L'aspetto innovativo di tale intervento legislativo è che stabilisce in modo chiaro che "*il medico che rispetta la volontà del paziente è esente da responsabilità civile e penale*".

Nella nostra legislazione positiva il suicidio non è considerato un reato e il suicida non è perseguibile, giuridicamente, per la morte che da se stesso si produce. Siccome si determina un evento comunque illecito ed antigiuridico, che soltanto agli effetti della punibilità non dà luogo alle ordinarie conseguenze repressive, si deve in ogni caso procedere a garantire il bene della vita umana perseguendo gli eventuali responsabili collaterali che alla maturazione del proposito violento siano comunque concorsi. Infatti, l'ordinamento italiano considera punibile penalmente l'eutanasia attiva. Tali condotte in presenza di un valido consenso prestato dalla "vittima" possono integrare il delitto omicidio del consenziente ai sensi dell'art. 579 c.p. o il delitto di istigazione o aiuto al suicidio ai sensi dell'art. 580 c.p.

Per quanto riguarda il discrimine tra il reato di omicidio del consenziente e quello di istigazione o aiuto al suicidio, la Corte di Cassazione con la sentenza n° 3147 del 1998 ha stabilito che debba essere *"individuato nel modo in cui viene ad atteggiarsi la condotta e la volontà della vittima in rapporto alla condotta dell'agente: si avrà omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva; mentre si avrà istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria"*.

Il delitto di cui all'art. 580 c.p., per come strutturato presenta delle aporie che non lo rendono conforme e coerente con la gerarchia di valori e principi costituzionali oggi presenti nell'ordinamento italiano. Tali previsioni, come vedremo, sono oggetto di un acceso dibattito che prende le mosse dalle disposizioni costituzionali e segnatamente dalla garanzia della libertà personale, apprestata dall'art. 13 Cost., e dal divieto di trattamenti terapeutici coatti, imposto dall'art. 32 Cost. nonché i principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena in relazione all'offensività del fatto e alla finalità rieducativa della pena.

Tali aporie sono state evidenziate nelle diverse fasi che hanno scandito il procedimento penale a carico di Marco Cappato[4], nello specifico i Pubblici Ministeri con la richiesta di archiviazione prima, e la Corte d'Assise di Milano con l'ordinanza del 14 febbraio 2018 hanno messo in discussione la legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sotto tre profili distinti:

1. se l'individuo è titolare di un diritto di morire;
2. la rilevanza del concetto di aiuto al suicidio ai fini della responsabilità penale;
3. l'aspetto spazio-temporale della condotta di aiuto al suicidio anche in relazione al trattamento punitivo.

[4] Per l'analisi della vicenda processuale si rinvia al paragrafo 5.

2. Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio tra paternalismo penale e libertà di autodeterminazione del singolo.

Dal momento che il bene della vita viene considerato nell'ordinamento giuridico italiano come indisponibile, la tutela che il codice penale appresta alla vita umana si completa con l'incriminazione delle condotte di ausilio all'altrui proposito suicidario come previsto dall'art.580 c.p.[5] che punisce l'istigazione e l'aiuto al suicidio.

Il delitto di istigazione e l'aiuto al suicidio è sicuramente l'emblema del difficile rapporto tra i sistemi penali ed il suicidio, la cui incriminazione ha rappresentato una costante dei vari ordinamenti giuridici. Insomma, quello del suicidio e delle condotte agevolatrici dello stesso è un tema che può iscriversi all'ordine del giorno del dibattito giuspenalistico, in cui bisogna spostare l'asse del discorso sui compiti della cultura giuridica e sulla necessità che quest'ultima provi a riappropriarsi del senso dei processi.

L'illiceità del suicidio maturata nel corso dei secoli accompagnata anche da una totale equiparazione con l'omicidio hanno determinato e giustificato l'introduzione prima nel codice penale del 1889 (codice Zanardelli) e poi nel codice penale del 1930 (codice Rocco) di una norma finalizzata a punire le condotte partecipative del suicidio altrui, al fine di garantire una tutela completa del bene vita[6].

L'incriminazione dell'istigazione o aiuto al suicidio rappresenta secondo la dottrina tradizionale la conferma dell'illiceità della condotta suicidaria[7]. Infatti, la *ratio* dell'incriminazione è chiara, basata su una visione utilitaristica della vita del singolo ai fini della potenza della nazione, e logica nella sua struttura di fattispecie plurisoggettiva imperfetta dove, nonostante il suicidio continui ad essere considerato illecito, viene per ragioni di opportunità giuridica escluso da sanzione l'autore principale del fatto[8].

---

[5] Art. 580 c.p. - Istigazione o aiuto al suicidio

Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima.

Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente.

Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio.

[6] Nella relazione al Re che accompagna il progetto definitivo del codice penale emerge la filosofia di fondo della norma, che vede nel suicidio un atto illecito inutilmente perseguibile, e che quindi tende a sanzionare chiunque concorra nel fatto altrui. *"Il principio che l'individuo non possa liberamente disporre della propria vita, inteso in senso assoluto e rigoroso, indusse taluno ad affermare la penale incriminabilità del suicidio […] Prevalenti considerazioni politiche, ispirate a ragioni di prevenzione, ossia precisamente allo scopo di contribuire alla conservazione del bene giuridico della vita, impedendo che di essa si faccia scempio con più meditata preordinazione di mezzi e con più ponderata esecuzione per tema di incorrere negli errori della legge penale, hanno indotto le legislazioni più recenti ad escludere il suicidio dal novero dei reati, limitando la punizione ai casi di partecipazione all'altrui suicidio"*

[7] Secondo Vincenzo Manzini, il suicidio o tentato suicidio può determinare effetti dannosi in relazione ad altri, è, pertanto, riprovato dall'ordinamento giuridico. Lo Stato lo considera come un fatto pericoloso a causa dell'esempio suggestivo che offre a coloro che male sopportano i dolori della vita (cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Giappichelli, 1964).

[8] La non punibilità del suicidio non deriva da un giudizio di approvazione o di tolleranza, ma esclusivamente da ragioni di politica criminale. Sul tema, P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica del suicidio in Italia,* in *Suicidio e tentato suicidio in Italia*, Giuffré, 1967, p. 389;

La prospettiva giuridica muta radicalmente se invece si aderisce all'orientamento secondo cui il suicidio costituisce un atto pienamente lecito[9].
Il fatto che il codice penale incrimini condotte di istigazione o agevolazione di un fatto di per sé lecito non rappresenta necessariamente una "contraddizione in termini" e, in ogni caso, risponde a uno schema rinvenibile non solo nell'art. 580 c.p.[10].
Inoltre, la liceità dell'atto suicidario si rinviene anche ngli artt. 2, 13 e 32 Cost., i quali riconoscono i diritti fondamentali del singolo, l'inviolabilità della libertà personale e vietano i trattamenti terapeutici coatti. Pertanto, ne consegue il diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza con conseguente liceità del suicidio.
Muovendo da tali basi, l'art. 580 c.p. è un chiaro esempio di norma penale paternalistica indiretta. Si definisce *paternalistica* la norma penale che protegge il soggetto da decisioni in suo danno, punendolo se egli stesso agisce od omette o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso[11]. Si ha *paternalismo diretto*, se la norma si rivolge contro il soggetto cui intende apprestare tutela (es.: obbligo di indossare caschi o altri mezzi di protezione personale); *paternalismo indiretto* se la norma si rivolge contro un terzo[12].
Tuttavia, non si può nascondere, che la posizione dell'ordinamento giuridico dinanzi al suicidio è ambigua: da un lato, il tentativo di suicidio non è penalmente rilevante, dall'altro però la istigazione o agevolazione del medesimo fatto da parte di un soggetto diverso dal suicida ha rilevanza penale.

3. Un'analisi costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p

Il delitto in commento è stato strutturato dal legislatore del 1930 come una classica figura concorsuale dove per ragioni di opportunità politico-criminale, pur ammettendo l'illiceità del suicidio, viene sottoposto a sanzione penale il solo concorrente.
Il bene tutelato attraverso l'incriminazione dell'art. 580 c.p. è la vita, inteso come bene indisponibile da parte del soggetto che ne è titolare, appartenente, invece, all'intera collettività[13].
Però, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione e della Legge sul "fine vita", la norma non può più essere letta come unicamente finalizzata a garantire il bene "vita" nell'ottica statale di preservazione della collettività che compone lo Stato stesso. Al contrario, lo stesso bene della "vita" deve essere declinato in un'ottica personalista, come interesse anche e soprattutto della

O.VANNINI, *Il delitto di omicidio*, Giuffré, 1935, p. 177.

[9] Cesare Beccaria che, nel suo "Dei delitti e delle pene", definisce inutile la repressione penale del suicidio, precisando peraltro che "inutile ed ingiusta sarà parimenti la pena del suicida. E perciò, quantunque sia una colpa che Dio punisce, perché solo può punire anche dopo la morte, non è un delitto avanti gli uomini, perché la pena, invece di cadere sul reo medesimo, cade sulla di lui famiglia.

[10] Si pensi alle norme in materia di prostituzione: la prostituzione non è un fatto penalmente irrilevante, ma l'ordinamento punisce chiunque recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione, o ne agevoli a tal fine la prostituzione» o, ancora, «chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui.

[11] M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 985.

[12] D. PULITANO', *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. Pen. Cont..*, 2017, p. 985.

[13] In questa prospettiva, come si legge a pagine 7 della richiesta di archiviazione della Procura di Milano nel procedimento a carico di Marco Cappato, "*nelle intenzioni del legislatore storico, il suicidio non poteva che essere l'atto di chi, ancora nel pieno delle sue forze e della sua coscienza, si toglieva la vita come scopo autodistruttivo, sottraendo forza lavoro e cittadini alla Patria*".

persona fisica che ne è titolare, volto a consentire il suo "pieno sviluppo" secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 2, della Costituzione.
In questa prospettiva, di matrice puramente costituzionale, che deve essere riletto l'art. 580 c.p., non più norma a tutela del bene "vita", inteso in termini assoluti, ma baluardo della libera autodeterminazione individuale e della dignità delle persone che versano in condizioni di irreversibile sofferenza fisica e morale[14].
La norma incriminatrice disciplina e punisce con la medesima pena tre diverse condotte: le prime due di mera partecipazione morale, ovvero il "*determinare altri al suicidio*" ed "*il rafforzare l'altrui proposito*", la terza di partecipazione materiale, consistente "*nell'agevolarne in qualsiasi modo l'esecuzione*".
Ai fini della configurabilità del reato è necessario che una delle condotte sopra descritte si traduca in un effettivo contributo causale alla realizzazione del suicidio o quantomeno il tentativo di suicidio seguito dalle lesioni gravi o gravissime; l'evento morte o comunque le lesioni gravi o gravissime rappresentano dunque elementi costitutivi dell'illecito e non, come parte della dottrina riteneva in passato, condizioni obiettive di punibilità.
In merito all'elemento soggettivo, esso è costituito dal dolo generico, che dovrà necessariamente ricoprire anche il fatto suicidario se si ritiene quest'ultimo evento del reato e non mera condizione obiettiva di punibilità.
Come già detto, alla luce degli artt. 2, 3, 13, comma 1, e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU, il suicidio è espressione della libertà personale a por fine alla propria vita.
Alla luce di tali considerazioni, la domanda a cui dobbiamo dare risposta è se c'è spazio per una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. per sciogliere tutti i nodi applicativi che sono emersi negli anni nelle varie vicende processuali.
Ed allora, a parere di chi scrive, sulla base delle nazionali e sovranazionali, successive al codice Rocco, l'art. 580 c.p. deve essere sottoposto ad un rigoroso vaglio critico al fine di stabilire, in conformità ai principi previsti della Costituzione, quando sia penalmente rilevante la condotta di partecipazione all'altrui suicidio ovvero quando la condotta posta in essere sia effettivamente offensiva del bene giuridico tutelato dalla norma e quindi meritevole di sanzione penale.
Il principio personalistico, che pone "l'uomo" e non lo Stato al centro della vita sociale e ne afferma l'inviolabilità dei suoi diritti, e il principio di inviolabilità della libertà individuale, intesa quest'ultima anche come libertà da interferenze arbitrarie dello Stato, previsti rispettivamente dagli artt. 2 e 13 della Costituzione, hanno riconosciuto alla persona la libertà di disporre del proprio corpo nonché il diritto a rinunciare trattamenti sanitari non voluti fino ad estendersi a rinunciare alla propria vita.

---

[14] A sostegno di questa impostazione, i principi espressi dalla Corte di Cassazione, nella vicenda di Eluana Englaro, secondo cui: "*il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive*".
Ed ancora, il diritto alla salute, *"come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire*". (Cass. Civ., 16 ottobre 2007 (ud. 04 ottobre 2007), n. 21748).

Del resto tutti i diritti costituzionali devono essere bilanciati onde assicurare il massimo "rispetto per la persona umana" imposto dalla Costituzione stessa. Il principale contraltare al diritto alla vita (o meglio, al principio della sua indisponibilità) è individuato nel diritto alla dignità e all'autodeterminazione positivizzato dagli artt. 2, 3, 13 e 32, comma 2,Cost. nonché dagli artt. 3 e 8 CEDU. Il principio di indisponibilità del diritto alla vita incontra un limite nella "«persona», ossia in quell'insieme di valori che costituiscono l'individualità di ogni essere umano, e che ben si compendiano nel concetto di «dignità della figura umana»"15.
Da questi principi pur non riconoscendo un "diritto a morire" deriva la libertà di ogni persona di decidere di come disporre della propria vita ancorché possa derivare la morte. Ed ancora, il diritto al rispetto della dignità umana e il diritto all'autodeterminazione prevalgono sul principio di indisponibilità della vita; ciò trasforma il suicidio da atto illecito ad atto lecito.
Inoltre, non bisogna dimenticare, che la recente Legge 22 dicembre 2017, n° 219 ha riconosciuto il diritto a decidere di lasciarsi morire a tutti i soggetti pienamente capaci di intendere e di volere richiamando a tal proposito proprio gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione nonché gli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.
Tutte queste considerazioni ci inducono a sostenere che una corretta interpretazione e applicazione dell'art. 580 c.p. non può non prescindere da un coordinamento con i principi costituzionali sopra richiamati.
E' di tutta evidenza che l'attuale formulazione della fattispecie criminosa, fondata come si è visto sull'illiceità del suicidio, non risulta più essere coerente con la gerarchia di valori e principi oggi presenti nell'ordinamento italiano, punendo pertanto una condotta non meritevole di pena. Si configurerebbe una norma la cui struttura prevede l'incriminazione di una condotta di concorso in un fatto lecito altrui.
Infatti, se per le due condotte morali (determinazione all'altrui suicidio e rafforzamento dell'altrui proposito suicidio) non ci sono problemi di incompatibilità con l'attuale tessuto normativo costituzionale, la norma in commento nella parte relativa alla condotta materiale (aiuto al suicidio) oltre ad essere anacronistica, mostra una evidente fragilità strutturale nel punire indistintamente qualsiasi forma di condotta materiale che agevola l'altrui suicidio nel momento in cui nella sua applicazione si prescinde dai principi sopra richiamati, i quali, invece, devono essere utilizzati al fine di sostenere che le condotte contemplate dalla norma incriminatrice assumono rilevanza penale quando siano tali da pregiudicare e interferire sull'autodeterminazione della vittima e quindi offensive del bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p.
Qualora invece la scelta suicida sia maturata liberamente senza alcuna compromissione della libertà decisionale, alla luce dell'implicita libertà costituzionale a por fine alla propria vita, non sussiste alcuna offesa al bene giuridico tutelato e priva di risvolti penali sarà la condotta materiale partecipativa del concorrente all'altrui suicidio.

4. La rilevanza spazio-temporale del contributo causale ai fini della configurabilità del delitto tra offensività e proporzionalità della pena.
Altro aspetto di non ben poco conto da tenere in considerazione nella corretta applicazione della norma in commento, sempre in un'ottica costituzionalmente orientata, è anche il contesto spazio-

[15] Cass. Civ., 16 ottobre 2007 (ud. 04 ottobre 2007), n. 21748 e G.u.p. Roma, 23 luglio 2007 (dep. 17 ottobre), n. 2049.

temporale in cui si sviluppa la condotta di partecipazione materiale al suicidio altrui. Questo aspetto rileva per due ordini di motivi.
Il primo, per accertare il grado di intensità del contributo e la sua causalità nel percorso psichico e nel processo volitivo dell'aspirante suicida, in modo che, in conformità ai principi di costituzionali di offensività, ragionevolezza e proporzionalità della pena, possano formare oggetto di criminalizzazione solamente quelle condotte agevolartici del proposito suicidario in senso stretto, che si manifestano nel*la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, escludendo dal* rimprovero penale *quelle condotte che offendono il bene protetto in modo marginale tali da non aver influito sull'autonoma e libera formazione della volontà suicida e sull'esecuzione in senso stretto del suicidio.*
In passato la giurisprudenza di legittimità[16] attraverso un'interpretazione estensiva ha ritenuto che qualunque azione agevolatrice del suicidio, che possa causalmente risultare connessa all'evento, deve considerarsi idonea ad integrare il reato in quanto condotta di "aiuto" al suicidio, ancorché estranea alla formazione del processo deliberativo del soggetto passivo.
In altri termini, essendo le condotte punite in via alternativa, non solo rileva penalmente il contributo materiale al suicidio (a prescindere dalle ricadute psicologiche sul soggetto passivo) ma la nozione stessa di "contributo" è stata interpretata in maniera ampia ricomprendendovi qualsiasi forma di aiuto o agevolazione.
Questa interpretazione dei Giudici di legittimità può essere condivisa, a sommesso parere di scrive, solo per le due condotte morali – determinazione all'altrui suicidio e rafforzamento dell'altrui proposito di suicidio – in quanto sul piano spazio-temporale intervengono in una fase precedente o contemporanea alla formazione del proposito suicidario, che attraverso il proprio contributo causale hanno indirizzato la volontà del soggetto a por fine alla propria vita, con conseguente offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.
Invece, l'ipotesi dell'agevolazione al suicidio prescinde totalmente dall'esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui. Anzi presuppone che l'intenzione di auto-sopprimersi sia stata autonomamente e liberamente decisa, altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580. È sufficiente che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi

[16] Cass. Pen., 12 marzo 1998 (ud. 06 febbraio 1998), n. 3147. Secondo la Cassazione, premesso che di aiuto al suicidio può parlarsi solo se "*l'intenzione di auto sopprimersi sia stata autonomamente e liberamente presa dalla vittima, altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580*", ritiene "*sufficiente che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio*", in quanto "*la legge, nel prevedere, all'art. 580 c.p., tre forme di realizzazione della condotta penalmente illecita (quella della determinazione del proposito suicida prima inesistente, quella del rafforzamento del proposito già esistente e quella consistente nel rendere in qualsiasi modo più facile la realizzazione di tale proposito) ha voluto punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicido, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongano alla realizzazione del proposito, ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo di impedire la realizzazione dell'evento. L'ipotesi dell'agevolazione al suicidio prescinde totalmente dall'esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui. Anzi presuppone che l'intenzione di auto-sopprimersi sia stata autonomamente e liberamente presa dalla vita, altrimenti vengono in applicazione le altre ipotesi previste dal medesimo art. 580*".

comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio, ed intervenire nella fase successiva alla deliberazione autonoma del soggetto di por fine alla propria vita.
In questa prospettiva ha agito la Corte d'Assise di Messina[17], secondo cui quando il suicida si sia autonomamente determinato senza che la sua volontà sia stata minimamente influenzata, l'agevolazione al suicidio sul piano materiale va considerata come istigazione quando l'aiuto al suicidio abbia esercitato un'apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima, che ha trovato nella collaborazione dell'estraneo incentivo e stimolo a togliersi la vita.
Secondo la Corte siciliana, in una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. la condotta materiale di aiuto al suicidio deve essere considerata in termini di "istigazione" in forza del quale l'aiuto materiale assumerebbe rilevanza penale solo nelle ipotesi in cui abbia influito sulla formazione della volontà suicida, e non anche quando si sia esplicato su un piano meramente pratico-attuativo di una volontà già pienamente e liberamente formata.
La decisione in commento però è stata ritenuta errata dalla Corte di Cassazione[18] perchè ritenuta un'interpretazione troppo estensiva, non aderente al testo normativo e sostanzialmente abrogatrice della fattispecie di aiuto materiale al suicidio, trasformando la condotta tipica in una sorta di "istigazione materiale".
Sul solco tracciato della Corte messinese, si innesta la sentenza del Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Vicenza[19], la quale sostiene ai fini della rilevanza penale la necessità di un'incidenza causale dell'agevolazione prestata rispetto al praticato suicidio. Nella sentenza viene affermato il principio secondo cui l'agevolazione penalmente rilevante è quella condotta che sia direttamente e strumentalmente connessa all'attuazione materiale del suicidio, con la conseguenza che non rientra nel paradigma del delitto la condotta di chi, senza influire sull'altrui proposito suicida, determinandolo o rafforzandolo, si limiti ad accompagnare in auto l'aspirante suicida dalla propria abitazione in Italia fino ad una struttura per il suicidio assistito situata in Svizzera.
Sulla base del ragionamento della giurisprudenza di merito, si è sviluppato una nuova impostazione[20] più aderente ad un'interpretazione letterale del dato normativo testuale e rispettosa del principio costituzionale di offensività.
In questo contesto, la condotta di aiuto dovrebbe assumere rilevanza penale solo quando il contributo sul piano spazio-temporale si manifesta nella fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso.
Non si tratta però di una impostazione priva di difficoltà: è necessario chiarire cosa si intende per

[17] Corte d'Assise di Messina, sentenza del 10 giugno 1997, Pres. *Arena*, Est. *Bonanzinga*, Imp. *Munaò*, in *Giur. mer.*, 1998, fasc. 4-5, p. 731 ss. con nota di E. FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*
[18] Cass. Pen., 12 marzo 1998 (ud. 06 febbraio 1998), n. 3147. La Corte ha annullato la sentenza di merito in cui era stato affermato invece che l'art. 580 c.p. punisce la condotta agevolatrice del suicidio soltanto quando questa implica anche un rafforzamento del progetto suicidario, ritenendo che in caso contrario l'azione non sarebbe "idonea a ledere il bene giuridico tutelato.
[19] Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Vicenza, sentenza del 2 marzo 2016. Decisione confermata dalla Corte di Appello di Venezia con sentenza del 10 maggio 2017, che ha ritenuto che l'accompagnamento non concernesse l'esecuzione del suicidio e fosse attività del tutto fungibile, in quanto la vittima era comunque determinata al suicidio ed avrebbe potuto egualmente raggiungere la clinica.
[20] Formulata nella richiesta di archiviazione del procedimento penale a carico di Marco Cappato da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano.

"fase esecutiva" del suicidio. "Fase esecutiva" del suicidio può essere quella che coincide con l'atto materiale con cui il suicida si toglie effettivamente la vita;"fase esecutiva" può essere però, anche, ogni attività preparatoria al compimento dell'atto finale, attraverso i quali si concretizza la volontà suicida maturata in precedenza.
La differenza spazio-temporale non è di poco conto, in quanto affermare che la condotta di agevolazione debba verificarsi nella fase esecutiva significa collocarla in un ambito spazio-temporale ben definito e piuttosto ristretto: il momento e il luogo in cui il suicidio si è effettivamente verificato. Al contrario, sostenere che l'agevolazione debba avere per oggetto la fase esecutiva del suicidio significa che la condotta del reo si può sostanziare in qualsiasi comportamento che abbia in qualche modo reso possibile, o anche solo più agevole, il concretizzarsi del proposito suicidario.
Questa problematica può essere risolta facendo ricorso al principio costituzionale di offensività.
Se la condotta agevolatrice si colloca in una fase molto lontana dalla effettiva lesione al bene giuridico o se nella fase esecutiva, anche nel senso ampio della locuzione, intervengono altre condotte agevolatrici, più prossime al contesto spazio-temporale dell'atto concreto del suicidio, idonee ad interrompere il nesso causale nella sequenza preparatoria del suicidio o comunque meno invasive ed incisive sul piano causale, si evita di criminalizzare condotte che non offendono o quanto meno solo minimamente offendono il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.
Pertanto, l'aiuto al suicidio – inteso come la condotta di chi "ne agevola l'esecuzione" – può dirsi integrato quando il contributo materiale incide direttamente e funzionalmente sul momento esecutivo del suicidio, quindi di una condotta in stretta connessione con l'esecuzione dello stesso.
Escludendo qualunque interpretazione estensiva dell'art. 580 c.p., possono essere ritenute meritevoli di incriminazione solo le condotte che valorizzando l'aspetto spazio-temporale, sono connesse al momento esecutivo del suicidio, ovvero direttamente e strumentalmente connesse a tale atto.
L'art. 580 c.p., dunque, rispettoso del principio di offensività in astratto, potrebbe risultare privo di offensività in concreto, qualora il contributo materiale incide direttamente e funzionalmente sul momento esecutivo del suicidio[21].
La scelta di delimitare il concetto di agevolazione alla fase esecutiva del suicidio, se accolta da diversi giudici di merito[22], è stata, però, criticata in dottrina[23], poiché sostanzialmente abrogativa della norma che, invece, si riferisce all'agevolazione in qualsiasi modo della realizzazione e della verificazione del suicidio ed è perciò inclusiva di qualsiasi agevolazione prestata anche prima, oltre che durante l'esecuzione del suicidio stesso. Inoltre, la responsabilità penale nei confronti di

[21] Secondo la Corte costituzionale, il principio di offensività opera infatti su due piani: il primo è quello della previsione normativa (offensività in astratto), sotto forma di precetto rivolto al *legislatore* di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale; il secondo è quello dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato.
[22] Si veda note 18 e 19.
[23] F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit. L'Autore ha altresì affermato che l'accompagnamento in auto ha costituito "condicio sine qua" per la realizzazione nella sede svizzera del suicidio assistito, e la fungibilità del trasporto è pertanto un "mero sofisma" in quanto "la condotta agevolatrice e quella in concreto tenuta dall'agente hic et nunc", sicché essa "sposta soltanto il problema della responsabilità, in quanto esso si proporrebbe rispetto ad altro trasportatore inconsapevole"

chiunque agevoli l'esecuzione del proposito sucidario trova fondamento nell'esigenza che la scelta di por fine alla propria vita deve rimanere totalmente nella sfera di controllo dell'aspirante suicidai, evitando ingerenze di altri: l'intervento di terzi potrebbe, sotto questo profilo, comprimere la libertà dell'individuo ad un ripensamento.
Sotto questo profilo, quindi, sono violati l'art. 2 Cost., inteso come norma che tutela proprio il diritto di scegliere di porre fine ad una vita ritenuta non più degna per condizioni oggettive eccezionali; nonché gli artt. 13 e 32 Cost. che tutelano la libertà della sfera fisica della persona, la prima, e il principio della volontarietà delle cure e del consenso informato, la seconda. Ed ancora, l'art. 25 Cost. appare violato dal momento che la sanzione penale, in questa eccezionale ipotesi, sarebbe utilizzata non per reprimere un comportamento che lede o mette in pericolo un bene giuridico ma, al contrario, che è posto in essere per agevolare l'esercizio di una libertà costituzionale.
Il secondo motivo per cui rileva l'aspetto spazio-temporale è sicuramente quello sanzionatorio.
Nell'ottica della finalità rieducativa della pena – intesa dalla giurisprudenza costituzionale, come proporzione tra qualità e qualità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra – e di ragionevolezza della pena, bisognerebbe distinguere sotto il profilo sanzionatorio tra condotte di istigazione e rafforzamento e condotte di aiuto, in quanto, sicuramente, le prime sotto il profilo causale sono più invasive e incisive nel percorso deliberativo dell'aspirante suicida rispetto alle condotte di chi si limita ad agevolare una scelta suicidaria deliberata in modo autonomo.
Il medesimo trattamento sanzionatorio, pena della reclusione da 5 a 12 anni, previsto dall'art. 580 c.p per tutte e tre le condotte materiali del reato da esso previsto, presenta evidenti profili di illegittimità costituzionale per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità della pena. Si richiede dunque il controllo di ragionevolezza della pena in relazione all'offensività del fatto commesso24.
Tale cornice edittale appare manifestamente sproporzionata rispetto al disvalore del fatto, specie quando questo viene posto in essere per agevolare il proposito suicida del malato terminale. La norma citata, pertanto, sembra porsi in contrasto anche con l'art. 27 Cost., la cui primaria ed autonoma rilevanza, nello scrutinio sulle scelte sanzionatorie del legislatore, è stata recentemente riconosciuta dalla Corte Costituzionale[25].
In tal senso sarebbe auspicabile in conformità ai sopra richiamati principi costituzionali un intervento correttivo dell'art. 580 c.p. che tenga conto sotto il profilo qualitativo e quantitativo dell'offesa arrecata in concreto al bene giuridico tutelato in conformità alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

5. Conclusioni: il processo penale a carico di Marco Cappato e la (non) decisione della Corte Costituzionale.

Come detto ad apertura del presente contributo, il tema del "suicidio assistito" e dei suoi risvolti penali è tornato ad essere al centro di un vivace dibattito a seguito del processo penale a carico di

[24] Tesi sostenuta dalla dottrina penalistica: S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 721; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, 2001, p. 209; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Vol. II, Tomo primo, Zanichelli, 2013, p. 42 ss.
[25] Corte Costituzionale, 10 novembre 2016 (ud. 21 settembre 2016), n. 236.

Marco Cappato[26].

Come spesso accade al cospetto di questioni che rilevano anche sotto il profilo etico e religioso, ci si chiede quale sia l'effettivo ruolo del diritto, e in una prospettiva laica ci si domanda quale sia lo spazio di intervento, senza che abbiano un peso convinzioni intime e personali, né convenzioni ideologiche o confessionali, al fine di garantire l'applicazione dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

---

[26]Marco Cappato, membro dei Radicali italiani, Tesoriere dell'Associazione Luca Coscioni, promotore del Congresso mondiale per la libertà di ricerca e della campagna "Eutanasia legale".
Il procedimento penale prende le mosse dall'autodenuncia del sig. Marco Cappato, presentata ai Carabinieri di Milano il 28 febbraio 2017, giorno successivo alla morte del sig. Fabiano Antoniani (più noto come DJ Fabo), per averlo accompagnato in Sviezzera presso l'associazione "*Dignitas* – Vivere degnamente – Morire degnamente" per praticare il suicidio assistito. Queste le varie tappe della vicenda processuale.
A seguito dell'auto-denuncia, Marco Cappato veniva così iscritto nel registro degli indagati da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano.
In data 2 maggio 2017, la Procura presentava nei confronti dell'indagato richiesta di archiviazione nella quale si proponeva un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p., tale per cui la condotta doveva ritenersi penalmente irrilevante.
Il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano, dott. Luigi Gargiulo, fissava udienza in camera di consiglio ai sensi dell'art. 409, comma 2, c.p.p., per la data del 6 luglio 2017. Nel corso dell'udienza, i pubblici ministeri presentavano una memoria per chiedere al Giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. in relazione alla parte in cui incrimina la condotta di "partecipazione fisica" o "materiale" al suicidio altrui senza escludere la rilevanza penale della condotta di chi aiuta il malato terminale o irreversibile a porre fine alla propria vita, quando il malato stesso ritenga le sue condizioni di vita fonte di una lesione del suo diritto alla dignità. Anche la difesa di Marco Cappato presentava una memoria difensiva con la quale chiedeva di valutare la compatibilità dell'art. 580 c.p. con i principi espressi della Costituzione.
In data 10 luglio 2017, il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano, dott. Luigi Gargiulo, rigettava le richieste avanzate dai pubblici ministeri e dalla difesa di Marco Cappato e imponeva alla Procura di formulare l'imputazione nei confronti dello stesso per aiuto al suicidio.
In 18 settembre 2017, veniva emesso dal Tribunale di Milano il decreto che dispone il giudizio immediato davanti alla prima sezione della Corte di Assise.
All'udienza dell'8 novembre 2017, la Corte di Assise ammetteva le prove richieste dalle parti, tra le quali anche il video integrale delle riprese della trasmissione televisiva *Le Iene* con l'ultima intervista a Fabiano Antonani.
All'udienza del 4 dicembre 2017 venivano sentiti come testimoni Riccardo Di Teodoro (Luogotenente dei Carabinieri), Valeria Imbrogno (fidanzata di Fabiano Antoniani), Carmen Carollo (mamma di Fabiano Antoniani), Anna Maria Francavilla (mamma di Valeria Imbrogno), Johnny Enriques (assistente medico di Fabiano Antoniani) e Antonio Rossetti (amico di Fabiano Antoniani).
All'udienza del 13 dicembre 2017 venivano sentiti come testimoni Giulio Golia (inviato del programma televisivo "Le iene"), Carlo Lorenzo Veneroni (medico della famiglia Antoniani), Maria Cristina Marenghi (consulente del pubblico ministero) e Mario Riccio (anestesista e rianimatore all'ospedale di Cremona).
Si procedeva poi all'esame dell'imputato Marco Cappato. La Corte rinviava al 17 gennaio 2018 per le discussioni.
All'udienza di discussione del 17 gennaio 2018, la pubblica accusa chiedeva la assoluzione dell'imputato o, in subordine, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. Stessa richiesta veniva avanzata anche dalla difesa di Marco Cappato.
All'udienza del 14 febbraio 2018, la Corte di Assise di Milano pronunciava ordinanza con cui sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.
L'udienza davanti alla Corte Costituzionale è stata celebrata il 23 ottobre 2018. La stessa ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 codice penale all'udienza del 24 settembre 2019.

Pertanto, a conclusione di queste riflessioni sulla rilevanza spazio-temporale del contributo causale nella partecipazione materiale nel suicidio altrui, si ritiene di dover affrontare, seppur brevemente, il processo penale a carico di Marco Cappato e della relativa decisione della Corte Costituzionale sulla legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.
Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, dottrina e giurisprudenza nell'applicazione dell'art. 580 c.p. hanno proceduto a coordinare la norma incriminatrice con i principi costituzionali che rilevano ai fini di una corretta interpretazione e applicazione della norma penale, procedendo quindi ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa.
Nel processo a carico di Marco Cappato, la Corte d'Assise di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. sotto due differenti profili.
In primo luogo, ha ritenuto sussistenti dubbi di conformità a Costituzione di tale articolo nella parte in cui sanziona le condotte di aiuto al suicidio indipendentemente dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidario: secondo l'interpretazione derivante dal diritto vivente, infatti, qualsiasi comportamento che possa agevolare l'intento di un altro individuo di togliersi la vita rientra nell'alveo di applicazione della disposizione in esame. Questa interpretazione – afferma la Corte – sarebbe in contrasto con l'inviolabilità della libertà personale *ex* art. 13, I comma, Cost. e del divieto di arbitrarie ingerenze da parte delle autorità pubbliche nelle scelte degli individui, relative alla loro vita privata, *ex* art. 8 CEDU.
Il secondo profilo di incostituzionalità evidenziato dalla Corte d'Assise di Milano, ossia la violazione degli art. 3, 13, secondo comma, 25, secondo comma, 27, terzo comma della Costituzione, nella parte in cui l'art. 580 c.p. accomuna sotto la medesima pena edittale le tre condotte di istigazione al suicidio, di rafforzamento e di agevolazione del proposito suicidario. Le tre ipotesi di condotte incriminate non possano equipararsi sotto il profilo dell'offensività al bene della vita che la norma vuole tutelare.
Come spesso accade al cospetto di questioni di costituzionalità complesse, diverse erano le soluzioni che la Corte avrebbe potuto intraprendere: dall'accoglimento parziale, al rigetto; dal rigetto semplice, al rigetto con interpretazione; dalla vera e propria sentenza "interpretativa di rigetto", suffragata da tutta l'autorevolezza che solo questa Corte può vantare, all'inammissibilità interpretativa, sino all'inammissibilità in senso stretto.
All'esito dell'udienza del 23 ottobre 2018, però, la Corte Costituzionale ha deciso di "non" decidere". Dopo una lunghissima camera di consiglio (segno di dissonanze e perplessità), essi hanno rinviato, con una inedita "ordinanza-monito-a-termine", la trattazione della questione al 24 settembre 2019 per dar tempo al Parlamento di intervenire per correggere con appropriata disciplina l'attuale situazione normativa.
L'ordinanza 207 del 2018 si caratterizza per originalità dando vita ad una nuova tecnica decisoria. Infatti, se da un lato ha risolto una difficile questione, dall'altro, per arrivare a ciò, in ordine al *modus procedendi*, ha differito la decisione sulla questione di incostituzionalità.
La stessa ha rilevato che è illegittimo punire chi agevola il suicidio del malato che, in piena libertà e consapevolezza, decide di rifiutare terapie mediche che gli infliggono sofferenze fisiche o morali, e che reputa contrarie al suo senso di dignità. ma che l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti. Inoltre, per consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina, la Corte ha così deciso di

rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 codice penale all'udienza del 24 settembre 2019.
Nella parte motiva dell'ordinanza, la Corte evidenzia il contrasto dell'art. 580 c.p. con la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, come quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, derivante dall'art. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.. Si legge ancora, che imporre al malato un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile lede il principio della "dignità umana, della ragionevolezza e di ragionevolezza in rapporto alle diverse condizioni soggettive
A parere di chi scrive, dalla lettura dell'ordinanza della Consulta si individuano agevolmente tre nuclei essenziali.
Il primo, la Corte d'Assise di Milano ha operato correttamente nel sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. in quando incompatibile con il delicato quadro dei diritti costituzionali; il secondo, al di là dalla tecnica decisionale attuata dalla Corte ha riconosciuto una parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., senza affermarla esplicitamente; il terzo, infine, nostro ordinamento è privo di una disciplina organica sul fine vita, dando al Parlamento undici mesi di tempo per intervenire su tale delicata materia adeguandola alla Costituzione in un dichiarato contesto "*collaborativo*" e "*dialogico*" fra Corte e Parlamento, la cui disciplina spetta al Parlamento affinché possa legiferare per regolare la materia "*in conformità alle segnalate esigenze di tutela*".
Se lo scenario prospettato nell'ordinanza non dovesse avvenire, a settembre del prossimo anno in ogni caso la Corte si pronuncerà di nuovo sulla questione per verificare se il vuoto di tutela che i giudici hanno già accertato ci sarà ancora, nel frattempo il processo penale a carico di Marco Cappato è sospeso.
Ad oggi, l'unica certezza è che i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. non sono stati del tutto risolti fino a quando la Corte non tornerà ad occuparsene in modo definitivo. La norma è certamente incostituzionale, ma non è stata dichiarata tale, sicché conserva formalmente validità nell'ordinamento. Da ciò derivano diverse conseguenze sul piano applicativo e sul piano processuale, il tutto in relazione al comportamento che sarà tenuto dal Legislatore. Diversi sono gli scenari:

1. Anzitutto, ed è il tratto più significativo, è assolutamente da escludere che la disposizione possa avere applicazione in un qualsivoglia giudizio. Quanto al processo a carico di Marco Cappato, resta sospeso, in attesa della decisione definitiva della Corte;
2. Se il Parlamento non interviene: la norma è dichiarata incostituzionale;
3. Se i lavori parlamentari sono iniziati ma non conclusi la trattazione dinanzi alla Corte potrebbe essere anche rinviata;
4. Se il Parlamento legifera, ma in modo insoddisfacente, e/o comunque lasciando profili di incostituzionalità della norma, la Corte cancella la disposizione sia nella versione originale, sia nella versione modificata;
5. Il Parlamento legifera in conformità al quadro dei diritti costituzionali, regolando anche in via transitoria la posizione di chi ha osservato o violato la norma nel periodo precedente la Corte restituisce gli atti al giudice rimettente;
6. Nell'ipotesi di mancanza di una disciplina transitoria la Corte può dichiarare comunque

l'incostituzionalità della norma, nel testo originario e nella parte in cui ha prodotto effetti fino all'entrata in vigore della novella legislativa qualora si tratta di una legge penale più sfavorevole al reo.

Non ci resta che aspettare su come si muoverà il Legislatore per avere una risposta definitiva sulla questione di legittimità costituzionale sollevate dai giudici milanesi.

Ad ogni buon conto, a parere di chi scrive, risulta necessario innanzitutto un intervento di riforma dell'art. 580 c.p. nella parte relativa alla condotta di agevolazione, sia per quanto riguarda lo spazio-temporale di tale condotta, al fine di rendere la fattispecie conforme al principio di offensività, sia per il superamento dell'evidente irragionevolezza di equiparazione sanzionatoria con le condotte di determinazione e rafforzamento dell'intento suicidario.

Aiuto al suicidio: la Consulta al bivio, tra istanze costituzionali di autoresponsabilità e persistenti incrostazioni "paternalistiche".

di ***Pierluigi Guercia*** *(Dottorando in Law and Cognitive Neuroscience presso l'Università "Niccolò Cusano" di Roma)*

L'Autore intende analizzare le riserve di costituzionalità afferenti alla fattispecie di aiuto al suicidio, sollevate dall'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise di Milano, relativa al noto "caso Cappato". In medias res, appare indubitabile come l'assunto, ancora di stringente attualità nelle pronunce della giurisprudenza di legittimità, in base al quale il suicidio debba considerarsi un atto moralmente riprovevole, come tale avversato dalla "stragrande maggioranza dei consociati", prefiguri anacronistici strascichi di un "diritto penale ancella della morale", imperniato sulla preminenza di interessi superindividuali, in luogo di una compiuta affermazione delle libere opzioni autodeterminative. Dalle presenti osservazioni, promana un indiscutibile vulnus al principio personalistico, consacrato ex art. 2 Cost., nel punto in cui si pervenga all'incriminazione di contegni di mera agevolazione materiale al suicidio, che in alcun modo abbiano alterato il tragitto psichico prefigurato dal soggetto passivo, ponendosi in chiave eminentemente strumentale rispetto ad una deliberazione intrisa di crismi di autoresponsabilità. Nel medesimo humus concettuale, deve certamente riconoscersi l'importanza rivestita dal progressivo ampliamento delle maglie del "diritto a morire", registratosi tanto nell'ambito delle più recenti decisioni della Corte EDU, quanto ad opera del legislatore nostrano, con riguardo alla L. n. 219/2017. Risulta, di conseguenza, impellente un mutamento prospettico nella considerazione delle ipotesi di agevolazione del proposito suicidario che non vadano ad intaccare una libera e consapevole opzione autodeterminativa, non potendo altresì sottacersi la rilevazione inerente alla sostanziale liceità del suicidio nel nostro ordinamento, difatti non considerato punibile neppure a livello di tentativo. Sarebbe stato, pertanto, auspicabile che la Consulta, dinanzi a tale bivio, si fosse orientata nella direzione del pieno riconoscimento delle istanze costituzionali di autoresponsabilità, richiedente l'accoglimento dell'ordinanza di rimessione e la consequenziale declaratoria di incostituzionalità della fattispecie di aiuto al suicidio, certamente da prediligere rispetto ad un restringimento della sua ampiezza mediante una sentenza interpretativa di rigetto o, ancor meno preferibilmente, ad una permanenza sulla via lastricata di persistenti incrostazioni "paternalistiche", magari celandosi sotto l'usbergo dell'"horror vacui".

The Author intends to analyze the constitutionality reserves related to the case of suicide aid, raised by the Court of Assesse of Milan, concerning the known "Cappato case". In medias res, it seems unquestionable as the assumption, still of current relevance in the judgments of the jurisprudence of legitimacy, according to which suicide should be considered a morally reprehensible act, as such opposed by the "overwhelming majority of the associates", anachronistic foreshadows of a "criminal right ancella of morality", centered on the pre-

eminence of superindividual interests, instead of a complete affirmation of free self-determination options. From the present observations, an unquestionable vulnus to the personalistic principle, consecrated ex art. 2 of the Constitution, at the point in which it is arrived at the incrimination of mere material facilitation to suicide, which in any way have altered the psychic journey prefigured by the passive subject, placing itself in key eminently instrumental with respect to a deliberation imbued with crimes of self-responsibility In the same conceptual humus, it must certainly recognize the importance of the progressive enlargement of the links to the "right to die", registered both in the most recent decisions of the ECtHR and in the work of the Italian legislator, with regard to Law n. . 219/2017. Consequently, a prospective change in the consideration of the hypothesis of facilitating the suicidal intention that do not undermine a free and conscious self-determination option is not compelling, as the detection inherent to the substantial lawfulness of suicide in our legal system can not be considered, in fact not considered punishable even at the level of an attempt. It would therefore have been desirable that the Council, in the face of such a crossroads, was oriented towards the full recognition of constitutional instances of self-responsibility, requesting acceptance of the referral order and the consequential declaration of unconstitutionality of the case of aid to suicide , certainly to be favored with respect to a narrowing of its width by means of an interpretative rejection sentence or, still less preferably, to a permanence on the paved road of persistent "paternalistic" encrustations, perhaps hiding under the habit of the "horror vacui".

Sommario: **1.** Premesse concettuali. Tendenze paternalistiche ed autodeterminazione personale a confronto. - **2.** Il "nucleo" dell'ordinanza Cappato: le violazioni costituzionali della fattispecie di aiuto al suicidio. - **3.** Tentativi di ermeneutica ricostruzione, in chiave costituzionalmente orientata, dell'art. 580 c.p. - **4.** Il progressivo ampliamento delle maglie del "diritto a morire": dalla giurisprudenza della Corte EDU alla legge n. 219/2017. - **5.** Un'occasione mancata dalla Consulta: l'aiuto al suicidio ancora "*tra color che son sospesi*".

1. Premesse concettuali. Tendenze paternalistiche ed autodeterminazione personale a confronto.

Nel tentativo di procedere ad una complessiva ricognizione delle asperità che caratterizzano l'art. 580 c.p., le quali hanno condotto la Corte d'Assise di Milano a sollevare questione di legittimità costituzionale del medesimo articolo nell'ormai celebre "caso Cappato", ineludibili premesse concettuali afferiscono al terreno di confluenza, ed inevitabile raffronto conflittuale, tra l'idea di assoluta indisponibilità della vita e le istanze costituzionali di autodeterminazione personale. L'architettura concettuale della Corte meneghina, difatti, si dipana dalle considerazioni concernenti la controversa ricostruzione ermeneutica dell'art. 580 c.p. nel suo complesso, condizionata *ab origine* da un'individuazione, ancora di stringente attualità nelle pronunce della giurisprudenza di legittimità, del suicidio[1] quale «*scelta moralmente non condivisibile, non*

[1] Per un'interessante ricostruzione storica, concernente l'avversità che ha storicamente contraddistinto il rapporto tra i sistemi penali ed il suicidio, cfr. R.E. OMODEI, *L'istigazione al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.,* in *www.penalecontemporaneo.it,*

giustificabile ed avversata dalla stragrande maggioranza dei consociati, a prescindere dalle loro convinzioni religiose e politiche, siccome contraria al comune modo di sentire [...]»[2] , in base alla quale l'intima *ratio* della norma dovrebbe confluire nella tutela "del bene supremo della vita", prescindendo completamente dalle deliberazioni del suo titolare: di palmare evidenza, in tale ricostruzione ideologica, la prefigurazione di anacronistici strascichi di un "*diritto penale ancella della morale*"[3], imperniato sull'indiscussa preminenza di interessi superindividuali, rimessi alla incontestabile volontà divina o statale, in luogo di una compiuta affermazione di prioritarie istanze di carattere individuale, liberamente e consapevolmente determinatesi. In tale *humus* concettuale, emerge già limpidamente come il principio di autoresponsabilità si ponga quale argine rispetto alla conservazione di talune tradizionali forme di "*paternalismo penale*"[4], potendosi definire

---

2017, 10, p. 144 e ss., il quale sottolinea che: «Dall'inizio del 1800 in poi, gli ordinamenti penali europei hanno cessato di incriminare la condotta suicidaria, precedentemente sanzionata sulla scorta di una visione religiosa della vita del singolo, senza che peraltro tale importante atto di decriminalizzazione si accompagnasse ad un radicale mutamento di approccio in merito alla generale rilevanza normativa delle estreme scelte della persona. [..] Il parziale cambiamento di paradigma in commento non affonda invero le sue radici in una nuova concezione della libertà del singolo, comprensiva della facoltà di decidere come e quando togliersi la vita, ma piuttosto viene ricondotta dalla dottrina del tempo a ragioni politico-criminali di inefficacia general-preventiva delle fattispecie operanti, incapaci di distogliere l'agente dai suoi propositi autodistruttivi. Tale perdurante illiceità del suicidio giustifica la persistenza nei codici penali italiani (Zanardelli e Rocco) di una norma volta a sanzionare le condotte partecipative nel fatto illecito altrui, e quindi rende pienamente coerente l'art. 580 c.p. con la visione, tipica del Legislatore del '30, paternalistica e fortemente pubblicistica della vita del singolo, funzionalizzata al soddisfacimento degli interessi della collettività».

[2] In questi termini, Cass., Sez. I, 9 maggio 2013, n. 33244, in *Cass. Pen*., 2014, 5, p. 1787.

[3] In argomento, sia consentito il rinvio ad A. MANNA, P. GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini,* in A. MANNA (a cura di), *Dal diritto vigente al diritto vivente. Casi, soluzioni e problemi,* Dike Giuridica Editrice, 2018, p. 58 e ss. Gli Autori evidenziano, con specifico riferimento alla tematica dell'aiuto al suicidio, come la rilevanza penale delle condotte agevolatrici al suicidio promani da una criticabile configurazione ideologica, moralmente e, soprattutto, religiosamente orientata, del suicidio quale atto riprovevole, prefigurante appunto una concezione del diritto penale quale ancella della morale, in base alla quale lo stesso diritto penale finisce per dipendere dalle dominanti concezioni morali e religiose.

[4] In relazione al paternalismo penale, impossibile prescindere dal richiamo a J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law,* III, *Harm to Self,* Oxford, 1984-1988, p. 12 e ss., il quale valorizzando l'*harm principle* e la regola per cui *volenti non fit iniuria,* giunge a censurare qualsivoglia forma di *hard paternalism*, che configuri la pretesa di limitare volontarie e consapevoli scelte assunte dal soggetto. Per una preziosa ricostruzione della formulazione feinberghiana sul tema, cfr. D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio,* in *www.penalecontemporaneo.it,* 2018, 7, p. 62 e ss. L'A. evidenzia come: «La concezione di Feinberg ammette un paternalismo definito *soft*: lo Stato ha il diritto di prevenire una *self-regarding harmful conduct* (e in questo *sembra* paternalistico) quando e *solo quando* la condotta sia sostanzialmente non volontaria, o un intervento temporalmente limitato sia necessario per stabilire se la condotta sia volontaria, o no. Norme penali che eccedono quest'ambito, nello schema concettuale di Feinberg, sarebbero definite casi di paternalismo *hard,* forzature dei limiti *morali* del diritto penale. […] In quest'ottica è problema cruciale la volontarietà delle scelte. Più la condotta è autodannosa o rischiosa, più elevati debbono essere lo standard della volontarietà e lo standard dell'accertamento. Nei casi in cui le conseguenze siano più gravi o irreparabili, sono giustificati divieti temporanei, fino a che non sia affidabilmente accertato se vi sia o non vi sia una libera manifestazione di volontà di una persona capace. Ma quando la capacità e volontà libera sia accertata, il *paternalismo soft* alla Feinberg non giustifica più alcuna limitazione alla rilevanza della volontà espressa dall'interessato. *Per il liberale* – ribadisce Feinberg nel capitolo sulla scelta più tragica, la *choice of Death – conta solo la volontarietà della richiesta*; dolore e sofferenze e brevità della vita residua non sono necessari per legittimarla». In argomento, cfr. altresì A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti*

paternalistica la norma penale che protegge il soggetto da decisioni in suo danno, punendolo se egli stesso agisce od omette o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso[5]. Da ciò se ne inferisce, conseguentemente, l'incasellamento dell'incriminazione delle ipotesi di aiuto al suicidio nell'ambito di una paradigmatica casistica di "*paternalismo indiretto*" [6] contrassegnate, altresì, dalle peculiari note modali attinenti ad un "*paternalismo fisico*"[7]. Le argomentazioni dei giudici milanesi hanno trovato origine dalla constatazione dell'ineliminabile *vulnus* al principio personalistico consacrato nell'art. 2 della Costituzione, dalla cui prioritaria rilevanza promana il deciso rifiuto delle incrostazioni paternalistiche e, quale precipitato diretto, la pretesa di illegittimità costituzionale di una fattispecie, quella dell'aiuto al suicidio, che punisce condotte di agevolazione indirizzate in favore di chi abbia espresso una libera determinazione, come tali radicalmente sprovviste del profilo di offensività. *In medias res,* la Corte milanese ha orientato la propria bussola in direzione avversativa rispetto alla soluzione interpretativa, fornita

fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento, in *Arch. pen. web*, 2013, 3, p. 12, il quale rileva limpidamente che: «Una possibile obiezione è che il principio del danno ad altri, preso alla lettera, risulti eccessivamente selettivo nel determinare l'area del penalmente rilevante , dal momento che non sempre sono ravvisabili incriminazioni che producono danni a terzi. Questo, è, però, il vero elemento di novità nella speculazione di Feinberg ed è l'elemento progressista che certamente deve essere mantenuto fermo, dal momento che per il penalista è utile soltanto il principio dell'*Harm to others,* cioè dell'effettivo danno a terzi, che risulta l'unico criterio distintivo, sia per la sua efficacia euristica, che per la sua giustiziabilità, tra ciò che può assumere penale rilevanza e ciò che, invece, può giustificare solo forme di tutela meno intensa»; nonché A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1210 ss., il quale evidenzia come la prospettiva paternalistica abbia per scopo specifico quello di frenare l'individuo dal cagionare danno a se stesso, limitando la libertà del singolo attraverso il richiamo alla protezione di quest'ultimo come unico fine dell'azione legislativa.

[5] In questi termini, limpidamente, M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 985.

[6]La suddivisione tra paternalismo diretto ed indiretto può rintracciarsi in D. PULITANÒ, *cit.*, p. 59. Per un'argomentazione critica nei confronti dell'idea di paternalismo indiretto, cfr. A. SPENA, *cit.*, p. 1234 e ss.

[7]In merito alla distinzione tra paternalismo fisico e morale, imprescindibile il richiamo ad A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, p. 223 e ss.; nonché ID., *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 3, p. 184 e ss.

dalla Corte di cassazione[8] e sostenuta dal c.d. "*diritto vivente*"[9], la quale individua una nozione estremamente ampia dell'aiuto al suicidio, ricomprendendovi qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri soggetti relativamente al proposito suicida, realizzabile secondo le modalità più disparate, escludendo rilevanza alcuna all'influenza esercitata nel processo formativo della volontà di togliersi la vita.

Rivolgendo, inoltre, la lente d'osservazione a quella che risulta essere la complessiva conformazione dell'art. 580 c.p., contemplante, alternativamente, le condotte di istigazione, a sua volta articolate nella determinazione, riferibile ai contegni che incidano sul piano dell'insorgenza di un proposito suicida prima inesistente, ed al rafforzamento, declinato quale irrobustimento di un'intenzione già presente nell'individuo, o di aiuto al suicidio, in termini di agevolazione nell'esecuzione prescindente dalle modalità, si pone di particolare momento l'enucleazione di considerazioni avanzate da autorevole dottrina[10], aventi ad oggetto riserve di costituzionalità delle

---

[8] Cfr. Cass., Sez. I, 6 febbraio 1998, Munaò, in *Cass. Pen.*, 1999, 3, p. 871 e ss., con nota di M.C. BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*. In tale sentenza, la Suprema Corte, perviene alla considerazione in base alla quale la scelta operata dal legislatore, con l'art. 580 c.p., di differenziare tre forme realizzative della condotta penalmente illecita, esprima chiaramente l'intento di «punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo informazioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc., o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l'obbligo di impedire l'evento. L'ipotesi della agevolazione al suicidio prescinde totalmente dall'esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui.[…] Perché si realizzi l'agevolazione sanzionata dalla norma "è sufficiente che l'agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio"». Importante sottolineare come la pronuncia del giudice di legittimità fosse intervenuta per contrastare le conclusioni confluite in Ass. Messina, 10 giugno 1997, in *Giur. merito*, 1998, p. 731 e ss., con nota di E. FELICI, *Doppio suicido: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*, in base alle quali: «una interpretazione delle norme conforme a Costituzione impone di circoscrivere le condotte punibili a quelle nelle quali l'aiuto abbia esercitato un'apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima, che ha trovato nella collaborazione dell'estraneo incentivo e stimolo a togliersi la vita».

[9] Così, letteralmente, Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, p. 4, con nota di M. FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.* Per una considerazione critica riguardo alla sussistenza di tale "diritto vivente", derivante dalla giurisprudenza di legittimità, che imporrebbe una nozione ampia di aiuto al suicidio, cfr. A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, p. 4, secondo la quale: «In realtà non è dato ravvisare una giurisprudenza consolidata in riferimento all'art. 580 c.p., visto che la fattispecie in questione ha conosciuto applicazioni a dir poco sporadiche. Il *leading case* in materia (sostanzialmente l'unico), è costituito dal "caso Munaò" in riferimento a una vicenda che, pare opportuno sottolinearlo, nulla ha a che vedere con il suicidio assistito come strumento per porre fine a gravi e irreversibili patologie».

[10] Cfr. F. RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, III, p. 1707 e ss.; nonché F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 79 e ss. In argomento, cfr. altresì D. PULITANÒ, *cit.*, p. 68 e ss., il quale perviene all'individuazione di un «limite ermeneutico rispetto alla configurabilità di *entrambe* le fattispecie tipizzate nell'art. 580 c.p.», dal momento che, anche con riguardo alle condotte peculiarmente istigative, non risulta ipotizzabile una lettura dell'art. 580 c.p. in chiave di divieto di modalità di comunicazione diverse dall'esortazione ad abbandonare il proposito suicida, che darebbe luogo ad «un'interpretazione contraria ai principi di autonomia e di dignità delle persone: ciò che costituisce, in via di principio, oggetto della libertà di pensiero e di manifestazione del pensiero, ne

medesime condotte. Più nello specifico, la tesi, finemente argomentata, prefigura rilevanti riserve di natura costituzionale, afferenti tanto alla fattispecie di istigazione, quanto a quella di aiuto al suicidio, in quanto accomunate dalla medesima strutturazione quali forme speciali di concorso rispetto ad un atto, il suicidio, che non può non considerarsi lecito[11] all'interno del nostro ordinamento che, difatti, non lo considera punibile neppure a livello di tentativo. Le presenti riflessioni, assolutamente condivisibili in linea astratta, pur tuttavia incontrano l'obiezione, formulata da altrettanto attenta dottrina[12], in quanto rischiano soprattutto di accantonare un'obiettiva differenza sussistente tra istigazione ed aiuto al suicidio laddove, mentre l'istigazione sicuramente incide sull'autoresponsabilità, quantomeno intensificando il proposito suicidario, al contrario l'aiuto al suicidio non produce alcun tipo di effetto sulle determinazioni assunte con piena libertà e consapevolezza. Il presente rilievo evidenzia, appunto, come sia proprio la fattispecie di aiuto al suicidio a porsi in aperto contrasto con il cardinale principio personalistico, rinvenibile *ex* art. 2 Cost.

2. Il "nucleo" dell'ordinanza Cappato: le violazioni costituzionali della fattispecie di aiuto al suicidio.

La questione sollevata dai giudici della Corte d'Assise di Milano, all'esito di una compiuta ricognizione dei profili di illegittimità costituzionale espressi, pone in dibattito, separatamente, tanto la fattispecie di aiuto al suicidio, nella parte in cui configura un'incriminazione prescindente da un contributo determinativo o, quantomeno, rafforzativo del proposito suicida, quanto l'ulteriore aspetto relativo ad un'inaccettabile equiparazione sanzionatoria delle differenti ipotesi sussistenti nell'art. 580 c.p. Assoluta centralità, negli sforzi ricostruttivi dei giudici meneghini viene, come già accennato, riservata alla corretta individuazione del bene giuridico tutelato dalla disposizione codicistica, rimarcando vigorosamente la trasmutazione da una concezione

---

costituisce oggetto legittimo anche in situazioni in cui il problema del suicidio si pone in concreto. Legittimo riflettere liberamente sui profili morali, e sulle varie posizioni espresse in materia; anche confortare chi pensa al suicidio, sulla moralità di tale scelta (ovviamente discutibile, ma legittimamente sostenibile)».

[11] In argomento, cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1995, p. 677, il quale considera il suicidio un atto lecito *tout court*, in quanto estrema manifestazione della personalità morale dell'uomo e quindi della sua libertà.

[12] In tal senso, cfr. A. MANNA, "*Il caso Cappato e il caso Tarantini alla luce del principio di autoresponsabilità (di cui all'art. 2 Cost.)"*, in *IV° Open Day U.C.P.I* dal titolo "*70 anni di (sana e robusta?) Costituzione*", Rimini, 8-9 giugno 2018. *Work shop* tematico dell'Osservatorio sulla Corte Costituzionale, relazione parzialmente confluita in A. MANNA, P. GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini, cit.*, p. 58 e ss. In argomento, alquanto interessante il riferimento a R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 10, p. 108, il quale, pur assumendo una posizione decisamente critica in relazione alla possibilità di addivenire ad una pronuncia di illegittimità *tout court* dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ciononostante rileva come «la prospettiva dell'ordinanza, fondata sulla libertà di autodeterminazione del soggetto risulta essere più moderata di quella che valorizza i profili della liceità del suicidio e del dominio causale del suicida. Mentre la prima, infatti, consente di distinguere tra istigazione e aiuto al suicidio, attribuendo un disvalore all'istigazione (con l'istigazione il terzo interferisce nel rapporto tra vita e aspirante suicida alterandolo e strumentalizzandolo, con il mero aiuto il terzo non interferisce in tale rapporto ma è strumento del suicida), la seconda potrebbe portare addirittura ad affermare la liceità non solo dell'aiuto, ma addirittura anche della stessa istigazione al suicidio».

spiccatamente "clerico-fascista", imperniata su di un'immutabile dimensione di sacralità ed indisponibilità della vita umana in relazione ai preminenti obblighi di ciascun individuo, verso una dimensione "costituzionalmente orientata" del medesimo diritto alla vita, principalmente desumibile dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 della Carta costituzionale. La peculiare rilevanza dell'affermazione del principio personalistico, attraverso la quale si perfeziona la prioritaria considerazione delle libere opzioni autodeterminative, si propone quale manifesto di una differente concezione della vita, diametralmente svincolata rispetto ad incisioni provenienti da fini eteronomi rispetto al suo titolare, cui deve ulteriormente aggiungersi l'inviolabile garanzia della libertà personale nei riguardi di indebite ingerenze dello Stato.
Poste tali solide fondamenta, diviene impellente un mutamento prospettico nella ricostruzione del bene giuridico tutelato dall'art. 580 c.p., che possa incentrare il fuoco protettivo sulla libertà di autodeterminazione del singolo. La possibilità di ricalibrare integralmente la tutela in chiave autoresponsabilizzante, la quale consente di effettuare opportune divaricazioni tra l'istigazione al suicidio, da un lato, e l'aiuto, dall'altro, incardinate sul rispetto del principio di ragionevolezza, ed, altresì, di escludere un'offesa al bene in tutte quelle circostanze in cui il mero ausilio non incida su un soggetto già precedentemente determinatosi al compimento dell'atto suicida, è stata posta in discussione da puntuali rilievi critici, avanzati da autorevole dottrina[13]. Tali pregevoli argomentazioni, incardinate sull'assunto in base al quale «Assumere l'autodeterminazione del singolo come oggetto di tutela è una rimodulazione dell'impianto di tutela, non un'interpretazione delle norme penali vigenti»[14], prediligono una peculiare lettura restrittiva (sulla quale avremo modo di focalizzare la nostra lente *funditus* nel prosieguo della trattazione)[15] della definizione contenutistica dell'art. 580 c.p., di tal guisa da evitare, altresì, un'indebita invasione della Consulta in prerogative di esclusiva attribuzione legislativa[16]. Riteniamo necessario anticipare in tale sede, pur preservando intatta deferenza nei confronti di tale ultima prospettazione, la nostra inclinazione in favore del percorso espositivo elaborato dalla Corte milanese, il quale ha indirizzato, quale sua naturale destinazione, alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale in rapporto a quelle condotte di agevolazione meramente materiale, che in alcun modo abbiano alterato il tragitto psichico prefigurato dal soggetto passivo, ponendosi in chiave eminentemente strumentale rispetto ad una deliberazione intrisa di crismi di autoresponsabilità[17].

---

[13] Cfr. D. PULITANÒ, *cit.*, p. 58 e ss., secondo il quale «che la libertà di autodeterminazione del singolo sia un elemento rilevante nell'ordinamento vigente, è ovvio e pacifico. Niente affatto ovvio, invece, un cambio di prospettiva che vi ravvisi il bene giuridico tutelato dal codice Rocco, in norme (artt. 579 e 580 c.p.) pensate (su ciò non c'è discussione) come modalità di tutela della vita».
[14] ID., p. 59.
[15] Cfr. par. 3.
[16] In questo senso, cfr. A. MASSARO, *cit.*, p. 18, la quale evidenzia come: «Le argomentazioni portate al riguardo dalla Corte di Assise di Milano propongono di spostare integralmente il fuoco di tutela dell'art. 580 c.p. sulla libertà di autodeterminazione del soggetto. L'impressione, tuttavia, è quella per cui in questo modo la Corte costituzionale invaderebbe il campo di azione riservato al legislatore, *a fortiori* dopo la scelta effettuata con la legge del 2017. A ciò si aggiunga che un intervento sull'art. 580 c.p., che, […] non distingue tra le "cause" del suicidio, determinerebbe una riscrittura della fattispecie ben oltre l'ambito applicativo delle pratiche di fine vita».
[17] In tema di autoresponsabilità, con particolare riferimento alle ipotesi di eutanasia attiva consensuale, pregevoli argomentazioni sono rinvenibili in G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 227, il quale rileva come l'ordinamento «escludendo che la volontà del singolo interessato possa valere a rendere lecita la condotta del terzo che determina o agevola

Nel "caso Cappato", è bene rimarcarlo, l'ordinanza di remissione ha radicalmente escluso, così contrapponendosi alla conformazione del capo d'imputazione, che le condotte poste in essere dall'imputato potessero essere ricomprese nel quadro di un rafforzamento della decisione suicidaria[18], resistendo unicamente il contegno agevolatore di carattere materiale, rappresentato dall'accompagnamento con l'automobile, presso la sede estera della clinica, per l'effettivo compimento del suicidio. Pertanto, non può omettersi, incidentalmente, di rilevare la criticità connessa all'imputazione in punto di effettiva sussistenza del nesso di derivazione funzionale, laddove l'attività concretamente posta in essere dall'imputato sembra presentare indubitabili contorni di fungibilità[19].

Ulteriore versante problematico è quello relativo alla radicale differenziazione che contraddistingue le condotte di aiuto rispetto a quelle istigatrici al suicidio, non corroborata da un'eguale divaricazione di carattere sanzionatorio: in merito, l'ordinanza Cappato ha riconosciuto la violazione degli artt. 3, 13, 25, comma 2 e 27, comma 3, Cost. sul precipuo presupposto in base al quale la mancata distinzione fra le condotte, nonostante l'incontrovertibile maggiore incisività

---

la morte su richiesta, muove dal presupposto che la salvaguardia della vita sia appunto un valore meritevole di essere affermato in ogni caso, anche a dispetto del punto di vista contrario di chi non vorrebbe più continuare a vivere», venendosi così inevitabilmente a configurare «una posizione paternalistica […] perché sceglie d'autorità ciò che è bene, o comunque preferibile per la società e per gli individui, prescindendo del tutto da dare rilievo alla prospettiva dell'autodeterminazione personale dei singoli».

[18] Cfr. Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, *cit.*, p. 3, che sottolinea come i contatti tra il Cappato e l'Antoniani cominciarono a svilupparsi in un momento successivo alla deliberazione di quest'ultimo di porre fine alla propria vita, deliberazione altresì assunta in piena autonomia, con il costante sostegno dei suoi cari e dopo aver verificato con numerosi consulti medici l'impossibilità di cura della sua malattia. A ciò deve aggiungersi che il Cappato in alcun modo condizionò o influenzò la decisione dell'Antoniani di recarsi in Svizzera per realizzare il proposito suicida, attraverso le modalità consentite in quello Stato, avendo al contrario prospettato la possibilità di farlo in Italia mediante l'interruzione delle terapie che lo tenevano in vita ed accertandosi fino all'ultimo della persistente volontà dello stesso. Da tali complessive considerazioni, deve quindi concludersi che la condotta di Marco Cappato non ha inciso sul processo deliberativo di Fabiano Antoniani in relazione alla decisione suicida, dovendo pertanto assolversi l'imputato dall'addebito di averne rafforzato il proposito.

[19] In argomento, cfr. P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, p. 28, il quale sottolinea che: «Sembra allora possibile una interpretazione del concetto di agevolazione che, senza procedere sulla sottile linea di confine tra atti preparatori ed atti esecutivi del suicidio, valorizzi il valore meramente solidaristico di condotte estranee alla sfera di formazione della volontà suicidaria e non costituenti antecedente causale necessario del suicidio (in tal senso "fungibili"), quali il mero accompagnamento o l'informazione all'aspirante suicida della clinica estera presso la quale è possibile praticare il gesto finale»; nonché, seppur con riguardo ad altro caso contraddistinto da molteplici analogie, cfr. C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, p. 308 e ss., la quale aderisce alla soluzione della fungibilità, evidenziando come l'art. 580 c.p. non si riferisca all'agevolazione *tout court*, evocando l'essenziale necessità che essa riguardi l'atto di esecuzione del suicidio, in modo tale da evitare imbarazzanti ed anche discutibili derive interpretative, inevitabili ove si pretenda di applicare il divieto penale a qualsiasi comportamento, anche abbondantemente pregresso, che sia sul piano materiale inserito nell'*iter* delle modalità seguite dall'aspirante suicida nell'organizzazione delle varie fasi della procedura. In senso difforme, cfr. F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, II, p. 31 e ss., il quale rileva come l'accompagnamento in auto costituisca la "*condicio sine qua non*" per la realizzazione nella sede prescelta del suicidio assistito, e la fungibilità del trasporto si configuri, di conseguenza, quale "mero sofisma" capace esclusivamente di spostare il problema della responsabilità, che verrebbe a riproporsi rispetto ad altro trasportatore inconsapevole.

dell'istigazione rispetto a meri contegni agevolatori, configuri un sicuro *vulnus* ai canoni di ragionevolezza, offensività e proporzione della pena. In tale *sedes materiae,* difatti, risulta altrettanto importante la rilevazione dell'inaccettabile irragionevolezza di equiparazione sanzionatoria[20] tra le due fattispecie, che avrebbe potuto definitivamente superarsi, in quanto questione "*coerente subordinata"* [21] rispetto a quella attinente all'illegittimità dell'aiuto al suicidio, laddove la Corte costituzionale avesse effettivamente optato per una pronuncia di accoglimento delle riserve di costituzionalità.

3. Tentativi di ermeneutica ricostruzione, in chiave costituzionalmente orientata, dell'art. 580 c.p.

Giunti al presente livello di avanzamento nella disamina, appare di peculiare momento l'enucleazione dei tentativi di ermeneutica ricostruzione dell'art. 580 c.p., teleologicamente diretti ad una complessiva configurazione normativa in chiave costituzionalmente orientata. In tale *humus* concettuale, assoluta centralità deve indubitabilmente riservarsi a quella conformazione interpretativa dell'aiuto al suicidio, emersa altresì di recente nella giurisprudenza di merito[22], ed

[20]In argomento, cfr. P. FIMIANI, *cit.*, p. 28, il quale sottolinea che: «Ad ogni buon conto, l'auspicata riforma dell'art. 580 c.p. nella fattispecie agevolativa appare indispensabile per il superamento dell'evidente irragionevolezza di equiparazione sanzionatoria con le condotte di determinazione e rafforzamento dell'intento suicidario […]». In senso critico, quanto alla differenziazione sanzionatoria tra le condotte di istigazione e quelle di aiuto, cfr. A. MASSARO, *cit.*, p. 18. L'A. rileva che: «Anzitutto, potrebbe non risultare del tutto irragionevole la parificazione tra la condotta di chi rafforza un proposito suicidario già esistente e chi procura all'aspirante suicida un potente barbiturico commercializzato solo all'estero. In secondo luogo (e soprattutto), una distinzione di questo tipo comporterebbe problemi di accertamento particolarmente significativi, posto che, specie in un processo motivazionale così complesso come quello che conduce a darsi la morte, è indubbiamente complicato individuare i contorni di un aiuto meramente materiale che non si traduca anche, sia pur indirettamente, in un supporto morale offerto all'aspirante suicida in un momento tanto doloroso. Si pensi, solo per restare alla vicenda da cui ha avuto origine il "caso Cappato", all'offerta di un passaggio in automobile fino al luogo scelto per il suicidio assistito. Vista la complessità dell'accertamento, forse, è preferibile lasciare la determinazione della pena in concreto alla discrezionalità del giudice, anziché ipotizzare cornici edittali già distinte sul piano legislativo».

[21]In questi termini, D. PULITANÒ, *cit.*, p. 72 e ss., il quale evidenzia come «la questione relativa alla pena si pone come una *coerente subordinata*, fondata sul medesimo parametro: il principio d'eguaglianza/proporzione» in tutti i casi nei quali l'incriminazione dell'aiuto al suicidio dovrebbe ritenersi illegittima. L'A. perviene all'individuazione, sul piano sanzionatorio, di «una soluzione interna al diritto penale, che non toccherebbe la questione di fondo, quella della valutazione del suicidio e dell'aiuto al suicidio», contrassegnata dalla divaricazione tra casi connotati o meno da grave sofferenza. Pertanto, «Là dove la strada del suicidio assistito sia stata scelta in condizioni estreme, nelle quali sarebbe stato legittimo il rifiuto di cure, la cornice edittale dell'art. 580 c.p. appare manifestamente sproporzionata, quanto meno nel minimo di cinque anni di reclusione. Soccorrono inoltre argomenti che portano in primo piano il nesso della risposta al reato con l'idea rieducativa[…]: le possibili motivazioni (buone intenzioni) del reo, l'impossibilità di accedere alla sospensione condizionale della pena, il disaccordo su un giudizio morale negativo verso chi abbia agevolato il suicidio di persona che lo chiedeva per porre fine a sofferenze gravissime»; viceversa, «Per quanto concerne casi non connotati da gravi sofferenze […] la questione dell'eventuale trattamento (precettivo e/o sanzionatorio) dell'aiuto al suicidio resta aperta sul piano della politica del diritto. Questioni relative all'opportunità del divieto, alla meritevolezza e al bisogno di pena, alla misura del punire, sono suscettibili di soluzioni differenziate, graduabili. […] Ad esser bisognoso di un radicale ripensamento è l'intero sistema delle risposte al reato, ben al di là di quanto ci si possa attendere dalla giurisprudenza costituzionale».

[22] Cfr. Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, p. 308 e ss., con nota di C. SILVA, *cit.* In particolare, la suddetta sentenza, ha precisato come la condotta tipica di aiuto al suicidio, *ex* art. 580

a cui la stessa Corte d'Assise di Milano ha rivolto lo sguardo, tesa a conferire penale rilevanza esclusivamente ai contributi di carattere materiale che incidano direttamente e funzionalmente sul momento esecutivo[23] dell'atto anticonservativo, in quanto manifestante una latente criticità riscontrabile nella punizione di condotte assolutamente indifferenti rispetto ad una volontà liberamente e scientemente deliberatasi. La presente configurazione, astrattamente foriera di un importante restringimento del campo applicativo dell'incriminazione per aiuto al suicidio, sembra, allo stesso tempo, non riuscire ad oltrepassare le riserve critiche afferenti tanto alla controversa divaricazione tra atti esecutivi ed atti, viceversa, meramente preparatori, quanto soprattutto all'ampia formulazione normativa, attualmente vigente, nel punto in cui l'inciso "*agevola in qualsiasi modo*" rende problematica per l'interprete l'esclusione di condotte agevolatrici volontarie, come nel "caso Cappato", comunque scientemente orientate alla realizzazione dell'atto suicida[24] (anche se del tutto ininfluenti sul tragitto psichico compiuto dall'aspirante suicida, *sic*!). È proprio questa una delle principali ragioni che ci hanno determinato a prediligere la strada di una pronuncia di illegittimità costituzionale *tout court* della fattispecie di aiuto al suicidio, la sola che sarebbe in grado di garantire un pieno ossequio alle libere opzioni autodeterminative.

Pur tuttavia, l'adesione ideologica all'impianto ermeneutico incentrato sulla decisiva rilevanza della fase *stricto sensu* esecutiva, ha condotto attenta dottrina ad interrogarsi se, in casi come

---

c.p., debba più precisamente circoscriversi in quella di "agevolazione dell'esecuzione del suicidio", rintracciabile solo in contegni che si connettano direttamente e strumentalmente all'attuazione materiale del suicidio e che prefigurino comunque condizioni di facilitazione dell'atto suicida.

[23] Sul punto, cfr. A. MASSARO, *cit.*, p. 21 e ss., la quale si mostra favorevolmente orientata nei riguardi di una soluzione che, per via interpretativa, restringa la nozione del concetto di aiuto al suicidio a quelle condotte che in qualche modo incidono sulla fase esecutiva, rilevando come nonostante «le evidenti difficoltà che deriverebbero dalla distinzione tra la fase meramente preparatoria e quella strettamente esecutiva del suicidio, […] La lettura restrittiva, nondimeno, avrebbe il pregio di assicurare una lettura della fattispecie più conforme ai principi di determinatezza e di offensività». In senso diametralmente antitetico, cfr. R.E. OMODEI, *cit*, p. 147, il quale rileva che: «Se risulta infatti pregevole lo sforzo di individuare una chiave di lettura della fattispecie astratta costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata, non si può negare che la dicitura della legge sia talmente ampia da non consentire all'interprete di escludere dal campo dell'agevolazione i contributi volontari consapevolmente indirizzati alla realizzazione del suicidio. La limitazione del penalmente rilevante ai soli contributi attinenti alla fase esecutiva rischia quindi di risultare arbitraria e contraria alla lettera della legge. Ciò è ancor più vero se si considerano le problematiche attinenti all'individuazione dell'inizio della fase esecutiva, e quindi all'ardua differenziazione tra atti preparatori, incapaci di aggredire il bene protetto, ed atti esecutivi». Ugualmente critico si mostra F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, II, p. 38 ss., secondo il quale, più che ad un'interpretazione restrittiva, si addiverrebbe in tal modo ad un'interpretazione abrogativa.

[24] Le presenti note critiche si rinvengono in R.E. OMODEI, *cit*, p. 147, il quale, attentamente, rileva che: «Se risulta infatti pregevole lo sforzo di individuare una chiave di lettura della fattispecie astratta costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata, non si può negare che la dicitura della legge sia talmente ampia da non consentire all'interprete di escludere dal campo dell'agevolazione i contributi volontari consapevolmente indirizzati alla realizzazione del suicidio. La limitazione del penalmente rilevante ai soli contributi attinenti alla fase esecutiva rischia quindi di risultare arbitraria e contraria alla lettera della legge. Ciò è ancor più vero se si considerano le problematiche attinenti all'individuazione dell'inizio della fase esecutiva, e quindi all'ardua differenziazione tra atti preparatori, incapaci di aggredire il bene protetto, ed atti esecutivi». Ugualmente critico si mostra F. MANTOVANI, *cit.*, p. 38 e ss., secondo il quale, più che ad un'interpretazione restrittiva, si addiverrebbe in tal modo ad un'interpretazione abrogativa.

quello in commento, la responsabilità dell'agevolatore non possa escludersi operando sulla tipicità, in quanto «Il concorso di persone rispetto ad un fatto lecito che non esprime disvalore deve essere interpretato in modo tale da attribuire rilevanza a quelle condotte che in qualche modo concorrono davvero al decorso causale che sta nelle mani dell'aspirante suicida e quindi alla vera e propria esecuzione materiale del suicidio»[25]. Tali premesse, assolutamente condivisibili in linea teorica, risultano, nondimeno, di alquanto intricata valorizzazione *de iure condito*. Viceversa, diviene alquanto interessante rivolgere la nostra attenzione ad autorevoli riflessioni dottrinarie le quali, reputando il problema di legittimità costituzionale eccessivamente allargato dalla Corte meneghina, ne ritengono possibile una riformulazione che ponga l'accento sulla specifica condizione di soggetti gravemente ammalati e dipendenti da terapie salvavita dagli stessi legittimamente rifiutabili[26]. «Tenere fermo il divieto nella situazione limite qui considerata appare difficilmente compatibile anche con il rispetto di rapporti umani, fra la persona gravemente sofferente e le persone vicine. Ritenere accettabile e preferibile la fine delle sofferenze, e quindi prestare aiuto al suicidio, può essere (e di fatto è, nei casi concreti di cui si viene a conoscenza) una valutazione coerente con sentimenti di affetto, solidarietà, *compassione*, una valutazione moralmente sostenibile da punti di vista che certo non possono accampare pretese d'assolutezza o di superiorità, ma fanno parte del contesto della nostra società pluralista»[27]. La presente strutturazione appare, di conseguenza, imprescindibilmente incardinarsi sul collegamento della non punibilità dell'aiuto al suicidio al rispetto di una determinata procedura, prefigurante il modello di una vera e propria "giustificazione procedurale"[28].

Purtuttavia, a nostro diverso avviso, il traguardo inerente ad un alquanto necessario mutamento prospettico nella considerazione delle ipotesi di agevolazione del proposito suicidario che non vadano ad intaccare una determinazione libera e consapevole, avrebbe potuto preferibilmente

---

[25] Così R. BARTOLI, *cit.*, p.107, il quale, in argomento, conclude: «Allora il contributo deve essere misurato sulla base del decorso causale e in questa prospettiva l'accompagnamento di un soggetto – per di più impossibilitato a deambulare autonomamente – in un luogo dove altri soggetti predisporranno gli strumenti affinché l'aspirante suicida si suicidi non può essere considerato tipico».

[26] In argomento, cfr. D. PULITANÒ, *cit.*, p. 71. L'A. esplicita che: «Nei casi in cui sarebbe *doverosa* (per il medico) *l'interruzione del trattamento rifiutato,* ancorché necessario, *quoad vitam*, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non risponde a una reale funzione di tutela della vita. In questo specifico caso ha senso parlare di *non offensività* dell'aiuto al suicidio, rispetto alla vita di chi lo abbia richiesto invece di chiedere (come pure avrebbe potuto) l'interruzione delle cure che lo tengono in vita. Sarebbe il principio d'uguaglianza/ragionevolezza il parametro costituzionale pertinente: l'incriminazione dell'aiuto al suicidio è irragionevole, priva di una reale funzione di tutela, ed anzi discriminatoria, nella parte in cui comprenda casi nei quali sarebbe doverosa l'interruzione di cure necessarie *quoad vitam*, rifiutate dall'interessato». Sulla medesima linea concettuale si pongono le riflessioni di A. MASSARO, *cit.*, p. 17, la quale ritiene che «Una delle difficoltà derivanti dalla formulazione attuale degli artt. 579 e 580 c.p., in effetti, è la mancata valorizzazione delle "cause" dell'omicidio del consenziente o del suicidio e, in particolare, l'indifferenza legislativa a fronte della decisione di darsi la morte per porre fine alle sofferenze derivanti da una grave e irreversibile patologia. Volendo banalizzare, la condotta di chi decide di gettarsi da un ponte dopo l'ennesima delusione amorosa è giuridicamente parificata a quella di chi assume un potente barbiturico perché non più in grado di sopportare le sofferenze derivanti dall'aggravarsi di una distrofia muscolare progressiva».

[27] In questi termini, D. PULITANÒ, *cit.*, p. 71 e ss.

[28] In argomento, cfr. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim.*, il quale profila un inquadramento sistematico del concetto di giustificazione procedurale, inserendovi specifici riferimenti al vuoto di tutela nella formulazione attuale dell'art. 580 c.p.

tagliarsi per il tramite dell'accoglimento dell'ordinanza di rimessione in seno alla Consulta, comportante l'ineludibile precipitato dell'integrale riaffermazione delle istanze autodeterminative. Detto in altri termini, solo una globale rimozione della fattispecie criminosa dell'aiuto al suicidio avrebbe potuto conseguire l'effetto di compiuta rivalutazione delle opzioni promananti da soggetti assolutamente in grado di originare processi decisionali liberi e consapevoli, preservandosi inalterata, allo stesso tempo, la possibilità di considerare penalmente rilevante qualsivoglia contegno incisivo, in chiave determinativa o anche meramente rafforzativa, sulla volontà dell'aspirante suicida (anche, e peculiarmente, qualora versi in condizioni di vulnerabilità), mediante la riferibilità alla differente ipotesi di istigazione al suicidio.

4. Il progressivo ampliamento delle maglie del "diritto a morire": dalla giurisprudenza della Corte EDU alla legge n. 219/2017.

Prima di addivenire alla conclusione del nostro percorso espositivo, inevitabilmente contrassegnato dall'impossibilità di annotare una compiuta risoluzione delle criticità connesse alle ipotesi di aiuto al suicidio, preme rimarcare un altro importante aspetto emergente dall'incedere argomentativo dei giudici milanesi, cioè a dire quello afferente alla ricostruzione del percorso evolutivo, scandito attraverso posizioni di progressivo ampliamento delle maglie del "diritto a morire", registratosi all'interno delle decisioni della Corte EDU. Imprescindibile punto di partenza, per le tematiche che qui ci impegnano, è rappresentato dalla pronuncia Pretty c. Regno Unito[29] del 2002: in tale circostanza, la Corte di Strasburgo aveva assunto un orientamento di ermetica chiusura in relazione ad un possibile riconoscimento del diritto di libera determinazione circa l'interruzione della propria esistenza, poiché ritenuto in aperto contrasto con l'art. 2 C.E.D.U., il quale non avrebbe potuto generare «*un diritto all'autodeterminazione nel senso che darebbe ad ogni individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita*». Inoltre, nel medesimo solco concettuale, veniva rimarcato come il diritto di ciascun individuo di fronte ad arbitrarie ingerenze delle autorità pubbliche, garantito *ex* art. 8 C.E.D.U., dovesse immancabilmente prestarsi ad un bilanciamento con il diritto alla vita, esprimendo la Corte la necessità di tutelare prioritariamente le persone più deboli e vulnerabili; tale *ratio*, fondante la predetta decisione, potrebbe già intendersi quale implicita divaricazione di spazi autodeterminativi a vantaggio di quei soggetti che non abbisognino di peculiari contegni protettivi[30]. La dimensione progressista della Corte EDU ha, però, manifestato contorni contrassegnati da maggiore nitidezza in due sentenze successive: con la prima, Haas c. Svizzera[31],

[29] Corte EDU, Sez. IV, 29 aprile 2002, Pretty v. Regno Unito, in *hudoc.echr.coe.int.* Il caso atteneva alla decisione di Diane Pretty, paralizzata e sofferente a causa di una malattia degenerativa incurabile (SLA), di porre fine alla propria vita mediante la somministrazione di una sostanza letale, a cui avrebbe provveduto il proprio marito. La donna, avendo ricevuto diniego dalla Procura inglese rispetto all'ottenimento di una dichiarazione con cui la magistratura si fosse impegnata a non procedere nei confronti del marito, decise di rivolgersi alla Corte EDU. I giudici di Strasburgo ritennero tuttavia infondato il ricorso, in quanto non risultava violata alcuna norma della Convenzione.

[30] Sul punto, cfr. Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, *cit.*, p. 10.

[31] Corte EDU, Sez. I, 20 gennaio 2011, Haas v. Svizzera, in *hudoc.echr.coe.int*. La pronuncia aveva ad oggetto un caso in cui il ricorrente, Ernst Haas, affetto da gravi problemi di bipolarismo ed intenzionato a suicidarsi, aveva lamentato la violazione della C.E.D.U. da parte della normativa svizzera la quale, pur prevedendo la possibilità di suicidio assistito, subordinava l'ottenimento della sostanza letale ad una prescrizione medica rilasciata a seguito di un esame psichiatrico approfondito. La Corte propese per

si delinea già chiaramente il diritto individuale, sorretto da libertà autodeterminativa e capacità di discernimento, di poter decidere i mezzi ed il tempo in cui poter terminare la propria vita, inteso quale specifica applicazione del diritto al rispetto della vita privata (art. 8), seppur ancora ristretto entro l'obbligo di protezione dell'imprescindibile diritto alla vita, posto in capo agli Stati, con riferimento specifico alle situazioni contrassegnate da imponente vulnerabilità. Tuttavia, è con la pronuncia Gross c. Svizzera[32], che viene portato a definitivo compimento il processo di riconoscimento del «*diritto di un individuo di decidere il mezzo ed il momento in cui la vita debba finire*», ancora intimamente connesso al rispetto della vita privata. Non appare, difatti, controvertibile il rilievo in base al quale possiamo ormai classificare come pregnante il riconoscimento, operato dalla Corte di Strasburgo, di un diritto a morire[33]. Nel medesimo solco

---

l'infondatezza del ricorso, argomentando come la previsione della prescrizione medica per il rilascio di un farmaco letale risultasse assolutamente conforme al dovere di protezione delle persone, gravante sugli Stati, in relazione all'art. 2 C.E.D.U. Su tale decisione, importanti le riflessioni di A. COLELLA, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 CEDU discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, *passim*.

[32] Corte EDU, Sez. II, 14 maggio 2013, Gross v. Svizzera, in *hudoc.echr.coe.int.* Il caso affrontato e risolto dalla Corte riguardava un'anziana donna, Alda Gross, la quale pur non risultando affetta da alcuna patologia, aveva manifestato la volontà di ottenere una dose letale di farmaci, mediante prescrizione, per poter porre fine alla propria esistenza. La predetta richiesta venne rigettata dalle autorità svizzere, in quanto ritenuta non corroborata dalla sussistenza di una malattia terminale in grado di giustificare la prescrizione. La Corte EDU decise per la fondatezza del ricorso della donna, evidenziando come la legge svizzera, pur offrendo la possibilità di ottenere una dose di *pentobarbital* su prescrizione medica, non risultava provvista delle necessarie *guidelines* che potessero assicurare chiarezza in ordine all'estensibilità di tale diritto. In merito a tale decisione, cfr. C. PARODI, *Una Corte divisa su una materia divisa: una pronuncia di Strasburgo in materia di suicidio assistito*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 2013, *passim;* nonché P. FIMIANI, *cit.*, p. 24, secondo il quale «Per la Corte, quindi, il diritto al suicidio può essere riconosciuto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, quale corollario del diritto al rispetto della vita privata, ma la necessità di un suo bilanciamento con il diritto alla vita previsto dall'art. 2 richiede l'individuazione di una disciplina idonea a "salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili, specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa da atti volti a porre fine all'esistenza o aiutare a morire" (caso Pretty), prevedendo altresì "delle esaustive e chiare linee guida" (caso Gross) per regolare il diritto al suicidio in ogni suo aspetto».

[33] In questo senso, cfr. A. MANNA, *"Il caso Cappato e il caso Tarantini alla luce del principio di autoresponsabilità (di cui all'art. 2 Cost.)"*, *cit.* Sul medesimo tema, maggiori perplessità possono cogliersi in A. MASSARO, *cit.*, p. 12 e ss., secondo la quale «Sebbene il giudice *a quo* mostri di valorizzare ampiamente le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non sembra che alle stesse possa attribuirsi una valenza decisiva. L'atteggiamento complessivo della Corte EDU in riferimento a tematiche "eticamente sensibili", in effetti, sembra quello di "rispettare" le scelte dei singoli ordinamenti nazionali attraverso la "clausola del margine di apprezzamento". Per ciò che attiene al suicidio assistito, si sta affermando l'idea per cui l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) comporti anche il diritto del singolo di decidere il mezzo e il momento in cui la propria vita debba terminare, senza intromissione alcuna da parte delle pubbliche autorità: lo stesso art. 8 CEDU, almeno a certe condizioni, consente però allo Stato di considerare "illecite" forme di aiuto esterno rispetto a tale deliberazione». Queste premesse conducono l'A. verso una conclusione in base alla quale, anche la stessa sentenza Gross c. Svizzera, «lungi dal riconoscere la sussistenza di un vero e proprio diritto al suicidio, […] richiede che, negli ordinamenti che abbiano optato per una disciplina del suicidio assistito, le condizioni che regolano la procedura siano chiaramente espresse dal legislatore. Si tratta di considerazioni che, altrimenti detto, non possono estendersi automaticamente a quegli Stati che, esercitando il proprio legittimo "margine di apprezzamento", abbiano optato per una illiceità delle pratiche in questione». In senso ancor più decisamente avversativo, cfr. R. BARTOLI, *cit.*, p. 106. L'A. sostiene, difatti, che: «si deve osservare come rispetto al caso Cappato non possa operare la giurisprudenza della Corte EDU, in quanto riguarda

ideologico, come rettamente riconosciuto dalla Corte d'Assise di Milano, devono altresì collocarsi gli approdi confluiti nella disciplina di cui alla legge n. 219/2017, recante "*norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*"; difatti, se da un lato è incontestabile l'orientamento di chiusura nei confronti del "suicidio assistito" preservato dal legislatore nostrano, dall'altro non può mancarsi di accentuare l'introduzione, disciplinata *ex* art. 2, comma 2, della possibilità per il medico, nelle circostanze in cui si riscontrino sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, e con il consenso del paziente, di "accompagnare" il soggetto verso la morte ricorrendo alla *sedazione palliativa profonda continua*, in associazione con la *terapia del dolore*. Deve a ciò addizionarsi l'astensione, imposta al medico, da un'irragionevole ostinazione nelle cure e dal ricorso a trattamenti sproporzionati e privi di alcuna utilità, in tutte le ipotesi in cui le condizioni del paziente si mostrino particolarmente prossime alla morte. Una tale conformazione legislativa disvela un atteggiamento di più consistente apertura nei confronti del diritto di ciascuna persona di poter definire il contesto temporale e modale in cui porre fine alla propria esistenza[34], divenendo oramai irrefutabile l'osservazione secondo la quale «*Il fatto che non sia possibile sindacare le ragioni per cui una persona addiviene a questa scelta, è chiaro riconoscimento dei principi stabiliti dagli artt. 2 e 13 della Costituzione, in forza dei quali la libertà di ogni persona a disporre della propria vita non può essere limitata per fini eteronomi*»[35]. Le riflessioni fin qui svolte, spalancano altresì le porte ad un delicatissimo orizzonte tematico, afferente all'eventualità di poter compiutamente configurare la sussistenza di un vero e proprio "*diritto*" a morire. Sul punto, pur rivolgendo la massima attenzione nei confronti di una declinazione in termini di "*libertà*"[36] di morire, da intendersi quale conseguenza negativa della

situazioni diverse da quella sottoposta alla Corte costituzionale. Inoltre, là dove si volesse ritenere pertinente il richiamo giurisprudenziale, tuttavia la giurisprudenza a cui si deve fare riferimento non può essere la più recente, relativa a soggetti "non vulnerabili", ma quella più risalente, concernente soggetti "vulnerabili", la quale, riconosce agli Stati il potere di limitare l'aiuto al suicidio, disciplinandolo mediante procedure al fine di scongiurare rischi di strumentalizzazioni».

[34]Per argomentazioni di segno antitetico, cfr. C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, 12, p. 127. L'A. evidenzia come dalla legge in commento non possa desumersi «nessuna apertura a un inesistente *diritto di morire*», quanto, invece, esclusivamente «la formalizzazione di un diritto di rifiutare *tutte* le cure (anche vitali), in ossequio al principio secondo cui si può essere sottoposti a una determinata terapia (operando una scelta sull'*an* ma anche sul *quomodo* della stessa) *solo* in presenza di un consenso informato»; nonché, la pregevole relazione di S. CANESTRARI, intervenuta nell'ambito del Seminario preventivo dal titolo "*Il "caso Cappato" davanti alla Corte Costituzionale,* Bologna, 12 ottobre 2018, in *www.penalecontemporaneo.it,* nell'ambito della quale l'A. ha ritenuto non prefigurabile, sulla base del contenuto della Legge 219/2017, alcun consacrato diritto di ciascun individuo in merito alla determinazione su quando e come porre fine alla propria esistenza.

[35]Così, condivisibilmente, Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, *cit.*, p. 13.

[36] In tal senso, cfr. F. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2018, *passim.*, la quale, con peculiare riferimento alla legge 219/2017, argomenta come la novella legislativa «non chiama in causa il diritto di morire, ma la libertà (di fatto) di morire come conseguenza negativa del non sottoporsi a trattamenti terapeutici»; nonché, con accezione terminologica afferente al diritto al suicidio, R.E. OMODEI, *cit.*, p. 151 e ss.. L'A. sottolinea che: «Lo stato dell'arte della nostra legislazione, infatti, riletta alla luce della lente di cui all'art. 32 Cost., non permette di desumere dal diritto a non subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà un problematico diritto al suicidio; […] Pur quindi risultando coerenti con l'ordinamento le condotte di disponibilità indiretta del bene vita, per il tramite della facoltà di rifiutare qualsiasi trattamento medico, non può dalle stesse logicamente desumersi la rilevanza di diritto delle condotte di disponibilità

mancata sottoposizione a trattamenti terapeutici, ci sentiamo, tuttavia, di poter condividere l'autorevole prospettazione ideologica che reclama una derivazione costituzionale del presente diritto, rinvenibile *ex* art. 32 Cost., il quale, incardinando prioritariamente la salute come diritto individuale e, solo in via subordinata, quale interesse della collettività, e, ancor di più, ricollegando l'obbligatorietà di trattamenti sanitari ad una riserva di legge, intesa solo in relazione a malattie diffusive, pare segnare la strada al riconoscimento del diritto a non curarsi, comprensivo del *diritto* a morire[37]. Tale approdo, peraltro, sembra essere ulteriormente corroborato proprio dalle spinte aperturiste, appena richiamate, in seno tanto alla Corte EDU, quanto da parte del nostro legislatore.

5. Un'occasione mancata dalla Consulta: l'aiuto al suicidio ancora "*tra color che son sospesi*".

In attesa di scandagliare le motivazioni dell'ordinanza, con la quale la Corte costituzionale ha deciso di rinviare la trattazione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. all'udienza del 24 settembre 2019, il comunicato stampa del 24 ottobre 2018 offre già la possibilità di tratteggiare taluni profili di palmare rilevanza. Difatti, se da un lato la Consulta non ha potuto fare a meno di esprimere un giudizio di inadeguatezza dell'attuale assetto normativo in materia di fine vita, per quanto attiene alla tutela di determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione, dall'altro la richiesta di intervento rivolta al Parlamento non può non prefigurare, quantomeno ai nostri occhi, i contorni di un'occasione mancata. La Corte decide, in tal modo, seppur temporaneamente e facendo comunque trasparire la propria valutazione della normativa vigente, di passare, ci sia consentita la metafora calcistica, la palla al legislatore, non imboccando direttamente alcuna delle strade che il "bivio" imponeva di percorrere e, di conseguenza, protraendo la sensazione di permanenza in una sorta di limbo della fattispecie di aiuto al suicidio.

Non v'è dubbio che sull'opzione maturata in seno alla Consulta possano aver influito delicati profili di ordine politico[38], probabilmente enfatizzati dal timore del consequenziale vuoto di tutela

---

diretta del medesimo bene, dovendosi concludere infine per l'impossibilità di fondare un vero e proprio diritto al suicidio sul diritto al rifiuto di cure», approdando, altresì, alla considerazione in base alla quale «si potrebbe qualificare l'atto autolesionista alla stregua di una mera libertà, ossia di una posizione di liceità giuridica non sorretta, tuttavia, da corrispondenti pretese di non-impedimento […]».

[37] In questi termini, A. MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione od aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, Giappichelli, 2007, p. 202 e ss.; nonché F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, p. 1601 e ss. Ancora, in senso conforme, prezioso il rinvio a M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, p. 14. L'A., con riferimento ai celebri casi Welby ed Englaro, rileva: «Per quanto in Italia non sia stato adeguatamente rilevato, il caso Welby e il caso Englaro non sono due esempi del diritto a un aiuto nel morire, ma del diritto di morire. Se è consentito rifiutare trattamenti salvavita in corso di esecuzione (caso Welby), e ciò senza alcun obbligo di motivare il rifiuto, si possiede già il diritto di morire grazie all'aiuto di un medico. Non consiste ciò nel *right to die*, nel diritto alla morte?». In chiave decisamente antitetica, cfr. S. AMATO, *Eutanasie: il diritto di fronte alla fine della vita*, Giappichelli, 2015, p. 107 e ss.

[38]Per un primissimo commento, relativo al comunicato di rinvio emesso dall'ufficio stampa della Corte costituzionale, cfr. E. GRANDE, *La decisione di non decidere della Consulta nel caso Cappato: vizio o virtù?*, in *www.temi.repubblica.it*, 29 ottobre 2018, *passim.*, la quale domandandosi «Che significato riveste una tale pronuncia in termini istituzionali? Si tratta di una rinuncia, sia pur temporanea, della Corte a svolgere un compito tecnico-giuridico affidatole dalla Costituzione o invece di una presa d'atto del ruolo

che avrebbe potuto derivarne. Nondimeno, reputiamo che, nella specifica *sedes materiae*, l'usbergo dell'"*horror vacui*", rifuggente un'eventuale declaratoria di incostituzionalità delle ipotesi di aiuto al suicidio, disveli tutta la propria infondatezza nel punto in cui la medesima pronuncia verrebbe a tradursi in un'incontrastata predilezione in favore delle istanze costituzionali di autodeterminazione personale[*].

---

necessariamente politico del giudice delle leggi, che evita per quanto gli è possibile un'invasione di campo nella sfera politico-legislativa?», conclude rilevando come «Sospendere il proprio giudizio in attesa che il legislatore si pronunci su una questione politicamente assai sensibile è ciò che ha fatto anche la nostra Corte Costituzionale, esercitando – come dicono gli americani – una "virtù passiva", per indicare come l'autolimitazione, ossia il decidere di non decidere, per il giudice delle leggi possa essere ad un tempo fonte di legittimazione per se stesso e di opportuno stemperamento di un possibile conflitto politico». In senso fortemente critico, viceversa, si orientano le argomentazioni di L. LABRUNA, *I giudici e il caso Cappato*, in *www.napoli.repubblica.it*, 5 novembre 2018, *passim.*, secondo il quale «Tra le infinite tipologie decisorie creativamente escogitate dalla Consulta, non ne mancano di utilizzabili per dare subito "adeguata" ed "equilibrata" tutela a quelle situazioni "costituzionalmente meritevoli di protezione" che i giudici hanno costatato esserne prive e che tali hanno lasciato certo per più di un altro anno. Anche i rinvii non indispensabili violano i principi del giusto processo ed equivalgono a "denegata giustizia". Per tutti. Ma specialmente per gli imputati, sino a sentenza definitiva "non colpevoli".

[*] Il deposito delle motivazioni dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, intervenuto in fase di correzione delle bozze, non sembra poter prefigurare un significativo superamento delle criticità dianzi riscontrate. La Consulta, difatti, reputa la tesi della Corte rimettente non condivisibile nella sua assolutezza, non potendo ritenersi l'incriminazione dell'aiuto al suicidio incompatibile con la Costituzione, in quanto posta soprattutto a presidio delle persone più deboli e vulnerabili. Tuttavia, l'incedere argomentativo conduce la Corte costituzionale a considerare specifiche situazioni, nelle quali il soggetto agevolato si identifichi in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». Entro tale specifico ambito «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive». La Corte, pur rifiutandosi temporaneamente di pervenire ad una declaratoria di incostituzionalità, anche solo parziale, della fattispecie di aiuto al suicidio, disvela la propria adesione al modello di collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura. Al fine di evitare che la norma possa trovare, *in parte qua*, applicazione *medio tempore*, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità, la Consulta ritiene «di dover provvedere in modo diverso, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio *a quo*. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerati rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa *in parte qua*». Il complesso motivazionale esplicitato dalla Corte non può che condurci, in questa sede, a ribadire, riportandoci a quanto già manifestato *funditus* in precedenza, una persistente insoddisfazione per la mancata declaratoria di incostituzionalità *tout court* della fattispecie di aiuto al suicidio. Tale fattispecie, in attesa di un apposito intervento parlamentare, finisce viceversa per divenire protagonista di un nuovo ed alquanto ambiguo strumento decisorio approntato dalla Corte, definibile ad «incostituzionalità differita».

Sul principio di offensività come limite normativo al concorso di persone nel reato

di ***Piergiorgio Gualtieri*** *(Dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi "Roma Tre")*

Secondo la Procura di Milano, una volta interpretata in senso restrittivo l'agevolazione «in qualsiasi modo» del suicidio, le condotte meramente preparatorie non potrebbero essere qualificate come frammenti di un'offesa tipica realizzata dal contributo di una pluralità di soggetti, proprio perché, sul punto, tra il principio di offensività dell'illecito penale e la disciplina italiana del concorso di più persone nel reato vi sarebbe una relazione di incompatibilità. Il saggio cercherà di analizzare nel dettaglio la proposta interpretativa dei pubblici ministeri nel più ampio contesto di un approccio sistematico, a ben vedere del tutto assente nella richiesta di archiviazione

The relationship between the offence principle and the Italian rules on the complicity, according to the Milan Public Prosecutor's Office, is based on functional incompatibility because otherwise the preparatory act of the suicide aid would be punished. The essay will try to analyze the interpretation of the public prosecutors in the broader context of a systematic approach.

Sommario: **1.** L'incompatibilità tra il principio di necessaria offensività dell'illecito penale e la disciplina del concorso eventuale nel delitto di istigazione o aiuto al suicidio nella richiesta di archiviazione della Procura di Milano – **2.** Difficoltà sistematiche – **3.** Tipicità e specialità delle norme sul concorso di più persone nel reato – **3.1.** Dal concorso di più persone nel reato al concorso di più persone in un'offesa tipica – **3.2.** La rilevanza delle condotte preparatorie nel sistema italiano del concorso di persone – **4.** «Fatto» e «condotta» nella struttura del c.d. reato impossibile e del concorso di «minima importanza» – **5.** Conclusioni

1. L'incompatibilità tra il principio di necessaria offensività dell'illecito penale e la disciplina del concorso eventuale nel delitto di istigazione o aiuto al suicidio nella richiesta di archiviazione della Procura di Milano

La disciplina italiana del concorso di più persone nel medesimo reato – secondo la definizione testuale ricavabile dall'art. 110 c.p. – reinterpretata dalla dottrina più attenta come ipotesi di concorso in una medesima offesa tipica[1], rappresenta, forse, lo snodo più interessante di una serie, particolarmente ampia, di proposte interpretative che si registrano ormai da alcuni anni. Ultima e

[1] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, Giappichelli, 2015, pp. 120-121. Per alcune interessanti osservazioni sulla sistematica delle forme di manifestazione del reato nell'ambito dei principi costituzionali che disciplinano il diritto penale italiano cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, 2001, p. 41 sgg..

non per importanza, quella della Procura di Milano sulla relazione sistematica tra il principio di necessaria offensività e le norme sul concorso di persone nell'ambito della vicenda che ha coinvolto Marco Cappato nell'aiuto al suicidio di Fabiano Antoniani.
L'impostazione teorica si presenta, a prima vista, a dir poco originale perché, una volta (re)interpretato l'enunciato normativo della fattispecie incriminatrice di istigazione o aiuto al suicidio, nella parte in cui sottopone a pena chiunque agevola in qualsiasi modo l'esecuzione dell'atto suicidario, in senso restrittivo rispetto al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità che ne offre una lettura estensiva e particolarmente lata in modo da abbracciare qualsiasi condotta causalmente connessa con l'atto suicida[2], postula una autentica incompatibilità tra la disciplina del concorso di persone nel reato e l'art. 580 in relazione a tutte quelle condotte meramente preparatorie – così definite perché si pongono in un momento logicamente antecedente alla fase esecutiva dell'aiuto al suicidio che, secondo la proposta interpretativa in esame, dovrebbe essere individuata, nel caso di specie, con l'inserimento nel sondino della sostanza mortale[3] – ed in quanto tali inidonee a cagionare un'offesa penalmente rilevante, più precisamente incapaci di ledere – o di ledere solo marginalmente – l'interesse tutelato dall'art. 580.
La nuova[4] fattispecie di aiuto al suicidio, in altre parole, circoscrivendo la condotta agevolatoria alla sola fase esecutiva e "finale" in senso stretto, implicherebbe, in via diretta, l'irrilevanza penale delle condotte preparatorie, meramente strumentali e temporalmente prossime alla fase esecutiva quali, ad esempio, il trasporto in macchina da un luogo all'altro ovvero l'assistenza e la partecipazione alle «cosiddette "prove" di suicidio» perché del tutto atipiche rispetto al nuovo modello di comportamento disciplinato all'art. 580 e, indirettamente, l'impossibilità di qualificare queste condotte preparatorie come elementi costitutivi di una nuova fattispecie incriminatrice implicitamente ricavabile per via inferenziale da una interpretazione sistematica degli artt. 110 ss. con la singola norma di parte speciale proprio perché il principio di offensività imporrebbe di escludere l'applicabilità dell'istituto concorsuale a questa specifica fattispecie, altrimenti sanzionando condotte che si collocano in una fase molto distante da quella effettivamente lesiva del bene giuridico protetto[5]: l'aiuto al suicidio, secondo la Procura di Milano, infatti, sarebbe strutturato come una forma di concorso nel fatto lesivo – il suicidio altrui – e non costituirebbe pertanto lesione diretta del bene giuridico tutelato (la vita)[6].

---

[2] Procura di Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017, p. 7.
[3] Procura di Milano, Richiesta di archiviazione, cit., p. 8.
[4] Non è possibile affrontare nel dettaglio la questione, di rilievo sistematico, se la proposta della Procura di Milano assuma, dal punto di vista teorico-generale, l'aspetto di una "semplice" scelta interpretativa o, piuttosto, di una "autentica" creazione di una norma nuova. Sui diversi momenti che caratterizzano l'attività interpretativa per ricavare dalle disposizioni una o più norme espresse o creativa di norme implicite cfr. P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, 2007, cap. II; E. DICIOTTI, *L'individuazione di norme espresse e inespresse tramite l'interpretazione teleologica della legge*, in *Analisi e diritto*, Marcial Pons, 2013, p. 249 sgg.; R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1985, 11, p. 8 sgg.; G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir*., 2013, 1, p. 77 sgg.; G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, 2008, pp. 221 sgg., 319 sgg..
[5] Procura di Milano, Richiesta di archiviazione, cit., p. 8.
[6] Per più ampie considerazioni critiche sul punto cfr. A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle Leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont*., 14 giugno 2018, pp. 21-23.

La Corte costituzionale, come noto, ha rinviato la trattazione della questione di legittimità dell'art. 580 c.p. all'udienza del 24 settembre 2019 per consentire al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina in relazione ad un assetto normativo, quello attuale sul "fine vita", che lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti[7]. Da più parti si riteneva però che la questione potesse agevolmente risolversi per via interpretativa, proprio attribuendo rilevanza centrale al principio di necessaria offensività, senza giungere a dichiarare la norma costituzionalmente illegittima nella parte relativa alle condotte di mero aiuto materiale.

2. Difficoltà sistematiche

I profili critici sono diversi e spaziano trasversalmente da questioni legate alla struttura interna della richiesta di archiviazione per concludere con una proposta interpretativa da cui discende, a ben vedere, una profonda incoerenza del sistema, almeno dal punto di vista del diritto penale sostanziale. Anzitutto, se lo scopo generale della motivazione – si badi, di qualsiasi motivazione, indipendentemente dall'esistenza di un autentico obbligo giuridico sottoposto a sanzione in caso di relativa inosservanza – risponde alla necessità di garantire trasparenza e controllo dell'argomentazione perché, come è stato efficacemente sottolineato, sia pure in relazione alla sentenza giudiziale, i motivi funzionano come «*essai de persuasion*»[8], tutto può dirsi tranne che dalla richiesta di archiviazione si possa realmente comprendere la portata sistematica di questa presunta incompatibilità tra il principio di offensività e gli artt. 110 ss. alla stregua dell'attuale diritto positivo, trascurando del tutto l'ambito applicativo e, per così dire, strutturale della disciplina italiana del concorso di più persone nel reato. Se, come emerge dall'analisi sistematica delle disposizioni generali, l'elemento costituivo della disciplina del concorso di più persone nel reato è rappresentato da qualsiasi contributo all'offesa tipica "circostanziato" dalla consapevolezza che l'altrui comportamento, insieme al proprio, contribuisca a porre in essere una lesione penalmente rilevante[9], qualora si decidesse di fare perno sulla necessaria offensività dell'atto «atipico» di partecipazione per selezionare a monte i contributi concorsuali tipici e come parametro di legittimità, se ne dovrebbe ricavare, per coerenza, l'incostituzionalità, se non di tutta, quantomeno di buona parte[10] della disciplina italiana di cui agli artt. 110 ss. dal momento che, si ripete, alla stregua dell'attuale diritto positivo, anche le condotte meramente preparatorie risultano penalmente rilevanti in ipotesi di realizzazione concorsuale di un'offesa tipica, anche solo tentata, almeno per quanto riguarda il versante oggettivo della fattispecie incriminatrice, a sua volta speciale[11] rispetto alla corrispondente figura monosoggettiva. Muovendo da queste premesse, allora, l'intervento della Corte costituzionale dovrebbe condurre a invalidare (anche) quelle norme sul concorso di persone che qualificano come elementi di fattispecie[12] condotte che,

[7] Corte cost., 16 novembre 2018 (ud. 23 ottobre 2018) n. 207.
[8] F. CORDERO, Stilus curiae *(Analisi della sentenza penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1986, 1, p. 26.
[9] M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1957, p. 123.
[10] Così A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle Leggi*, cit., p. 23.
[11] Sull'elemento specializzante come requisito negativo implicito della fattispecie generale, che postula l'esclusività del fatto dal punto di vista della disciplina applicabile, cfr., per tutti, M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, vol. I, Giappichelli, 2006, p. 221 sgg..
[12] Come sottolineato dallo stesso M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., pp. 9, 26, al quale viene attribuita la paternità della distinzione, la presenza degli artt. 111, 112, 114 e

singolarmente considerate, non assumerebbero neanche la dignità di atti costitutivi di una autonoma fattispecie di tentativo secondo i requisiti strutturali di cui all'art. 56 c.p., e cioè condotte sostanzialmente inidonee a costituire un pericolo attuale e concreto di un'offesa ingiusta.
In secondo luogo, l'interferenza tra il principio di necessaria offensività e la disciplina del concorso di persone, sempre dall'angolo visuale della Procura di Milano, risente della atavica ritrosia della giurisprudenza ad indagare analiticamente lo statuto normativo del principio di offensività per come disciplinato all'art. 49, secondo comma – dai più identificato come la base normativa e quindi come la "fonte" della necessaria offensività dell'illecito penale[13], sia pure di rango ordinario – posto che interrogarsi sulla figura di qualificazione del c.d. reato impossibile e sulla relativa struttura, se riferita anzitutto alla sola condotta o piuttosto all'intero fatto al completo di tutti i suoi elementi essenziali, oggettivi e soggettivi, lungi dall'assumere i tratti del mero dogmatismo, presenta conseguenze di notevole rilievo sul piano applicativo[14].
Se, come sembra emergere da una interpretazione sistematica delle disposizioni sul concorso di persone, anche gli atti preparatori rientrano nella disciplina penalistica – è bene insistere, almeno sul piano della fattispecie oggettiva dell'illecito concorsuale – nel senso che rilevano condotte incapaci di ledere o mettere in pericolo l'interesse tutelato se prese nella loro individualità anziché come frammenti di un'unica offesa tipica, verrebbe da chiedersi inoltre come risolvere l'eventuale antinomia tra gli artt. 49, secondo comma e 114, qualora ovviamente si limitasse l'ambito applicativo della prima norma alla sola condotta, dal momento che entrambe le disposizioni offrirebbero per la medesima situazione uno spettro di disciplina dagli effetti reciprocamente incompatibili: la non punibilità da un lato – secondo l'*incipit* dell'art. 49, secondo comma – e la punibilità, sia pure attenuata, dall'altro. E non sembra possa esservi alcun dubbio che alle medesime conclusioni dovrebbero pervenire, per coerenza sistematica, anche quelle dottrine, piuttosto diffuse[15], che elevano il nesso causale a requisito costitutivo di tipicità *ex* artt. 110 ss. dell'atto «originariamente atipico» di partecipazione – almeno laddove per «causalità» si intenda il rapporto di condizione tra un antecedente ed un susseguente e l'antecedente non rappresenti «*la*» condizione necessaria e sufficiente bensì «*una*» condizione fra le tante che cagionano un evento, indipendentemente da ulteriori specificazioni del tipo se "adeguata", "pericolosa", "significativa" o simili come dovrebbe ricavarsi da una interpretazione sistematica degli artt. 40

115, ad esempio, può creare qualche difficoltà nel separare analiticamente una funzione incriminatrice *ex novo* da una funzione di disciplina delle norme sul concorso di persone nel reato.

[13] Da ultimo v. Corte cost., 20 maggio 2016 (ud. 9 marzo 2016) n. 109, par. 8.5.

[14] Sufficiente il richiamo alle diverse impostazioni in merito all'ambito applicativo del reato impossibile per l'inidoneità dell'azione di M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, p. 271 sgg. e di G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, 1965, p. 141 sgg. da un lato, e di coloro che riducono il concetto di «azione», nell'economia dell'art. 49, secondo comma, alla sola condotta come, ad esempio, G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, Bologna, 2011, p. 886 sgg.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2017, pp. 464-465; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, pp. 510, 513, 516-517.

[15] Sul punto cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, 2018, pp. 525, 527 sgg.; M. ROMANO – G. GRASSO, *Art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, 2012, p. 174 sgg.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, p. 489 sgg.; F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, p. 493 sgg. (anche se l'A. sembra integrare il criterio del nesso causale con il requisito della significatività *ex post* del contributo in relazione a quelle forme di partecipazione che non influiscono su elementi essenziali o circostanziali del fatto); D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2017, pp. 396-397.

e 41 – o che, per contro, sottolineano l'incapacità del criterio causale di presentarsi come elemento "differenziale" dell'illecito plurisoggettivo, spostando così il baricentro della tipicità concorsuale ora sulla categoria della «agevolazione»[16] ora sulla «strumentalità funzionale» dei contributi rispetto alla realizzazione del fatto[17].

3. Tipicità e specialità delle norme sul concorso di più persone nel reato

Vediamo allora in che modo e perché le condotte preparatorie rientrano già nell'ambito di disciplina del concorso di persone nel reato, e soprattutto per quale motivo risulti giuridicamente inopportuno impostare la questione nel senso della non punibilità per l'inoffensività della singola condotta nell'ambito del concorso di persone, sempre tenendo conto del fatto che le risposte non possono che essere motivate sulla base di una visione sistematica del diritto positivo e non già sulla scorta di presunte teorie generali e che il ragionamento sviluppato nel testo ha come referente principale l'interpretazione restrittiva del requisito costitutivo del fatto tipico «agevolazione al suicidio» proposta dalla Procura di Milano.

Sappiamo infatti che – e semplificando oltre misura un argomento ben più complesso nella sua dimensione sistematica – la funzione incriminatrice *ex novo* degli artt. 110 ss. si traduce, sostanzialmente, nella creazione di un nuovo enunciato linguistico in grado di qualificare le condotte di coloro che concorrono nel medesimo reato. Dalla combinazione tra le norme generali sul concorso di più persone e le norme di parte speciale che descrivono illeciti penali in chiave monosoggettiva si ricavano, come norme implicite, ipotesi criminose in cui le condotte assumono la natura di elementi costitutivi di nuovi illeciti penali, in tutto e per tutto autonomi dalle rispettive norme-base e speciali rispetto a queste ultime. Nuovi illeciti speciali perché la realizzazione di una determinata offesa penalmente rilevante avviene non per opera di un solo soggetto bensì di una pluralità di persone, ciò che permette senz'altro di qualificare questi reati come illeciti che presentano, già sul piano eminentemente oggettivo, un elemento specializzante e aggiuntivo rispetto alle fattispecie monosoggettive. Trattandosi di un illecito autonomo e speciale rispetto alla corrispondente figura monosoggettiva[18], su un punto vi dovrebbe essere, almeno in teoria, un accordo o quantomeno una convergenza diffusa[19]: la «tipicità» della fattispecie plurisoggettiva

[16] In generale cfr. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Giuffrè, 1984, p. 19 sgg.; ID., *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen*., 1977, p. 410 sgg.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017, pp. 511-516. In posizione eclettica, nel senso che «per aversi concorso di persone nel reato occorre che il concorrente abbia posto in essere un contributo *necessario* (perché *condicio sine qua non*) o quanto meno *agevolatore* (nel senso di facilitare la realizzazione del reato)», F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen*., 2017, 1, p. 38 (corsivi originali) e la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione.

[17] G. DE FRANCESCO, *Sul concorso di persone nel reato*, in *St. iur*., 1998, pp. 734-735; A. DI MARTINO, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, in *Ind. pen*., 2001, 1, p. 141 sgg.; T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa University Press, 2015, pp. 135 sgg., spec. 161 sgg..

[18] L'orientamento attualmente maggioritario considera infatti l'art. 580 un illecito monosoggettivo. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Cedam, 2016, p. 133. Parla, viceversa, a proposito della struttura oggettiva del delitto di istigazione o aiuto al suicidio, di fattispecie plurisoggettiva imperfetta, L. MASERA, *Delitti contro la vita*, in *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Penale*, Giappichelli, 2015, p. 51.

[19] Alcuni dubbi sono stati sollevati per quanto riguarda lo spettro di disciplina del concorso di persone in un reato proprio, all'interno del quale, secondo una particolare tesi dogmatica, la nuova tipicità plurisoggettiva dovrebbe tenere in considerazione la fattispecie tipica (monosoggettiva) «per risolvere il

non può che basarsi, per coerenza sistematica, su presupposti necessariamente diversi rispetto alla «tipicità» di un reato o di una fattispecie monosoggettiva proprio perché, come è stato sottolineato con notevole rigore sistematico anche sulla scorta di un apparato concettuale di teoria generale del diritto particolarmente ampio, la funzione, per così dire, tipica e costante dell'elemento specializzante è quella di limitare la fattispecie principale[20] e di sottrarre definitivamente le ipotesi descritte dalla norma speciale dall'ambito applicativo di quella generale: «una volta riconosciuto, per definizione, che la norma generale è astrattamente riferibile a ciò, e solo a ciò, che già non ricada sotto la norma speciale, e viceversa», coerenza sistematica vorrebbe che «l'integrazione del fatto previsto dalla norma speciale» risulti «incompatibile con la contemporanea integrazione del fatto previsto dalla norma generale» nel senso che gli elementi specializzanti – è questa la fondamentale caratteristica – modificano i fatti tipici, presentandosi le due fattispecie reali, quella generale e quella speciale, profondamente diverse, appunto, già sul piano eminentemente strutturale[21]. Conseguenza immediata della natura di norme speciali degli artt. 110 ss., sembra allora l'esigenza di discutere la tipicità dell'atto di partecipazione concorsuale insistendo proprio sugli elementi costitutivi della fattispecie plurisoggettiva eventuale evitando con ciò di tirare in ballo argomenti legati alla tipicità degli atti posti in essere alla stregua, però, della corrispondente figura monosoggettiva. D'altro canto, come da sempre è stato rimarcato, «tipicità» è un concetto di relazione: nel sistema italiano, una condotta umana e un fatto umano risultano tipici, dal punto di vista della disciplina penalistica, in relazione al complesso delle norme che convergono a qualificare il fatto medesimo e definire «tipico» un certo atto o fatto significa, prima di tutto, affermare la sua conformità ad un modello normativo[22] e cioè, in prima battuta, ribadirlo conforme ad un modello che descrive, sia pure implicitamente tramite un meccanismo di derivazione inferenziale simile a quello posto dagli artt. 40, secondo comma[23], 56 e 110 ss., un particolare schema di illecito penale, con tutte le peculiarità che una simile qualificazione normativa si porta dietro. E la tipicità di una condotta "circostanziata", sul piano oggettivo, dal numero delle persone e, sul piano soggettivo, dalla consapevolezza di agire con altri[24], non può non risultare incompatibile con la *contestuale* tipicità monosoggettiva e cioè con la contestuale corrispondenza della condotta interessata rispetto ad una fattispecie monosoggettiva proprio

problema del ruolo del concorrente intraneo in ambito concorsuale»: M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Giuffrè, 2004, p. 282.

[20] A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tipografica San Paolo, 1979, p. 30; M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 224.

[21] M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., pp. 224-227. In un senso diverso, ma con argomentazioni poco plausibili già sul piano della teoria delle norme, cfr. G. DE FRANCESCO, Lex specialis. *Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, 1980, p. 141 sgg. e, di recente, ID., *Riciclaggio ed autoriciclaggio: dai rapporti tra le fattispecie ai problemi di concorso nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 7, p. 950; ID., *Strutture normative e dinamiche dell'errore nello specchio degli elementi differenziali del reato*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Jovene, 2011, p. 850. Per la teoria generale del diritto, nel senso che «L'aggiunta della clausola di eccezione o esclusione altera la struttura logica della norma originaria», cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme*, cit., p. 16; ID., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1990, p. 156.

[22] M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 50; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Priulla, 1947, cap. I.

[23] Sulla fattispecie omissiva eventuale cfr. A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovene, 2013, p. 238 sgg..

[24] M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 123.

perché il complesso normativo in funzione dell'applicazione di un certo tipo di disciplina risulta comunque diverso per i due schemi di qualificazione.

3.1. Dal concorso di più persone nel reato al concorso di più persone in un'offesa tipica

Il risultato di una interpretazione sistematica della disciplina del concorso di più persone nel reato, per come strutturata nel codice penale italiano, dovrebbe essere uno ed uno soltanto: è «tipico» alla stregua della fattispecie di nuova incriminazione ricavata per via implicita dalla combinazione degli artt. 110 ss. con le singole norme di parte speciale qualsiasi comportamento che contribuisca a cagionare un'offesa penalmente rilevante; necessitando, inoltre, la punibilità, ai sensi della disciplina concorsuale, della consapevolezza che l'altrui comportamento, insieme al proprio, contribuisca a porre in essere una lesione o messa in pericolo dell'interesse o degli interessi tutelati dalle norme penali, altrimenti assistendo ad una non punibilità o ad una punibilità sotto altri titoli ma non certo secondo la disciplina del concorso di persone.

Una simile conclusione risulta anzitutto confortata dalla circostanza per cui il nesso causale, spesso identificato come l'elemento che rende l'atto «originariamente atipico», appunto, tipico ai sensi del concorso di più persone nel reato, lungi dal presentarsi come requisito costante dell'atto di partecipazione e dunque come «*il*» requisito costitutivo per definizione della fattispecie concorsuale, assume i tratti di un elemento eventuale; di conseguenza edificare la tipicità plurisoggettiva dell'atto «originariamente atipico» di partecipazione su un *quid* non necessario risulta, ad una attenta valutazione sistematica, del tutto improprio se non addirittura inopportuno.

Se definiamo "concettuale" ogni relazione che intercorra tra due (o più) concetti, tale che uno di essi non possa essere definito senza fare ricorso all'altro (o agli altri)[25], ben può dirsi che, secondo una particolare interpretazione del complesso di disciplina del concorso di persone nel reato, non sussista alcuna relazione necessaria, i.e. concettuale, tra il criterio di tipicità basato sul nesso causale e l'atto «originariamente atipico». Sulla scorta delle più autorevoli osservazioni[26], infatti, l'approccio dogmatico di tipo causale perde, inevitabilmente, ogni valenza euristica non appena l'interesse ricada sulla natura giuridica del secondo termine della relazione eziologica.

Anzitutto, si potrebbe ipotizzare un collegamento causale ai sensi degli artt. 40 e 41 tra la condotta e l'evento, ma l'assunto troverebbe un ostacolo particolarmente evidente qualora venisse ascritto al vocabolo «evento» il medesimo significato che oramai da tempo la dottrina e la giurisprudenza più diffuse ascrivono proprio all'evento di cui agli artt. 40 e 41, e cioè l'evento naturalistico: in questo modo si ridurrebbe il concorso di persone ad una forma di manifestazione che guarda solamente a quelle offese tipiche che presentano come requisito costituivo di fattispecie un evento naturalistico. E la circostanza che se non la maggior parte, comunque una buona percentuale di illeciti penali risulta strutturata in chiave di fattispecie di mera condotta suggerisce inevitabilmente di impostare la questione, sia pure in breve, nell'ottica dell'interpretazione dell'evento nella relazione causale non già appunto come evento naturalistico quanto piuttosto come evento «giuridico» inteso come termine riassuntivo dell'intera offesa e dunque dell'intero fatto di reato al completo dei requisiti costitutivi, oggettivi e soggettivi, e del suo disvalore.

---

[25] Così R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2014, p. 22.

[26] M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 18. Sul punto cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, p. 3931 sgg..

A parte infatti l'esistenza di norme che, nella disciplina italiana del concorso di persone, sembrano fare riferimento, sul piano dei requisiti della fattispecie, ad un'offesa al completo dei suoi elementi costitutivi, come ad esempio in quella speciale[27] ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato costituta dall'art. 116, primo comma in cui l'espressione «reato diverso» allude in effetti ad un'offesa tipica posta in essere da almeno uno dei compartecipi ed in connessione causale, questa volta necessaria[28], con la condotta del soggetto in «errore», non altrettanto può dirsi, in linea generale, argomentando dall'art. 112, ultimo comma che, come noto, introduce nel sistema una norma di fondamentale importanza per la comprensione della reale portata della fattispecie concorsuale, stabilendo, sia pure in relazione alle circostanze aggravanti di cui all'art. 112 nn. 1, 2 e 3 – ma con effetti indiretti sulla generale configurabilità di un illecito concorsuale – l'«esistenza» di un concorso di persone nel reato anche quando taluno dei partecipi al fatto non sia imputabile o non sia punibile. E dal momento che il significato, per così dire minimo, delle «cause di non punibilità» ascritto all'ultimo comma dell'art. 112 sembra alludere, per orientamento costante, quantomeno ad una ipotesi in cui uno dei concorrenti risulti sprovvisto dell'elemento soggettivo per dare origine ad una corrispondente responsabilità ai sensi del tipo di disciplina che discende da una imputazione per un illecito doloso, ecco allora come l'evento giuridico non possa rappresentare, sempre e comunque, un elemento costante e necessario della relazione causale, dal momento che, argomentando *a contrario* dall'art. 112, ultimo comma, la condotta di un concorrente potrà non avere come referente secondario nel rapporto causale, in qualità di "conseguenza", un'offesa al completo dei suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, e del suo disvalore proprio perché l'atto del concorrente potrà non essere sorretto dal relativo «dolo», mancando così, propriamente, un evento giuridico come conseguenza di una condotta antecedente.

Non rimangono infine molte parole per impostare un'analisi critica laddove si pretenda di elevare a secondo termine della relazione causale la condotta o le condotte dei compartecipi, sia perché, come è stato efficacemente sottolineato, nella «esecuzione frazionata» risulta particolarmente difficile ipotizzare quale possa essere il fattore condizionante e quale invece il risultato condizionato, sia perché nella c.d. accessorietà, interpretata come forma di partecipazione del contributo «originariamente atipico» del tutto eventuale, non è detto che la condotta del concorrente «atipico» si ponga sempre come un antecedente causale dell'altra o delle altre condotte tipiche, ben potendo, invece, seguire logicamente e temporalmente queste ultime[29].

---

[27] Rispetto all'art. 83. Alcuni dubbi sorgono, invece, per quanto riguarda le ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato disciplinate agli artt. 47, secondo comma e 49, terzo comma. *Contra*, F.C. PALAZZO, *«Voluto» e «realizzato» nell'errore sul fatto e nell'*aberratio delicti, in *Arch. giur.*, 1973, p. 31, nota 9, secondo cui «La punibilità a titolo di dolo del reato diverso «sdrammatizza» molto la delicatezza dell'indagine sulla diversità. Infatti, posto che vi sia il nesso causale fra l'azione e il reato diverso, quest'ultimo, sia diverso o sia identico, viene egualmente posto a carico dell'agente a titolo di dolo, salva solamente la diminuzione di pena, quando il reato diverso sia più grave di quello voluto». Per un "recupero" dell'ambito di applicazione degli artt. 47, secondo comma e 49, terzo comma nel concorso di più persone nel reato cfr. A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, cit., p. 87 sgg..

[28] Nell'economia dell'art. 116, primo comma, la necessità di una relazione causale quale elemento costitutivo oggettivo di fattispecie emerge, con evidenza, dall'enunciato stesso: «se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione».

[29] Sul punto cfr. A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, 1964, p. 20 sgg..

In quest'ottica, dunque, qualsiasi contributo[30] ad un'offesa penalmente rilevante risulta tipico, almeno dal punto di vista della fattispecie oggettiva, alla stregua della disciplina del concorso di più persone nel reato proprio perché è dall'insieme dei contributi di una pluralità di soggetti che si realizza l'intera ed unica offesa tipica. Eventuali limiti normativi potranno discendere – oltre che dalla presenza di limiti ai criteri generali di imputazione di un'offesa – ad esempio dalla mancanza dell'elemento "circostanziale" specializzante del concorso di persone, e cioè la consapevolezza che l'altrui comportamento insieme al proprio contribuisca alla lesione o messa in pericolo dell'interesse o degli interessi tutelati, ovvero dal limite che discende da una divergenza tra il voluto e il realizzato[31], per passare, inoltre, alle diverse situazioni di "non punibilità" per come ricavate implicitamente dall'art. 112, ultimo comma, che, secondo una corretta interpretazione sistematica, non potrebbero essere ridotte, a loro volta, alla sola mancanza dell'elemento soggettivo.

3.2. La rilevanza delle condotte preparatorie nel sistema italiano del concorso di persone

Se dunque si partecipa ad un'offesa tipica apportando un qualsiasi contribuito che può assumere le modalità più diverse, è possibile ricavare una conferma della incriminazione a titolo di concorso anche di condotte preparatorie, espressamente, dall'art. 114, norma di fondamentale importanza nella ricostruzione sistematica dell'atto di partecipazione concorsuale ad un'offesa tipica, dal momento che non individua solo gli elementi di una circostanza attenuante nell'ambito dell'illecito plurisoggettivo ma, soprattutto, intaccando quella netta distinzione dogmatica che spesso qualifica la duplice funzione delle norme generali sul concorso di persone nel reato, quella incriminatrice *ex novo* e quella di disciplina, pone un elemento di fattispecie, nel senso che, indirettamente, suggerisce di considerare come requisiti costituivi della fattispecie plurisoggettiva eventuale anche le condotte che, ad una valutazione *ex post*, abbiano avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato. In altre parole, dall'angolo visuale degli effetti di nuova incriminazione, l'art. 114 si innesta sull'art. 110 qualificando, indirettamente, anche quelle condotte che, singolarmente considerate, non assumerebbero neanche la dignità di atti costitutivi di una autonoma fattispecie di tentativo secondo i requisiti strutturali di cui all'art. 56 – almeno laddove si ritenga di legittimare, dal punto di vista semantico prima ancora che giuridico, la distinzione tra atti esecutivi e preparatori ai sensi della norma sul delitto tentato, rispettivamente,

[30] In una posizione particolare v. A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, 1966, cap. I; ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, pp. 554-564.

[31] L'esempio più calzante e allo stesso tempo esplicativo può darsi pensando al caso in cui al posto di Marco Cappato fosse stato un terzo a trasportare in macchina Fabiano Antoniani, del tutto ignaro della volontà di quest'ultimo. Dal punto di vista della fattispecie oggettiva della norma concorsuale incriminatrice *ex novo*, per come ricavata dalla combinazione tra gli artt. 110 e 580 (sempre nell'ottica dell'interpretazione restrittiva del concetto di «agevolazione» proposta dalla Procura di Milano), è indubbio che il terzo abbia contribuito ad un'offesa tipica – quella appunto *ex* artt. 110 sgg. e 580 – ma il limite normativo alla sua punibilità non può che discendere da una situazione tipica di errore sul fatto secondo quanto dispone l'art. 47, primo comma, nel senso che, pur dando vita, oggettivamente, ad un contributo concorsuale, dall'angolo visuale dell'elemento soggettivo, il terzo, volendo un fatto penalmente lecito e quindi agendo per un fine lecito, non risponderà a titolo di concorso proprio perché, come è stato efficacemente sottolineato, *ex* art. 47, primo comma, anche l'elemento soggettivo di un concorrente è, per l'altro partecipe, un "fatto" (M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., p. 100, che richiama, a tale proposito, R.A. Frosali).

sulla presenza o sulla mancanza degli elementi costitutivi della «idoneità» e «direzione non equivoca» degli atti[32] – posto che la «preparazione» del reato di cui parla l'art. 114, nonostante la genericità del vocabolo «reato», sembra contemplare come secondo termine della relazione anche l'ipotesi di un'offesa rimasta, nel suo complesso, alla fase del tentativo. Se argomentiamo nel senso che, in questi casi, l'idoneità e la direzione non equivoca non debbono qualificare le condotte di tutti i concorrenti, e cioè che l'idoneità e la direzione non equivoca devono risultare dall'intera vicenda concorsuale[33], emerge chiaramente per quale motivo dall'art. 114 discendano effetti "integrativi" della funzione di incriminazione *ex novo*, o comunque di specificazione delle condotte incriminate, dovendo l'interprete considerare di «minima importanza» non già quelle condotte preparatorie «fungibili» o «sostituibili»[34], come ad esempio, nel caso di specie, il trasporto in macchina di Fabiano Antoniani da una località all'altra, o quelle che (di)mostrano una minore pericolosità del compartecipe, quanto piuttosto l'opera prestata dal concorrente che, ad una valutazione *ex post*, abbia oggettivamente avuto minima importanza, anziché nell'*an* dell'illecito, in relazione alle concrete modalità dell'offesa posta in essere[35] e che, di regola, possono anche presentarsi come contributi che, strutturalmente, non ripetono le qualifiche oggettive della idoneità – intesa come pericolosità attuale della condotta tenuto conto di tutte le circostanze che caratterizzano il caso concreto[36] – e della direzione non equivoca.

In questo contesto sistematico, gli artt. 114 e 115, ad esempio, giocano un ruolo fondamentale per la comprensione dell'ambito applicativo della «disciplina incriminatrice» delle norme sul concorso di persone nel reato perché, come tutte le altre disposizioni che descrivono elementi di

[32] Nel senso che gli atti preparatori irrilevanti ai sensi dell'art. 56 siano quelli idonei (perché capaci di porsi, con efficacia condizionante, «nella serie causale che avrebbe condotto alla realizzazione del delitto») ma privi di univocità, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 73. Sul punto v. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 465 sgg..

[33] In una prospettiva diversa v. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 271. *Contra*, G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Cedam, 1984, pp. 34-35, sulla base della considerazione che, nel concorso di più persone nel reato, il «fatto collettivo» rappresenta l'oggetto della qualifica normativa della «idoneità» e della «direzione non equivoca» *ex* art. 56, nel senso che il singolo contributo deve dispiegare efficacia, al momento dell'interruzione dell'*iter criminis*, «o in ordine alla idoneità o in ordine alla univocità del fatto complessivamente considerato».

[34] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 574. Nel senso, viceversa, che il criterio della fungibilità, se valutato in astratto, non avrebbe una reale portata applicativa «in quanto si può sostituire l'opera di qualsiasi concorrente», mentre se «inteso in concreto è di impossibile accertamento, in quanto non è possibile sapere se in concreto un ausiliatore poteva essere sostituito da un altro», M. GALLO, *Le forme del reato*, Clut, 1974, p. 133. Per ulteriori considerazioni critiche v. O. VANNINI, *Quid iuris? In tema di concorso di persone nel reato*, vol. VIII, Giuffrè, 1952, p. 98, ad avviso del quale la tesi di Antolisei non sarebbe altro che un rivestimento in forma diversa della sua interpretazione dell'art. 114 come schema normativo in grado di qualificare la c.d. partecipazione secondaria.

[35] M. GALLO, *Le forme del reato*, cit., p. 133. Sul punto cfr. R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Giuffrè, 1997, capp. I, II.

[36] In generale, sul momento e sulla base del giudizio oggettivo di idoneità della condotta nel delitto tentato, cfr., a vario titolo e con differenti interpretazioni, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, vol. II, Giappichelli, 2013, pp. 97-99; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 486; M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 53-56; I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Giappichelli, 2000, p. 213 sgg.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 470 sgg.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 4, pp. 1224-1225.

fattispecie, rappresentano autentici frammenti della norma concorsuale «reale» [37] che specializzano, sia in positivo che in negativo, i modelli di condotta penalmente rilevante. E dall'art. 115, nonostante una tesi interpretativa particolarmente diffusa nel panorama italiano che ascrive alla disposizione ora un significato di limite al tentativo di concorso[38] ora invece quello di principio generale – espresso o implicito all'ordinamento specie se valutato alla stregua del principio di esecutività del reato – di non punibilità degli atti meramente preparatori[39] e trasversale al sistema penale italiano, si ricava che laddove venga cagionata un'offesa tipica anche solo nella forma del delitto tentato, rientrano nello schema di qualificazione dell'illecito concorsuale come elementi costitutivi, quantomeno in relazione alla fattispecie oggettiva, anche quelle condotte che singolarmente considerate non assumerebbero, di regola, la rilevanza giuridica di atti di tentativo. La funzione dell'art. 115 è nella sostanza duplice: da un lato, sottolinea la necessità di un'offesa tipica al completo degli elementi costitutivi quale risultato complessivo dei contributi più vari di una pluralità di soggetti ai fini della punibilità, sempre a titolo di concorso, di condotte atipiche alla stregua della singola norma incriminatrice, integrando così, sia pure in negativo, l'art. 110 e, in secondo luogo, ribadisce che, ai sensi della normativa italiana sul concorso di persone, rilevano condotte che possono qualificarsi come non idonee e non dirette in modo non equivoco a commettere un delitto secondo quanto sarebbe invece necessario per l'esistenza di una autonoma fattispecie di tentativo. In una prospettiva metodologica di tipo sistematico che tenga conto della relazione strutturale tra le norme e soprattutto della specialità del concorso di persone nel reato – nel senso della esclusività del tipo di disciplina applicabile e corrispondente ad una particolare norma «speciale» – la funzione incriminatrice degli artt. 110 ss. emerge quindi con particolare vigore nel momento in cui si ponga mente proprio a quelle condotte sostanzialmente inidonee di per sé a costituire un pericolo attuale e concreto di un'offesa tipica[40].

Chiara riprova del fatto che la norma sull'accordo per commettere un reato e sulla istigazione non rappresenta certo un limite, esterno o interno, all'art. 56 proprio perché, come è stato efficacemente sottolineato, non sottrae al delitto tentato condotte che, altrimenti, ne avrebbero

[37] Non perché "autentica" o "vera" alla stregua di un modello naturalistico assoluto ma nel senso di norma, e dunque disciplina, "reale" perché ricavata per via di «interpretazione sistematica»: la «tipicità» penale di un fatto, intesa come concetto di relazione e come termine riassuntivo del complesso di disciplina che qualifica il "dover essere" di un particolare accadimento, si pone come la risultante di tutte quelle norme, espresse o implicite, che convergono a qualificare un fatto, sia in positivo sia in negativo. Con la consueta chiarezza cfr. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, 1951, pp. 18-19; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 13 sgg..

[38] M. ROMANO – G. GRASSO, *Art. 115*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, cit., pp. 257-258; T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, cit., p. 139.

[39] B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Cedam, 1955, pp. 76-77. Pur riconoscendo l'esistenza di un principio generale di non punibilità degli atti preparatori e riservando l'art. 115 «ai soli atti di accordo e di istigazione che non costituiscono da sé soli inizio della commissione del reato», A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., pp. 16 sgg., 24 sgg., 53-60, 67-68, ascrive all'art. 115 il significato di norma eccezionale «perché deroga al principio generale della assoluta irrilevanza giuridico-penale degli atti di semplice preparazione dato che prevede la possibilità di applicare una misura di sicurezza per il solo fatto dell'accordo o della istigazione» (*Id*. p. 25).

[40] Nel senso che l'elemento costituivo «idoneità» nel tentativo rappresenta non già un requisito causale quanto piuttosto un momento che qualifica una situazione di pericolo, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 484 sgg.; M. ROMANO, *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., p. 591.

costituito possibile realizzazione[41] e, soprattutto, conferma quanto emerge da una interpretazione sistematica delle disposizioni generali e cioè che nel sistema penale italiano non è concepibile un concorso di persone se non si verifica, almeno nelle forme del delitto tentato, un'offesa tipica al completo dei suoi requisiti oggettivi e soggettivi; qualora poi sussistano gli estremi di un «reato» anche solo tentato in relazione al delitto avuto di mira, ne rilevano come suoi elementi costitutivi condotte sostanzialmente inidonee e prive del requisito della direzione non equivoca che mai rientrerebbero nell'ambito applicativo dell'art. 56 e dunque incapaci di ledere gli interessi tutelati se considerate nella loro individualità e non come frammenti di una modalità di offesa circostanziata e specializzata, nella struttura oggettiva, dal numero delle persone, salvo che la legge non disponga diversamente secondo quanto suggerisce la clausola negativa espressa contenuta nell'art. 115, primo comma[42], le cui deroghe alla non punibilità di atti «originariamente atipici» in mancanza di un'offesa rappresentano, in un determinato momento storico, fattispecie incriminatrici poste a tutela di interessi ritenuti «fondamentali» e per questo meritevoli di autonoma considerazione sul piano politico prima ancora che giuridico.
Nel sistema penale italiano degli illeciti concorsuali – detto altrimenti e semplificando per ragioni di economia un argomento ben più complesso – indipendentemente dalla questione interpretativa sulla attualità o meno della distinzione tra atti esecutivi e preparatori e della sua eventuale rilevanza ai sensi dell'art. 56, l'idoneità e la direzione non equivoca non sembrano qualificare la struttura minima dell'atto di partecipazione concorsuale, a differenza invece di quanto sostenuto da una particolare tesi interpretativa che, proprio in relazione a quella particolare forma di partecipazione denominata "concorso morale", presuppone, a rigore, la necessità di valutare il contributo "morale", appunto, secondo i due criteri di rilevanza del tentativo e cioè l'idoneità e la direzione non equivoca degli atti[43]. Ora, nonostante una simile proposta interpretativa sottenda esigenze sostanziali di «giustizia» e di «ragionevolezza» del contenuto delle norme penali incriminatrici, non sembra tuttavia possa essere accolta in considerazione dell'attuale sistema giuridico italiano. Anzitutto perché – e tralasciando l'analisi di un dato normativo da cui discende una conseguenza della massima importanza teorica e pratica anche per il tema affrontato e cioè la relazione di autentica incompatibilità strutturale che intercorre tra il delitto tentato e il delitto consumato ai sensi della clausola negativa esplicita contenuta nell'art. 56, primo comma[44] – in questo modo, si ragionerebbe solo ed esclusivamente sul piano dei delitti e non anche degli illeciti plurisoggettivi contravvenzionali, con la conseguenza di offrire, viceversa, uno spettro di disciplina più severo per il concorso di persone in una contravvenzione e cioè per situazioni di regola contrassegnate da un «trattamento più mite»[45] rispetto a reati più gravi (i delitti), ampliando in questo modo l'ambito applicativo dell'art. 110 – perché l'atto «originariamente atipico» di

[41] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 71.
[42] Sulle "effettive" deroghe all'art. 115 cfr. i rilievi particolarmente interessanti di G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, 1988, pp. 182-183; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 241 sgg. e nota 63.
[43] M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico* (2004), in *Scritti patavini*, Giappichelli, 2017, pp. 1102-1110.
[44] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, Giappichelli, 2014, p. 158. Sulle conseguenze in ordine alla struttura del fatto tipico base che discendono da una relazione di incompatibilità tra norme cfr. A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, cit., p. 25 sgg.; M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 225.
[45] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 187.

partecipazione non potrebbe ripetere sul piano strutturale le qualifiche della idoneità e della direzione non equivoca – e, in secondo luogo, perché significherebbe delimitare la rilevanza penale delle c.d. interazioni psichiche, idonee e dirette in modo non equivoco, alle sole condotte «dolose» creando così una disparità di trattamento difficilmente giustificabile ai sensi dell'art. 3, primo comma Cost. rispetto quantomeno ai delitti «colposi», in relazione ai quali, per prima cosa, risulta comunemente esclusa la possibilità di configurare il tentativo non già come modalità concreta di offesa quanto piuttosto come "tipo" o "modello" astratto di illecito e, soprattutto, perché la cooperazione colposa presuppone e disciplina condotte che possono a loro volta qualificarsi, normativamente, come di «determinazione colposa», la cui esistenza sembra in qualche modo confermata da una interpretazione sistematica del diritto positivo: sia dal capoverso[46] dell'art. 113 che, in tema di circostanze, rimanda alle disposizioni degli artt. 111 e 112, primo comma, nn. 3 e 4, sia perché la rilevanza del modello concorsuale delle c.d. interazioni psichiche «colpose», con la possibilità di applicare gli aggravamenti di pena di cui all'art. 113, secondo comma, anche a condotte prive dei requisiti strutturali del delitto tentato, emerge inoltre da un caso peculiare di *aberratio delicti concorsuale* laddove però, a differenza di quanto richiesto dall'art. 116, primo comma – in cui la volizione del fatto diverso rappresenta comunque un elemento costitutivo di fattispecie per l'applicazione della relativa norma al concorrente in errore – nessuno dei partecipi, pur agendo per un fine penalmente illecito, abbia voluto il fatto realizzato trovandosi, di conseguenza, tutti i concorrenti in una vera e propria situazione di «errore» sul fatto; essendo comunemente ammessa in questo caso l'applicazione incondizionata dell'art. 83, primo comma[47] – qualora il fatto cagionato corrisponda altresì alla fattispecie oggettiva di un delitto colposo – l'esistenza di «determinazioni concorsuali colpose», in questa particolare ipotesi di cooperazione nel delitto colposo offerta dalla relazione sistematica tra gli artt. 83, primo comma e 113, risulta ulteriormente confermata da argomentazioni di stretto diritto positivo, se ovviamente un concorrente abbia in concreto determinato altri a cooperare e sempre che si ritenga di circoscrivere le qualifiche di «dolo», «preterintenzione» e «colpa» non già ai singoli elementi di fattispecie quanto piuttosto all'intero fatto in vista dell'applicazione di un tipo di disciplina[48], considerando così la norma di cui all'art. 83, primo comma come un autonomo criterio di imputazione per colpa, sia pure caratterizzato da elementi costitutivi strutturalmente diversi da quelli del delitto colposo delineati all'art. 43; e se nell'art. 83, primo comma, come efficacemente dimostrato, non è richiesto il preventivo passaggio per atti di tentativo nei confronti del delitto avuto di mira[49], si ricava così, e per altra via, oltre alla esistenza di particolari ipotesi di

[46] L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, 2007, pp. 32-33, anche per ulteriori richiami bibliografici; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Giuffrè, 1988, pp. 83-84.

[47] Perentorio al riguardo T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Giuffrè, 1973, p. 200. La tesi meriterebbe un approfondimento analitico almeno laddove si ritenga che la diversità di disciplina tra gli artt. 47, secondo comma e 49, terzo comma, che qualificano un criterio di imputazione di un fatto doloso, e l'art. 83, primo comma, che descrive per note interne una particolare ipotesi di delitto colposo, discenda non già dal tipo di «causa» all'origine della divergenza quanto piuttosto dalle relazioni strutturali tra le fattispecie interessate, quella cioè voluta e realizzata.

[48] M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., pp. 51-54, 100, 348, spec. 360-364.

[49] M. GALLO, voce *Aberratio delicti*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, 1958, p. 72; M. ROMANO, *Art. 83*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., p. 789. In posizione particolare cfr. G. DE FRANCESCO, *Sul reato aberrante*, in *St. iur.*, 2000, p. 24-25.

determinazioni colpose diverse dalle istigazioni contrassegnate, dal punto di vista strutturale, dalla violazione di una regola cautelare[50], l'impossibilità di concepire una relazione concettuale, i.e. necessaria, tra i requisiti della idoneità e della direzione non equivoca e l'atto «originariamente atipico» di partecipazione nell'ambito della disciplina italiana del concorso di più persone in un'offesa tipica.

Né, infine, l'elemento oggettivo «idoneità» potrebbe poi trovarsi recuperato per via mediata attraverso la proposta interpretativa – sollecitata da una certa ambiguità dei vocaboli utilizzati dalle diverse dottrine dell'offensività in concreto – che suggerisce di considerare l'idoneità della condotta a realizzare quella lesione formalizzata nell'evento giuridico e che corrisponde ad una *ratio* di incriminazione ben precisa, come requisito generale e *aggiuntivo* di tipicità argomentando proprio dall'art. 49, secondo comma; concreta lesività e corrispondenza al tipo che, valutate insieme, offrirebbero al giurista gli strumenti in grado di selezionare i fatti rilevanti per il diritto penale.

Ora, a parte ogni considerazione sull'opportunità di presentare già sul piano semantico dei vocaboli utilizzati l'offensività come *aliud* rispetto alla tipicità, intesa in particolare come un concetto di relazione e come termine riassuntivo della disciplina reale di un fatto di reato, il concettualismo di una simile impostazione non è altro che il prodotto di quella duplice confusione di piani normativi che, da un lato, ha portato, e porta tuttora, a considerare la norma sul c.d. reato impossibile per l'inidoneità dell'azione come schema di qualificazione della sola condotta e non già dell'intero fatto al completo dei suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, e dall'altro lato, disconoscendo la collocazione sistematica della «causa di non punibilità» di cui all'art. 49, secondo comma come autentico elemento negativo, legittima di fatto una (re)interpretazione dell'art. 49, secondo comma – quale fonte della necessaria lesività in concreto dell'illecito penale – come autonomo requisito costitutivo *positivo* di fattispecie anziché come elemento negativo della norma penale e del concetto stesso di «reato»: la disposizione sul c.d. reato impossibile per l'inidoneità dell'azione, infatti, prima ancora di qualificare un *quid* che di volta in volta deve essere positivamente accertato dal giudice in aggiunta agli altri elementi di fattispecie, rappresenta un vero e proprio limite normativo[51], con tutto ciò che consegue sul piano della disciplina sostanziale e processuale[52] un volta ricollegata la disposizione dell'art. 49, secondo comma alla categoria formale degli elementi negativi, proprio perché, al pari delle cause di giustificazione[53], si tratta di un elemento o comunque di una modalità del fatto che deve mancare affinché si possa parlare, dal punto di vista di stretto diritto positivo, di un «reato». Se la tipicità penale è il risultato del complesso di tutte le norme che convergono a qualificare un fatto, sostenere che da una mera formulazione in negativo della capacità lesiva del fatto si debba ricavare implicitamente, per

[50] In generale cfr. M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 136 sgg..

[51] Come tutti gli elementi negativi che pongono limiti ad un *quid* altrimenti rilevante. Rimangono fondamentali, sul punto, le pagine di P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 30 sgg..

[52] Sulla disciplina processuale degli elementi negativi cfr., ad esempio, M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici* (1941), Giappichelli, 1999, p. 88; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, p. 132 sgg..

[53] Per una recente critica generale alla dottrina degli elementi negativi del fatto cfr. M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, 4, p. 1659 e le notevoli pagine "di replica" di M. GALLO, *Elementi negativi del fatto: quali sono e come devono essere accertati*, in *Crit. dir*., 2011, 3-4, p. 172 sgg..

qualunque fattispecie, la positiva idoneità della condotta (prima ancora che dell'intero fatto) a realizzare l'evento giuridico-contenuto dell'offesa – trascurando in questo modo gli effetti sostanziali e processuali che una simile collocazione sistematica comporta – rappresenta, prima di tutto, una forzatura interpretativa evidente, per lo più "smentita" dal diritto positivo nel momento in cui si prendano in esame (almeno) i reati di pericolo presunto, in relazione ai quali sussiste una semplificazione probatoria e della regola di giudizio, in ordine al requisito dell'offesa, fondata su una massima di esperienza desunta dall'*id quod plerumque accidit*[54] e, in secondo luogo, praticamente ripercorre quella inversione metodologica che, storicamente, ha caratterizzato e tuttora contraddistingue alcune teorie dell'interpretazione secondo le quali, nel diritto penale italiano, esisterebbe un dovere di punire come necessario *pendant* del principio di legalità dei reati e delle pene, nel senso che dalla mera formulazione in negativo dell'art. 25, secondo comma Cost., da cui si ricava che nessuno può essere punito per un fatto se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, è possibile desumere l'esistenza di una norma implicita in base alla quale deve essere sempre punito colui che abbia realizzato un fatto conforme alla fattispecie incriminatrice o per le quali il riconoscimento dell'esistenza di «beni di rilevanza costituzionale» come limiti negativi alla astratta previsione di incriminazioni presuppone ad ogni modo una serie di obblighi giuridici, positivi, di incriminazione quanti sono i «beni costituzionali» da tutelare[55].

Il salto logico è dunque evidente perché la norma sul c.d. reato impossibile, in relazione sistematica con il contenuto dispositivo dell'art. 202, secondo comma, non qualifica in positivo l'offensività come autonomo requisito di fattispecie ma prescrive, in negativo[56], di non considerare «reati» certi «fatti» le cui concrete modalità di manifestazione, accertate secondo una valutazione *ex post*, non raggiungano quella soglia di lesività necessaria ai fini dell'applicazione di una sanzione penale.

Dalla dimostrazione che i requisiti costitutivi del delitto tentato non sono elementi costanti dell'atto «atipico» di partecipazione e che l'art. 49, secondo comma qualifica in negativo i fatti di reato anziché introdurre un requisito positivo implicito di fattispecie in aggiunta agli altri tipici,

---

[54] Un interessante parallelismo tra la norma sul caso fortuito e sulla forza maggiore in relazione alle ipotesi di colpa «per inosservanza di leggi» e l'art. 49, secondo comma con riguardo ai reati di pericolo «presunto» è articolato in modo analitico da M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., pp. 81-83.

[55] Per una puntale analisi critica cfr. M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero-«giudice» al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2001, pp. 288, 389-390. Sullo specifico problema degli «obblighi convenzionali» di tutela e di effettiva punizione cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio di non punire*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., p. 2645 sgg..

[56] Interessante quanto scrive al riguardo A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di* ignorantia legis *e coscienza dell'offesa*, in *Temi penali*, vol. I, Giappichelli, 2013, pp. 154-155: «Sarebbe fuorviante ritenere che la coscienza dell'offesa sia necessaria, "in positivo", per affermare la sussistenza del dolo: è piuttosto la sua assenza che, "in negativo", esclude l'elemento soggettivo conducendo alla necessaria assoluzione "perché il fatto non costituisce reato". Pare del tutto condivisibile l'opinione per cui l'art. 49, comma 2, c.p., nel prevedere la non punibilità del reato impossibile per inidoneità dell'azione, abbia introdotto una semplificazione della regola di giudizio relativa all'accertamento dell'offesa all'interesse tutelato. Se, dunque, il meccanismo in questione regola l'accertamento dell'offesa sul piano dell'elemento oggettivo del reato, non sembra sussistano ostacoli di rilievo a ritenere che lo stesso possa operare anche quando si tratti di accertare quello stesso requisito ai fini della sussistenza del dolo».

deriva una conseguenza della massima importanza sul piano sistematico: qualora venga realizzata una offesa tipica, sia pure nella forma del delitto tentato, qualunque condotta che contribuisca alla medesima offesa risulta un elemento costitutivo della fattispecie oggettiva di un illecito concorsuale, ad ogni modo conforme alla disciplina italiana del concorso di persone se circostanziata dalla consapevolezza di agire con altri.

4. «Fatto» e «condotta» nella struttura del c.d. reato impossibile e del concorso di «minima importanza»

L'ambiguità sintattica e semantica della richiesta di archiviazione con cui la Procura di Milano sottolinea l'incompatibilità della nuova incriminazione *ex* artt. 110 e 580 con il principio di necessaria lesività dell'illecito penale, apre l'interrogativo se i pubblici ministeri abbiano "giocato" con l'offensività in astratto[57] – cosa che lascerebbe alquanto perplessi dal momento che l'organo di "garanzia" e di controllo dell'obbligo costituzionale specifico rivolto al legislatore non sembra essere, in prima battuta, l'autorità giudiziaria ordinaria, men che meno il pubblico ministero – o piuttosto con l'offensività in concreto[58].

Per esigenze analitiche limiteremo le osservazioni a questa seconda possibilità, ipotizzando che la volontà della Procura di Milano fosse quella di richiamare i limiti in concreto alla funzione incriminatrice *ex novo* dell'art. 110 in relazione agli atti preparatori posti in essere da Marco Cappato affinché i medici svizzeri agevolassero, in senso stretto, il suicidio di Fabiano Antoniani.

La soluzione interpretativa si rivela, però, nella sostanza, creativa di una duplice incoerenza[59] del sistema: da un lato, posto che l'art. 114, nel predisporre una circostanza attenuante comune per il concorso di minima importanza, guarda alla condotta del singolo concorrente, non si saprebbe come risolvere l'antinomia con l'art. 49, secondo comma, nella parte in cui disciplina il reato impossibile per l'inidoneità dell'azione, se limitato alla sola condotta, come sembra sostenere la Procura di Milano, sia pure implicitamente; dall'altro lato, una simile impostazione potrebbe sollecitare, come effetto indiretto, una "generalizzata" interpretazione disapplicativa delle norme sul concorso di persone, più precisamente di quelle norme sul concorso di persone che rendono applicabile la relativa disciplina anche alle condotte preparatorie di qualunque offesa tipica e non solo rispetto a quella specifica ipotesi delittuosa di cui all'art. 580. Non si vede, infatti, quale serio motivo possa ostacolare un ragionamento *a simili* per altre situazioni del tutto marginali e, soprattutto, drammaticamente meno compromesse dal punto di vista morale. Il che se può apparire condivisibile nell'ottica di un programma politico di futura riforma del sistema italiano delle

[57] In generale cfr. Corte cost., 23 giugno 2005 (ud. 4 aprile 2005) n. 265, par. 4; ID., 10 luglio 2002 (ud. 5 giugno 2002) n. 354, par. 3; ID., 6 luglio 2000 (ud. 5 aprile 2000) n. 263, par. 3. Sul punto v. anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, 2005, p. 242 sgg.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, 2001, pp. 429 sgg., spec. 449 sgg., 525 sgg..

[58] Secondo A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle Leggi*, cit., p. 22, «I pubblici ministeri ritenevano che, pur potendosi astrattamente invocare la normativa in materia di concorso di persone per affermare la rilevanza penale di atti meramente preparatori rispetto al suicidio, la soluzione in questione sarebbe stata preclusa dal principio di necessaria offensività: l'art. 580 c.p. sarebbe infatti strutturato come una forma di concorso nel fatto lesivo (suicidio altrui) e punire un "concorso di concorso" significherebbe allontanarsi eccessivamente dalla lesione del bene giuridico tutelato».

[59] Sulla coerenza degli ordinamenti giuridici per definire un insieme di norme privo di antinomie cfr. C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi* (1971), Giappichelli, 2005, p. 121 sgg.; G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, cit., p. 48 sgg..

incriminazioni, non passa certo inosservato e indolore già dal punto di vista, per così dire, sincronico proprio perché finirebbe per creare una serie di eccezioni implicite agli artt. 110 ss. difficilmente compatibile con l'attuale assetto legislativo, costituzionale e ordinario, nel suo complesso.

Sarebbero allora due le soluzioni ipotizzabili, coerenti con certe premesse interpretative: o si (doveva) solleva(re) una questione di legittimità del sistema concorsuale italiano perché incompatibile con il principio costituzionale di offensività in astratto o, dal momento che, qualora venga posta in essere un'offesa tipica, anche le condotte preparatorie risultano penalmente rilevanti secondo gli artt. 110 ss. se "circostanziate" dalla consapevolezza che il proprio contributo insieme a quello di altri possa arrecare una lesione o una messa in pericolo degli interessi tutelati, si doveva e si deve tuttora analizzare nel dettaglio la relazione sistematica tra gli artt. 49, secondo comma e 114 che, a ben vedere, presentano due modelli normativi dagli ambiti applicativi notevolmente diversi e con effetti di «mutua esclusività» perché reciprocamente incompatibili.

È particolarmente noto come il principio di offensività abbia (quantomeno) una triplice rilevanza[60] se inteso come criterio di conformazione legislativa, come parametro di legittimità costituzionale della normazione penale e, infine, come requisito di struttura da accertare nel momento giudiziale. Se la natura di autentico limite normativo al contenuto e alla legittimità delle incriminazioni rappresenta un dato comune alle diverse forme di manifestazione della necessaria lesività dell'illecito penale, il momento applicativo-processuale tende invece a qualificare l'offensività non solo come autonomo criterio interpretativo quanto, piuttosto e prima ancora, come schema modale del fatto, sia pure negativo[61].

Nell'economia dell'art. 49, secondo comma quale fonte di rango ordinario del principio di offensività in concreto, il vocabolo «azione» allude al «fatto», più precisamente all'intero fatto al completo dei suoi elementi costitutivi oggettivi e soggettivi[62], ivi compresa la mancanza di cause di giustificazione[63].

Nonostante le condivisibili puntualizzazioni analitiche della tesi interpretativa che ha rimarcato nel tempo, e sottolinea tuttora, l'autonomia sistematica del reato impossibile per l'inidoneità dell'azione rispetto al delitto tentato e al reato putativo per errore sul fatto è, forse, proprio sul terreno del concorso di più persone nel reato che emerge con evidenza come lo schema di qualificazione disciplinato all'art. 49, secondo comma si rivolga, propriamente, non alla singola condotta bensì all'intero fatto – è bene insistere, comprensivo dell'elemento soggettivo e dei requisiti oggettivi, sia positivi che negativi. In particolare, l'inidoneità dell'azione schematizza un requisito modale del fatto e nel concorso di persone, più precisamente nella fattispecie plurisoggettiva eventuale ricavata implicitamente dalla combinazione sistematica degli artt. 110 ss. con le singole norme di parte speciale, «inidoneo» può essere l'intero fatto di reato e non già

[60] Da ultimo cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, pp. 88-89.

[61] Che la categoria degli elementi negativi, nell'attuale sistema normativo, non debba necessariamente identificarsi con le scriminanti, «esaurendosi in esse», è ben dimostrato da M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 230.

[62] Sull'elemento soggettivo del c.d. reato impossibile (per l'inidoneità dell'azione), arbitrariamente limitato al solo fatto «doloso» e «colposo» (e non anche al fatto «preterintenzionale», se inteso come titolo autonomo di reato), cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 370-372.

[63] In generale, sulla relatività del concetto di «azione» nel sistema penale italiano, cfr. M. GALLO, voce *Dolo* (dir. pen.), in *Enc. dir*., XIII, Giuffrè, 1964, p. 755.

la singola condotta. Infatti, qualora si postulasse l'esistenza di un'unica fattispecie plurisoggettiva come figura di qualificazione speciale rispetto al corrispondente illecito monosoggettivo – non certo ostativa, però, ad una diversificazione dei titoli di responsabilità come si ricava da una interpretazione sistematica del diritto positivo – non sembrano emergere ostacoli normativi ad una eventuale applicazione dell'art. 49, secondo comma anche al fatto concorsuale, nel caso in cui ovviamente sussistano i presupposti stabiliti dalla legge. In quanto principio generale del sottosistema ordinario e come elemento negativo del concetto di «reato» – nel senso che un fatto, per assumere rilevanza ai fini della disciplina penalistica, *non deve essere* in concreto inidoneo a realizzare l'offesa o l'evento giuridico per come formalizzati nella struttura delle norme incriminatrici – la norma che disciplina l'offensività in concreto risulta potenzialmente applicabile a tutti i fatti con essa strutturalmente compatibili. E non si vede come un fatto posto in essere in regime di concorso di persone non possa risultare inoffensivo rispetto all'interesse o agli interessi tutelati, una volta tenuto conto delle peculiarità della situazione concreta secondo una tipica valutazione *a posteriori*, a meno di non voler postulare una astratta incompatibilità reciproca difficilmente giustificabile alla stregua dell'attuale assetto normativo di stretto diritto positivo.

La richiesta di archiviazione della Procura di Milano sul punto, riservando la «non punibilità» alla sola condotta di Marco Cappato, trascura di motivare del tutto per quale ragione anche le condotte preparatorie di un'offesa tipica, circostanziate inoltre dalla consapevolezza di agire con altri, non debbano rilevare ai sensi della disciplina italiana del concorso di persone e, soprattutto, elude un approfondimento analitico delle relazioni sistematiche che intercorrono tra il principio di offensività in concreto e la circostanza attenuante del concorso di minima importanza.

In altre parole, uno spiraglio applicativo per il principio di necessaria lesività in concreto dell'illecito penale poteva apparire meritevole di considerazione solo se e nel caso in cui l'intero fatto di concorso nella istigazione o nell'aiuto al suicidio fosse qualificabile, appunto, come inoffensivo, tenuto conto altresì delle condotte dei medici svizzeri[64]. E, si ripete, la rilevanza concorsuale dei contributi preparatori dovrebbe apparire una soluzione "univoca" anche postulando il criterio causale della *conditio sine qua non*, secondo quanto disposto dagli artt. 40 e 41, o di mera agevolazione nonché quello della strumentalità funzionale come requisiti costitutivi di tipicità *ex* artt. 110 ss. dell'atto «originariamente atipico» di partecipazione.

A meno che, ed è questa una ipotesi interpretativa che meriterebbe quantomeno di essere discussa per le sue notevoli ricadute sistematiche, non si ritenga di aderire alla proposta dogmatica non già della fattispecie plurisoggettiva eventuale quanto, piuttosto, delle fattispecie plurisoggettive differenziate[65], ad avviso della quale, in regime di concorso di persone, giuridicamente, non esisterebbe una sola fattispecie di reato bensì tante fattispecie quanti sono i concorrenti. In questo modo, una volta "riconosciuta" la possibilità di inferire dalla disciplina italiana del concorso di persone nel reato molteplici norme di concorso con fattispecie condizionanti e conseguenze condizionate diverse nei loro momenti strutturali e funzionali, la questione, di stretto diritto

[64] In relazione ad un caso simile di istigazione o aiuto al suicidio di una donna, F. MANTOVANI, *Suicidio assistito*, cit., p. 39, riconduce anche il trasporto in macchina direttamente nel modello dell'art. 580, posto che «costituisce agevolazione della successiva attuazione dell'autosoppressione da parte della donna, costituendo *condicio sine qua non* per la realizzazione, in quella sede, del suicidio assistito».

[65] A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., p. 14 sgg.; ID., *Principi di diritto penale*, cit., pp. 544-555.

positivo, della inoffensività del singolo fatto di concorso, per ipotesi quello di Marco Cappato meramente «preparatorio» della agevolazione "finale" del suicidio altrui, ben potrebbe essere argomentata, per ipotesi, sulla integrale applicazione dell'art. 49, secondo comma: dal momento che la norma sul c.d. reato impossibile presuppone comunque un fatto al completo dei suoi requisiti, soggettivi ed oggettivi, qualora le norme sul concorso di più persone dovessero essere interpretate proprio alla stregua della teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate, nel senso che «il moltiplicarsi dei soggetti cui un fatto è attribuito determina, per necessità concettuale, il moltiplicarsi degli illeciti» proprio perché l'illecito penale non può che costruirsi con l'attribuzione di un fatto, come illecito, ad un soggetto determinato[66], si avrebbe maggiore libertà nel giustificare un esito normativo in chiave di «non punibilità». È evidente, tuttavia, come una simile proposta dovrebbe confrontarsi, anzitutto, con una interpretazione sistematica di stretto diritto positivo volta a chiarire i rapporti con la circostanza attenuante del concorso di minima importanza in relazione a condotte preparatorie del tutto inidonee, singolarmente considerate, a costituire un pericolo attuale e concreto di un'offesa tipica e, in secondo luogo, con il c.d. diritto vivente che sembra per lo più orientato a "riconoscere" sì una diversità di titoli di responsabilità per i concorrenti ma sempre nell'ambito dell'unicità dell'offesa tipica o, volendo essere più vicini alla terminologia corrente, nell'ambito interpretativo della fattispecie plurisoggettiva eventuale quale illecito penale speciale rispetto alla corrispondente norma-base monosoggettiva.

5. Conclusioni.

Le questioni sistematiche che vengono in rilievo con la proposta interpretativa della Procura di Milano sollevano, dunque, una serie di interrogativi decisamente gravosi nel momento in cui si analizzano nel dettaglio le relazioni tra la disciplina italiana del concorso di persone in un'offesa tipica e la fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio e tra la norma sul c.d. reato impossibile e la circostanza attenuante del concorso di minima importanza.

Ora, se il «diritto» non è altro che un insieme piuttosto variegato e articolato di dottrine politiche, come insegna da tempo la migliore scuola analitica del giusrealismo[67], nel senso che il «diritto» è ciò che le ideologie identificano come tale[68], la richiesta di archiviazione dei pubblici ministeri milanesi, per come strutturata, non riesce a giustificare appieno i presupposti della propria dottrina relativa ad una particolare interpretazione degli enunciati legislativi. Ciò non consente – al di là dell'esistenza o meno di un obbligo specifico di motivazione – di comprendere anzitutto la reale consistenza dei codici interpretativi adottati e, se del caso, di pervenire ad una più ampia condivisione e dunque ad un più ampio accordo sulla ideologia stessa[69].

---

[66] A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., p. 26.

[67] R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, p. 293; G.B. RATTI, *Norme, principi e logica*, Aracne, 2009, p. 137.

[68] Così A. SARDO, *Defettibilità, ideologia e contesto*, in *Teoria del diritto e analisi logica*, Marcial Pons, 2014, p. 66.

[69] Sul ruolo dei «disaccordi» nella teoria del diritto cfr., per tutti, G.B. RATTI, *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, Marcial Pons, 2013, capp. VIII, IX; ID., *Norme, principi e logica*, cit., p. 203 sgg..

La (non) responsabilità del medico nelle scelte di fine vita del paziente.

di ***Marta Bernardini*** *(Dottoranda di ricerca in Diritto Penale presso l'Università di Roma "Tor Vergata")*

Con la L. n. 219/2017 il legislatore ha introdotto le disposizioni in tema di scelte di fine vita, corroborando, nella sua massima espressione, il principio di autodeterminazione terapeutica del paziente.
In virtù di tale principio il paziente, accompagnato dal medico, compie un percorso che potrebbe condurre sino al rifiuto di intraprendere un trattamento medico o alla sua sospensione, seppur vitale. Il consenso informato del paziente rappresenta l'ago della bilancia rispetto agli obblighi vigenti in capo al medico: i confini della posizione di garanzia di quest'ultimo, infatti, si determinano in relazione alla volontà del paziente, che è limite insuperabile e presupposto necessario dell'esercizio, o dell'inattività, del sanitario. Nell'ottica di un'alleanza terapeutica il medico si fa garante delle scelte di fine vita del paziente, in tal senso l'art. 1 comma 6 della legge in parola prevede che il sanitario sia esente da responsabilità, civile o penale, qualora agisca nel rispetto della volontà espressa dal paziente.
Siamo dunque dinanzi ad una nuova forma di esclusione di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, che si aggiunge a quella prevista dall'art. 590 sexies c.p., recentemente introdotto con la legge Gelli-Bianco, che ha riformato la materia della responsabilità medica.
Da un punto di vista prettamente penalistico spunti di particolare interesse sembrano cogliersi nell'analisi del rapporto che intercorre tra le due ipotesi di non punibilità del medico.
Invero la sfera della responsabilità si definisce in base al rapporto tra la libertà decisionale del paziente e la sfera di competenza del medico, che è comunque tenuto al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate ed a conformarsi agli obblighi imposti dalla deontologia professionale. Ci si chiede allora in che termini ciò influisca sul percorso di determinazione della volontà del paziente ed in quali casi si alteri la dimensione di non responsabilità del medico.

With Law 219/2017, Italian Legislator brought in the provisions regarding the end-of-life choices, corroborating, through its highest expression, the principle of the patient's therapeutic self-determination .
By virtue of the principle, the patient, supported by doctors , accomplish a path that could lead to refuse to undertake a medical treatment or to hanging it, albeit vital. The patient's informed consent represents an absolute priority compared to the doctor's obligation: indeed, the doctor's duty of care limits are determined in relation to the patient's will, which is an insurmountable limit and a necessary presupposition to the doctor's action or inaction. In a therapeutic alliance viewpoint, the doctor guarantees the end-of-life choices of the patient, in this sense the art. 1 paragraph 6 of the law in question provides for the non liability of the doctor, civil or criminal, if it acts in accordance with the will expressed by the patient.

Therefore we are faced with a new form of healthcare profession's exclusion of liability , which adds to the ones laid down by art. 590 sexies c.p., recently introduced with the Gelli-Bianco law, that reformed the healthcare profession's responsibility matters.
From a purely criminal point of view, points of particular interest seem to be emerging from the analysis of the relationship between the two hypotheses of doctor's non-punishability.
Surely the sphere of liability is defined on the basis of the relationship between the patient's decision-making freedom and the doctor's sphere of competence, which is nevertheless obliged to respect the guidelines and best practices accredited and to comply with the obligations imposed by professional ethics. The question arises in what terms this influences the path of determination of the patient's will and in which cases the dimension of non-responsibility of the doctor is altered.

Sommario: 1. la l.n. 219/2017: la consacrazione del diritto di non essere curati. - **2.** Una nuova alleanza terapeutica: consenso informato e competenza. - **3.** Dalla giurisprudenza alla legge: l'evoluzione dell'esenzione di responsabilità penale del medico nelle scelte di fine vita. - **4.** La non punibilità del medico *ex* art. 590 *sexies* c.p. - **5.** L'art. 1 comma 6 l.n. 219/2017 e l'art. 590 *sexies* c.p: due facce della stessa medaglia?

1. la l.n. 219/2017: la consacrazione del diritto di non essere curati.

Con l'emanazione della legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento il legislatore - finalmente - disciplina le tematiche sul fine vita che, ormai da anni, sono al centro di un dibattito sociale e giurisprudenziale.
Senza dubbio, la giurisprudenza si è imbattuta in vicende allo stesso tempo così fragili e così forti da essere state risonanti nel mondo mediatico.
In assenza di un provvedimento legislativo che li guidasse, i giudici hanno compiuto un percorso che ha condotto all'affermazione di alcuni principi che sono oggi posti a fondamento del testo normativo, oltre ad essere espressione di una sensibilità sociale modificata in tema di scelte di fine vita.
In merito all'evoluzione di questo percorso, per quel che riguarda la materia penale, si è reso necessario, come ad esempio nel caso Welby, emanare delle sentenze che riuscissero a scriminare condotte riconducibili alla fattispecie dell'omicidio del consenziente, al fine di poter tutelare la figura del medico, che, altro non fece se non dare voce al pieno riconoscimento del principio di autodeterminazione terapeutica, interrompendo il trattamento di sostegno vitale cui il paziente era sottoposto[1].
Si tratta di questioni che sin troppo spesso sono state oggetto di giudizio penale: basti ricordare il già citato caso Welby nel 2006; il caso Englaro poi, nel 2009; in ultimo il caso di Fabiano

[1] F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. Pen. proc.*, 2007, p. 6; C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle "scelte di fine vita"*, in *Critica del diritto*, 2011, p. 238; F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico – sanitario e sistema penale*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE e RIONDATO, in *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, a cura di S.RODOTÀ, P. ZATTI, Giuffrè, 2011, p. 890.

Antoniani nel 2017, tutte tappe che la giurisprudenza ha compiuto sino a che il legislatore non è intervenuto.
Il riferimento è a drammatiche vicende tutte differenti tra loro - soprattutto in merito all'espressione della volontà con riguardo alle scelte di fine vita - ma legate dalla necessità dell'intervento giudiziario, in assenza di una legge come questa, che valorizzasse a pieno la volontà del paziente.
A tal proposito, sin da subito è doveroso premettere che quando si parla di disposizioni sul fine vita, inevitabilmente si rende necessaria la ricerca di un equilibrio tra valori costituzionalmente garantiti: da una parte la vita e la salute, dall'altra l'autodeterminazione terapeutica.
Il punto di equilibrio rappresenta, in tal senso, la possibilità di garantire dignità nella vita tanto quanto nella morte.
Tuttavia, nel silenzio del legislatore, ci si è, fino ad ora, domandati a chi spettasse la ricerca di questo equilibrio: se al medico, che per questo incorreva in un procedimento penale, se alla giurisprudenza, che ha dimostrato di aver fatto grandi passi in avanti nell'affermazione di questi principi, senza che ciò non potesse ritenersi sufficiente[2].
La responsabilità penale del medico è stata sempre dunque posta in un rapporto dialettico e contrastante con il rispetto delle scelte del paziente.
Vi è, infatti, in gioco da una parte la libera scelta del paziente di poter statuire sulla propria vita e sul suo stato di salute, dall'altra la necessità del medico di non incorrere in un procedimento penale nel momento in cui assecondi le scelte consapevoli del paziente, come in passato è accaduto.
A questa legge va dato il merito di riportare medico e paziente dalla stessa parte, che guarda alla centralità del principio dell'autodeterminazione terapeutica nella sua massima espressione.
Il diritto costituzionalmente garantito *ex* art. 32 Cost. di ricevere e rifiutare cure trova piena applicazione con la previsione normativa secondo cui viene riconosciuto al paziente il diritto di non essere curati ovvero rifiutare cure, anche quando queste siano vitali.
Invero la novella in parola prevede che il medico nell'esercizio della sua professione debba attenersi alla volontà espressa del paziente di rifiutare o rinunciare ad un dato trattamento sanitario, senza che per tale scelta il medico ne sia responsabile civilmente e penalmente (art. 1 comma 6).
Dunque, alla legge sul fine vita, seppur in ritardo rispetto a quanto già accresciuto nel sentimento sociale e nella giurisprudenza[3], va attribuito l'onere e l'onore di aver modificato i ruoli degli attori principali nelle scelte di fine vita: il paziente, che ora si vede pienamente riconosciuto il diritto all'autodeterminazione terapeutica; ed il medico, sul quale vige un nuovo obbligo di rispettare le disposizioni del paziente, ed una nuova esenzione di responsabilità.

2. Una nuova alleanza terapeutica: consenso informato e competenza

Le nuove disposizioni sul consenso informato e sulla posizione del medico in merito alle scelte del paziente rappresentano il terzo approdo del percorso che la relazione terapeutica ha subito nel tempo.

---

[2] In tal senso G. M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti,* in *Cass. Pen.,* n. 7/2018, p. 2302
[3] G. BALDINI, *L.n 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT),* in *Fam. dir.,* 2018, p. 803.

Si può affermare che sia stata la concezione stessa della medicina a subire un'evoluzione: da un approccio paternalistico, in cui era il medico ad imporre al paziente la terapia più adeguata, in coerenza con l'idea di una medicina generalizzata, si è passati ad una visione dialettica della terapia stessa, che si concretizza nell'alleanza terapeutica tra medico e paziente, in cui il trattamento diagnostico è il risultato di una cooperazione, nella quale il medico mette a disposizione del paziente la sua competenza così da porlo nelle condizioni di avere tutte le informazioni necessarie alla scelta in merito al trattamento propostogli.

La medicina di oggi è un sapere all'avanguardia che mira alla personalizzazione del trattamento sanitario, il progresso scientifico si è sviluppato al punto tale da rendere possibile il tener in vita una persona con mezzi sempre più tecnologici.

La scelta in merito al rifiuto dell'inizio ovvero della prosecuzione del trattamento sanitario rappresenta il punto di approdo di un percorso consapevole che il paziente compie insieme al medico, il quale non si limita, infatti, ad avere un atteggiamento passivo, ma pone la sua competenza al servizio del paziente tentando di contemperare la tutela della salute con le istanze della volontà del malato.

L'affermazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica da una parte e l'esenzione di responsabilità del medico dall'altra, rappresentano un rafforzamento dell'alleanza terapeutica, troppo spesso compromessa da un dato di fatto: i rapporti tra medico e paziente si esplicano non solo tra le corse dell'ospedale, ma anche nelle aule di tribunale.

L'alleanza terapeutica consta, da una parte dalla competenza e dalla professionalità del medico e, dall'altra, dal consenso informato del paziente.

Questa legge valorizza e si focalizza prevalentemente sulla volontà del paziente, disciplinando innanzitutto sul concetto stesso di consenso, facendo precisazioni importanti, in particolar modo sui ruoli che esso definisce.

In tal senso occorre rappresentare come la nozione consenso informato sia stato oggetto di fraintendimenti nella pratica, ciò deriva, in primo luogo, dalla rappresentazione - errata - per cui l'espressione del consenso del paziente altro non sarebbe se non un mero atto burocratico e formare, seppur necessario.

Chiaro come tale prassi elide il ruolo centrale che invece il paziente dovrebbe avere nel percorso di espressione del consenso, da non confondere con una pratica di mero assenso formale. Per di più gli operatori sanitari talvolta guardano al consenso come ad un percorso ostativo allo svolgimento della loro attività[4].

Basti pensare all'etimologia della parola consenso - *consensus* - *us*, der. di *consentire* 'sentire insieme' - per comprendere come nel percorso che determina il trattamento terapeutico debba essere valorizzato nella sua massima espressione il rapporto di alleanza e fiducia tra medico e paziente.

Sotto questo punto di vista pare potersi sostenere che l'intervento del legislatore sia stato nel senso di garantire la piena autonomia e divisione dei ruoli nella determinazione del trattamento sanitario.

In questa direzione anche l'esenzione di responsabilità, civile e penale - disciplinata dal comma sesto dell'art. 1 della l.n. 219/2017 - pare coerente con la duplice valenza costituzionale del

[4] P. BORSELLINO, *"Biotestamento": i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura,* in *Fam. e dir.*, 2018, 8-9 , p. 789.

consenso informato. Da un lato quale espressione del principio di inviolabilità della libertà umana, a presidio della libertà e della sfera corporea da ogni trattamento non voluto; dall'altro in quanto espressione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., inteso come esplicazione della relazione sussistente tra l'esercente la professione sanitaria ed il destinatario del trattamento medico[5].

3. Dalla giurisprudenza alla legge: l'evoluzione dell'esenzione di responsabilità penale del medico nelle scelte di fine vita

Entrando nel merito delle questioni penalistiche affrontate in tema di consenso informato e DAT, pare opportuno prendere le mosse dalle risultanze giurisprudenziali che hanno condotto sino all'affermazione dei principi che oggi sono alla base del testo normativo.

Occorre premettere che, nel silenzio del legislatore, i giudici si sono trovati ad affrontare la questione del fine vita anche sotto il profilo dei suoi risvolti processuali.

A tal fine, una breve ricostruzione del caso Welby appare particolarmente indicata giacché si trattava di un paziente capace – dunque pienamente in grado di esprimere il proprio consenso - affetto da una gravissima patologia (distrofia muscolare scapolo omerale in forma progressiva), che avrebbe condotto ad esito certamente infausto con il differire del tempo, dal momento che allo stato della conoscenza medico scientifica, non vi erano terapie in grado di interrompere la degenerazione della patologia, pertanto la sopravvivenza era garantita unicamente da un respiratore automatico.

Di talché appare di particolare interesse, ai fini di questo discorso, mostrare come il GUP del Tribunale di Roma sia arrivato ad escludere l'antigiuridicità della condotta del medico anestesista che, nel caso Welby, era sottoposto ad imputazione coatta per l'omicidio del consenziente *ex* art. 579 c.p.[6].

Senza ripercorrere tutto l'*iter* giudiziario - civile e penale - occorre prendere le mosse da un dato di totale rilevanza: il paziente, nel pieno della sua capacità di intendere e di volere, aveva espressamente richiesto ai medici che lo avevano in cura e al giudice civile, di voler sospendere la terapia di sostentamento che lo teneva in vita[7].

Difatti le funzioni vitali del paziente erano mantenute dalla ventilazione assistita, che era stata considerata al pari di un sostegno vitale, piuttosto che come trattamento medico sanitario.

---

[5] S. CANESTRARI, *Fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n.* 219, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, n. 1/2018, p.

[6] GUP presso il Tribunale di Roma, 23/07/2007, n. 2049, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1791 s., con nota di C. CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 1, p. 78 ss.

[7] L'elemento differenziale dell'omicidio del consenziente rispetto alle altre fattispecie di omicidio è rappresentato proprio dal consenso della vittima che, dunque, converge con la volontà dell'omicida. Sul punto F. RAMACCI, *I delitti di omicidio,* Giappichelli, 2016, p. 44 ss., il quale evidenzia che "Nell'ottica dell'omicidio del consenziente l'ipotesi di un diritto individuale di essere lascito in vita diviene problematica, in quanto il consenso della vittima significherebbe appunto che essa intende rinunciare al proprio diritto di essere lasciata in vita, con la conseguenza che il fatto non sarebbe lesivo del diritto individuale (a vivere) ma di qualcos'altro, cioè della vita umana intesa come valore indipendente dall'individuo che ne è portatore", coerentemente con la tutela costituzionale della salute *ex* art. 32 che tutela la salute non solo come diritto dell'individuo, ma anche come interesse della collettività.

Tale classificazione, di tutta rilevanza, rappresentava l'ago della bilancia della vicenda: se, infatti, il punto di partenza fosse stato quello di ricondurre il trattamento cui il paziente era sottoposto ad una terapia medica, Welby altro non avrebbe fatto se non esercitare legittimamente il suo diritto di interrompere un trattamento sanitario, in conformità a quanto disciplinato dall'art. 32 della Costituzione.
La battaglia - personale e politica - intrapresa da Welby era finalizzata ad interrompere il trattamento vitale, previa sedazione al fine di evitare di rendere doloroso il decorso che lo avrebbe condotto alla morte.
Come sopra detto, il profilo caratterizzante la vicenda è la piena capacità di intendere e di volere del paziente che, però, sarebbe venuta meno una volta effettuato il distacco dal ventilatore artificiale, di conseguenza i medici avrebbero dovuto provvedere a riattaccare il respiratore *ex* art. 54 c.p.
Non avendo ottenuto altro che un'inammissibilità dall'autorità giudiziaria in ambito civile, Welby decise di passare alle vie di fatto, trasformando, inevitabilmente, la vicenda in un caso penale.
Così alla drammatica vicenda ha posto fine un medico anestesista che, accertata la fondatezza della volontà del paziente, ha disconnesso la ventilazione artificiale, praticandogli, allo stesso tempo, un trattamento sedativo che accompagnasse il decesso.
E' chiaro che l'ordinamento italiano non era ancora, al tempo, pronto ad affrontare le conseguenze sociali e giuridiche di questa vicenda.
Da qui, infatti, scaturirono grandi perplessità a proposito della rilevanza penale della condotta del medico che ha rispettato la volontà del paziente, oltre alla distinzione tra agire ed omettere e alla definizione stessa di trattamento medico sanitario.
Le risposte a tali interrogativi sono state date *ex post*, a seguito della morte di Welby, rappresentando ciò, in qualche modo, una sconfitta per l'ordinamento[8].
Tuttavia, nonostante l'impasse del legislatore, è stato necessario prendere delle posizioni, compito nelle mani del GUP del Tribunale di Roma, che emanava una sentenza di proscioglimento ravvedendo l'integrazione di una causa di esclusione del reato, nello specifico quella disciplinata dall'art. 51 c.p.
Infatti, nella sentenza il GUP ripercorrendo le vicende fattuali, riteneva che, seppur integrati gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie di omicidio del consenziente *ex* art. 579 c.p, in capo al medico anestesista sorgeva il dovere giuridico di rispondere alla volontà del paziente di interrompere la terapia in atto.
Di conseguenza, il medico che abbia agito in tal senso, contribuendo alla determinazione della morte del paziente, non risponde penalmente del delitto a lui contestato, poiché avrebbe agito alla presenza di una causa di giustificazione, l'adempimento di un dovere: il dovere del medico di consentire al paziente, cosciente e consapevole, di esercitare legittimamente il diritto costituzionalmente garantito di rifiutare una cura.
Altro importante principio - oggi affermato senza ombra di dubbio nella l.n. 219/2017 - che viene con forza affermato nel provvedimento del GUP è il superamento delle incertezze circa l'equiparazione tra il rifiuto di iniziare un trattamento e il rifiuto di un trattamento già in atto,

[8] F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace*, in *Dir. pen. proc*, 2007, p. 6.

escludendo così ipotesi vicine all'eutanasia attiva. Anche se, come si vedrà, dubbia pare la qualificazione della condotta posta in essere dal medico in termini di commissione[9].
E' di tutta evidenza come il caso Welby sia l'emblema del percorso che i principi fondanti la legge sul fine vita hanno dovuto affrontare, prima di divenire una legge.
La sua volontà di interrompere il trattamento è stata, infatti, dapprima in grado di sensibilizzare fortemente la pubblica opinione, visto il clamore mediatico che il caso ebbe; successivamente è stato il medico anestesista, a farsi garante della volontà del paziente; infine il provvedimento del GUP del Tribunale di Roma, nel quale di tutta evidenza emerge quello che oggi è il principio cardine della l.n 219/2017, il principio di autodeterminazione terapeutica nella sua massima espressione.
Il consenso libero ed informato del paziente di interrompere o non iniziare un trattamento medico obbliga il medico a rispettare tale volontà, non potendo egli incorrere in responsabilità penale o civile per questo.
Appare evidente come nella drammatica vicenda di Welby sorgevano dubbi applicativi e soprattutto la necessità dell'intervento del legislatore sul punto.
Lo stesso giudice civile, al quale Welby aveva richiesto *ex* art. 700 c.p.c. un provvedimento d'urgenza per il distacco del ventilatore artificiale, nel dichiarare l'inammissibilità rilevava come, sebbene il rifiuto di cure sia costituzionalmente garantito dall'art. 32 comma II Cost., elemento ostativo all'autorizzazione per il distacco del ventilatore artificiale era proprio l'assenza di una normativa di carattere secondario che esplicasse le modalità del contenuto della norma costituzionale, ponendo, in tal modo, innanzitutto un problema di fonti.
Questa, come altre vicende, non solo hanno avuto il ruolo di sensibilizzare l'opinione pubblica su tali delicate tematiche, ma hanno altresì acceso un forte dibattito che non poteva concludersi se non con l'intervento del legislatore.
Il percorso, non privo di ostacoli, è culminato nell'emanazione della legge del 22 dicembre 2017, n. 219, che ha posto i punti cardini in tema di modalità d'espressione, revoca, legittimazione del consenso informato del paziente, prevedendo, altresì, la possibilità di effettuare delle disposizioni anticipate di trattamento, con cui è possibile disporre delle proprie scelte di fine vita, nel caso sopravvenga una condizione irreversibile di incapacità di intendere e di volere.
Da un punto di vista strettamente penalistico[10] - che è quello che in questa sede interessa - la legge sancisce nel comma sesto dell'art. 1 il dovere del medico di rispettare la volontà del paziente nel caso in cui egli si sia espresso nel senso di voler rifiutare o interrompere un trattamento sanitario. In conseguenza di ciò, il medico *è esente da responsabilità civile o penale*.
Poche parole, dunque, sono spese dal legislatore per introdurre una causa di esclusione della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria.

---

[9] C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.3, 2009, pag. 1145; C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen*, 15 ottobre 2018.
[10] C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: risvolti penalistici*, in *Riv. trim.pen.cont.*, 2017, 12, p. 123; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio,* in www.penalecontemporaneo.it, 14 giugno 2018; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1, p. 975 ss.

La sintetica formulazione ha destato immediatamente interrogativi, a partire dalla qualificazione giuridica cui ricondurre la non responsabilità del medico che rispetti la volontà del paziente.
Si sono ipotizzate due strade: una prima in virtù della quale la non responsabilità del medico deriverebbe dall'operare della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.[11];una seconda secondo cui, invece, si tratterebbe di una circostanza che renderebbe il medico esente dall'obbligo di garanzia sul paziente, delinenandosi, in tal modo, una condotta priva di rilevanza penale[12].
Secondo la prima ricostruzione, la circostanza che il paziente si determini nel senso di rifiutare le cure, fa sì che il medico debba dare attuazione a tale volontà, senza che ciò possa incidere sulla sfera del penalmente rilevante, come conseguenza del venir meno dell'elemento dell'antigiuridicità.
Ed invero l'obbligo di cura del medico sussiste sino a che sussiste il consenso del paziente a ricevere cure, dal momento che il paziente rifiuti il trattamento, sorge in capo al medico il dovere giuridico di rispettare tale volontà, di conseguenza la condotta del medico che agisca nell'adempimento del proprio dovere è scriminata *ex* art. 51 c.p., a prescindere dalla connotazione in termini di omissione o commissione della stessa, rilevante solo da un punto di vista naturalistico, come nel caso del distacco dal sistema di ventilazione artificiale.
A ben vedere, l'irrilevanza della condotta del medico posta in termini di commissione ovvero omissione è tutt'altro che pacifica e tutt'altro che irrilevante.
Ed invero, secondo una differente impostazione[13] entrambe le strade sopra prospettate sarebbero perseguibili, proprio in ragione della distinzione tra la rinuncia del paziente ad un trattamento già in atto e il rifiuto di cure non ancora intraprese.
Da questo punto di vista la differenziazione si basa sulla necessaria compartecipazione attiva del medico che dovrà agire per interrompere il trattamento, in questo caso la sua condotta dovrà ritenersi scriminata dall'art. 51 c.p.; mentre nell'ipotesi di rifiuto di cure non ancora in atto, l'irrilevanza penale dell'omesso impedimento dell'evento è da ricondurre al limite posto dal paziente alla posizione di garanzia del medico nel momento in cui abbia negato il consenso al trattamento.
Come si evince, alla base della differente qualificazione giuridica dell'esenzione della responsabilità penale del medico, in questa prospettiva, fondamentale è l'inquadramento in termini di omissione ovvero commissione.
Sembra, tuttavia, possibile una lettura alternativa, che parte dalla ricostruzione in termini omissivi della condotta del medico che provveda, in ottemperanza dell'esercizio del diritto di autodeterminazione del paziente, a disattivare un sostegno artificiale di sostentamento, rientrando tale comportamento nella categoria dell'*omissione mediante azione*.
In quest'ottica la condotta può dirsi omissiva nonostante sia necessaria un'azione per interromperla, in quanto si tratta comunque dell'omissione del proseguimento del trattamento.

---

[11] In tal senso P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2015, p. 7; M. DONINI, *Caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 23, pag. 902 ss.

[12] In tal senso C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 2011, 9, p. 2940 ss.

[13] A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, cit., p. 16 ss.

Orbene occorre considerare che la medicina abbia oggi fatto dei progressi tali per cui ai fini dell'interruzione di un trattamento non è sufficiente il mero astenersi, la tecnologia che vi è dietro richiede un'azione, che rappresenta solo la modalità con cui il medico attualizza la decisione del paziente[14]di non proseguire le cure.

E' questa una visione che valorizza il profilo normativo dell'atto d'interruzione da parte del medico, non da intendersi nella singolarità dell'atto, quanto piuttosto all'interno del processo in cui si inserisce, a fronte dell'esercizio, da parte del malato, del diritto costituzionalmente garantito di rifiutare o interrompere trattamenti sanitari.

In riferimento all'individuazione della natura giuridica dell'esenzione di responsabilità del medico - *ex* art. 1 comma 6 della l.n. 219/2017 - la ricostruzione in termini omissivi dell'interruzione del trattamento sanitario, esclude la rilevanza penale del comportamento del medico alla luce del venir meno della posizione di garanzia di quest'ultimo nei confronti del paziente.

Quest'ultima lettura pare coerente con l'equiparazione che nel testo di legge si compie (art. 1 comma 4) tra il rifiuto di un trattamento non ancora iniziato e la scelta di interrompere le cure.

Ulteriore elemento di novità nel testo normativo, di immediate ricadute penalistiche, è rappresentato dall'enucleazione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiali tra i trattamenti medici, che, in quanto tali, possono essere rifiutati dal paziente, come qualunque altro trattamento (art. 1 comma 5).

Ciò in ragione del fatto che il sostentamento in vita di un soggetto tramite sistemi artificiali richiede in ogni caso un intervento medico che, attraverso tecniche specifiche, garantisca la permanenza in vita di un malato che altrimenti non sarebbe in grado di sopravvivere autonomamente[15].

---

[14] "E' nota l'esemplificazione proposta sul punto nella dottrina tedesca, per la quale, in sintesi, così come il medico omette quando interrompe le misure di rianimazioni iniziate con movimento di massaggio, così si ha solo omissione allorché egli interrompa, su di un piano tecnologicamente più elevato, i lavoro di una macchina; ancor meglio, si è precisato che il respira tre ben può essere valutato come una sorta di braccio meccanico del medico, una sua *longa manus* che pratica un trattamento di assistenza respiratoria ad un paziente non più in grado di respirare da sé: anziché essere effettuata manualmente a mezzo di un pallone di gomma, la ventilazione è praticata attraverso un macchinario che regola il ritmo respiratorio, insufflando forzatamente l'ossigeno nei confronti del paziente". Sul punto C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle scelte di fine vita,* cit., p.247.; *ibid, La dissattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 3, pag. 1145 ss.

[15] C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali,* cit., p. 13; la qualificazione di trattamento sanitario attribuita dal legislatore alla nutrizione artificiale e all'idratazione artificiale è accolta con tono critico da L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura el suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv.it. med. leg,* 2018, 2, p. 420 ss., secondo cui tale affermazione dovrebbe essere corroborata da un criterio che sia in grado di discernere le circostanze in cui la nutrizione artificiale possa effettivamente considerarsi un trattamento sanitario, da ipotesi differenti. "Ora, la norma trova probabilmente la sua ragion d'essere nell'intento di opporsi attraverso una esplicita previsione legislativa agli orientamenti che avevano inteso escludere a priori, in qualsiasi caso, il carattere sanitario della nutrizione e della idratazione artificiali. Ma non può giungere ad attribuire presuntivamente tale carattere allorquando queste ultime, secondo criteri medici, non assumano una funzione terapeutica, bensì di mero sostegno vitale: il che vale, ovviamente, anche per le ipotesi in cui alla nutrizione e all'idratazione artificiali si riferiscano disposizioni anticipate di trattamento".

4. La non punibilità del medico *ex* art. 590 *sexies* c.p.

Il mondo del diritto penale e quello dell'attività medico sanitaria si sono, negli ultimi anni, confrontati, nel tentativo di trovare nuovi equilibri, non solo con la previsione di un'esenzione della responsabilità del medico sancita dalla legge in esame, ma anche nella recente introduzione di una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria, con l'introduzione dell'art. 590 *sexies* c.p. ad opera della legge dell'8 marzo 2017, n. 24.

Il legislatore è intervenuto con la legge Gelli – Bianco, in riforma della legge Balduzzi[16], proponendosi di superare, o quanto meno arginare, il fenomeno della medicina difensiva[17] e, allo stesso tempo, garantire ai pazienti la sicurezza delle cure.

Per quanto di interesse in materia penale è con gli art. 5 e 6 della l.n. 24/2017 che si è cercato di restituire all'esercente la professione sanitaria una dimensione denotata da maggiori certezze. La medicina difensiva, infatti, si radica proprio li dove il terreno è incerto.

L'obiettivo del legislatore, a partire dalle risultanze della legge Balduzzi, era quello di limitare quanto più possibile l'ambito di discrezionalità del giudice e dei periti, ancorando le scelte del

[16] Sulla legge Balduzzi, *ex multis*, L. RISICATO, *Colpa medica "lieve" e "grave" dopo la legge Balduzzi: lo iato tra terapia ideale e reale come parametro di graduazione della responsabilità del sanitario*, in *Giurisprudenza Italiana*, Gennaio 2014, p. 160; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, 2014; A. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, C.D. "Balduzzi). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Rivista Italiana di medicina legale*, n. 2/ 2013, p. 833; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave nella legge 189 del 2012*,in AA.VV, Scritti in onore di A. M. STILE, Napoli, 2013, p. 546; M. CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, p. 882; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *riv. trim. pen. cont.*, n. 2013, 4, p.52.

[17] La medicina difensiva, forma patologica dell'agire medico, si sostanzia in una serie di azioni o omissioni, nell'adozione di misure terapeutiche e diagnostiche la cui finalità principale non è la salvaguardia della salute del paziente, quanto piuttosto la tutela del sanitario contro il rischio di incorrere in un contenzioso medico legale. Cosi agendo la condotta del medico si distanzia dal rispetto del criterio essenziale che dovrebbe orientare il suo operato: il bene del paziente al di la di qualsiasi condizione di conflitto di interessi. Si parla di medicina difensiva positiva quando il sanitario prescrive esami e terapie non necessarie ai fini della diagnosi e della determinazione del relativo trattamento terapeutico. Atteggiamenti difensivi positivi, oltre che a sottoporre il paziente a procedure diagnostiche o accertamenti specifici invasivi, rappresentano la causa di un notevole aumento dei costi della sanità. Si parla invece di medicina difensiva negativa, in riferimento a condotte di tipo astensionistico, qualora si faccia riferimento a tutti quei casi in cui il medico sceglie la procedura meno rischiosa o eviti a priori il rapporto terapeutico con il paziente che rappresenti un caso particolarmente rischioso: il medico evita pazienti o procedure ad alto rischio per paura di incorrere in un contenzioso medico legale.

Sulla medicina difensiva *ex multis* U. GENOVESE, P. MARIOTTI , *Responsabilità sanitaria e medicina difensiva*, Maggioli Editore, 2013 p.1; A. MANNA, *Medicina Difensiva e diritto penale*, Pisa University press, 2014 p.13; A. VALLINI, *Paternalismo medico,rigorismi penali,medicina difensiva:una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 1, pp. 2-16; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Giuffrè Editore, 2012 p.8; P. MARIOTTI E R. CAMINITI *La medicina difensiva. Questioni giuridiche assicurative, medico legali*, Maggioli Editore, 2011 p. 219; V. PALIERO, F. RANDAZZO, P. DANESINO, F. BUZZI, *Cause e mezzi della medicina difensiva: riflessioni medicolegali*, in *Riv. It. Med. Leg*, 2013, 1, p. 17; F. PALAZZO, *Responsabilità medica,"disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 9, p.1061

medico in relazione al caso concreto alle linee guida introdotte mediante apposito processo di accreditamento[18].

La novità più rilevante ai fini del discorso penalistico è rappresentata dall'introduzione dell'art. 590 *sexies* c.p. - *responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario*, a mente del quale per i fatti previsti dagli artt. 589 e 590 c.p. nell'ambito dell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene in essi previsti, disciplinando poi nel secondo comma una causa di esenzione dalla responsabilità: *"qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".*

Dunque il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una norma *ad hoc* per la professione medica, che non consta della previsione di una particolare fattispecie di omicidio in ambito sanitario, ma agisce nel senso di adeguare il modello di imputazione colposa alle caratteristiche dell'attività medica[19].

In tal senso s'introduce un regime favorevole che escluda la punibilità quando la condotta del medico sia denotata imperizia, ma, allo stesso tempo, egli abbia rispettato le linee guida e le buone pratiche accreditate nella comunità scientifica, identificando quelle più idonee al caso concreto[20].

Secondo la nuova disciplina, quindi, l'agire del medico è penalmente rilevante qualora la sua condotta sia denotata da negligenza e imprudenza, ovvero quando abbia individuato le linee guida non aderenti al caso concreto.

Al contrario si esclude la punibilità quando la condotta sia connotata da imperizia, ma, allo stesso tempo, il professionista abbia ben diagnosticato la patologia ed individuato il corretto percorso terapeutico grazie alla scelta di linee guida adeguate.

Insomma, ci è chiesti, ma allora qual è il margine applicativo dell'art. 590 *sexies*?

Occorre premettere che sin dalle primissime applicazioni pratiche della nuova disciplina in ambito di responsabilità medica si è reso evidente un solo punto fermo: l'incertezza applicativa dell'art. 590 *sexies* c.p..

---

[18] F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco",* in *Dir.pen. proc*., p. 578; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. Pen*., 2017, 5, pag. 1765B

[19] Coerentemente con il processo di *frammentazione del modello unitario di imputazione colposa per i delitti di omicidio e lesioni personali.* In questo senso, diversa è, invece, la linea intrapresa nell'introduzione degli artt. 589 bis e 590 bis c.p., che introducono ipotesi autonome di reato, volte ad un regime sanzionatorio più rigido, senza che si sia reso necessario modellare tali ipotesi al delitto colposo così come disciplinato dall'art. 43 c.p.

In tal senso A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arc. Pen.*, 2017, n. 3.; M. GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco,* in *Arch. Pen. web*, 21 maggio 2018; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 2017, 3 ss.; G. M. CALETTI, L. M. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Riv. trim pen. cont*., 2017, 2, pp. 87-88;

[20] C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge legge Gelli – Bianco,* cit. p. 1765

La sensazione di rassicurazione con la quale la classe medica ha favorevolmente accolto la nuova novella ha avuto, infatti, vita breve.
Il contrasto giurisprudenziale, poi sciolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si è focalizzato principalmente sull'ipotesi in cui il medico abbia correttamente diagnosticato la patologia e giustamente individuato le linee guida in relazione al caso concreto, ma abbia commesso un errore per imperizia durante l'esecuzione delle stesse.
Nella prima pronuncia, sentenza Tarabori [21], i giudici di legittimità prendono le mosse dall'interpretazione letterale della norma, secondo cui la punibilità del medico sarebbe esclusa anche quando un errore esecutivo abbia determinato l'evento lesivo a causa di una condotta imperita, se nella relazione terapeutica il medico si sia comunque attenuto al rispetto delle linee guida accreditate.
Evidenziando la "disarticolante contraddittorietà" del contenuto dell'art. 590 *sexies* c.p., la Corte respinge tale impostazione precisando come non sia possibile disgiungere il momento accertativo del rispetto delle linee guida e dell'accertamento dell'imperizia.
Ed invero questa lettura della norma determinerebbe un gravissimo *vulnus* del diritto alla salute, si arriverebbe infatti ad escludere la responsabilità penale del medico che abbia commesso anche errore macroscopici, per il solo fatto che in qualche momento dell'*iter* terapeutico abbia ben individuato le linee guida corrispondenti al caso concreto.
La sola lettura possibile della nuova disposizione sarebbe, secondo questa impostazione, quella che non solo accerti l'appropriatezza delle linee guida al caso concreto, ma ne vagli la loro corretta attuazione per tutto il corso della relazione terapeutica, sì da evitare contrasti con l'art. 32 Cost. e con il principio di colpevolezza.
Come se lo sforzo motivazionale effettuato dagli Ermellini nella sentenza Tarabori non fosse stato effettuato[22], a pochi mesi di distanza dalla stessa i giudici di legittimità tornano ad esprimersi sull'errore esecutivo del medico, discostandosi completamente dal precedente provvedimento, senza farne menzione.
Secondo l'impostazione della sentenza Cavazza[23] l'errore del medico dovuto ad imperizia nella fase esecutiva dell'atto terapeutico, così come individuato dalla linee guida adeguate al caso concreto, rappresenta l'ambito d'elezione della causa oggettiva di non punibilità di cui all'art. 590 *sexies* c.p., in conformità della finalità che con questa legge il legislatore ha inteso perseguire.

---

[21] Cass. pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir.pen.cont.*, 2017, 6.; A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *Giur. Pen. Web*, 2017, 12; G.M. CALETTI E M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir.pen.proc.*, 2017, p. 1369

[22] Sul punto si è parlato di un *deficit di comunicazione* all'interno della stessa Quarta Sezione della Corte di Cassazione, C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *riv.trim.pen.cont.*, 2017, 11.

[23] Cass. pen., Sez. IV, sent. 19 ottobre 2017 (dep. 31 ottobre 2017), n. 50078, con nota di C. Cupelli, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrato: si avvicinano le Sezioni Unite*, in *www.pwnalecontemporaneo.it*, 7 novembre 2017; A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, cit.; M. GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, cit.

Secondo l'intenzione del legislatore, dunque, l'unica ipotesi in cui permane l'affermazione di responsabilità del medico è quella dell'imperizia *in eligendo*, cioè l'individuazione di linee guida inadeguate al caso concreto.
Sulla questione controversa sono intervenute le Sezioni Unite[24] che si sono sforzate di dare una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 590 *sexies* c.p.
A tal fine, valorizzandone il senso, le Sezioni Unite assumono la gradazione della colpa come mezzo per trovare un punto di raccordo tra le differenti esigenze della classe medica, senza rischiare allo stesso tempo di compromettere la sicurezza delle cure.
Dunque il contrasto sorto viene superato facendo un passo indietro: le Sezioni Unite reintroducono per via giurisprudenziale la distinzione, già presente nella legge Balduzzi, tra colpa lieve e colpa grave.
In sostanza *"l'esercente la professione sanitaria risponderà, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;*
b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;
d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico[25]*"*
Sebbene non sia questa la sede in cui appare rilevante approfondire gli elementi di criticità della legge Gelli-Bianco, occorre rilevare come anche in questo caso – così come nell'evoluzione che ha portato all'emanazione della legge sulle DAT- la giurisprudenza ha giocato un ruolo fondamentale.
Tuttavia ci si è chiesti se un'interpretazione costituzionalmente conforme delle Sezioni unite potesse estendersi sino al punto di introdurre nella fattispecie un elemento ulteriore rispetto alla lettera della norma, cioè la graduazione della colpa per imperizia[26].
In particolari dubbi sorgono in ordine alla compatibilità di una tale lettura della norma con le ragioni di garanzia e certezza del diritto, in considerazione del fatto che la gradazione della colpa per imperizia non è parte della scelta operata dal legislatore.
Secondo altra visione, a placare i timori, per riportare le parole del Presidente Canzio, *non si tratta di un'operazione creativa contro la volontà del legislatore, non è stata inventata una regola, ma riportata a razionalità*[27].

---

[24] Cass. SSUU, sent. 21 dicembre 2017 (dep. 22febbraio 2018), n. 8770, con nota di C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir.pen.cont.*, 2018
[25] Cass. SSUU, sent. 21 dicembre 2017, cit. paragrafo 11.
[26] C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite*, cit.
[27] In occasione di un ciclo di seminari dal titolo *"Il giudice-interprete e la formazione del diritto: casi e questioni"*, tenuti dal Prof. G. Canzio, Università La Sapienza, 17 maggio 2018.

5. L'art. 1 comma 6 l.n. 219/2017 e l'art. 590 *sexies* c.p: due facce della stessa medaglia?

Analizzato il contenuto dei recenti interventi del legislatore in materia di responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, si tenta di tirarne le somme al fine di comprendere se ci siano dei punti di contatto.

Certamente pare potersi affermare che gli interventi effettuati dal legislatore in tal senso siano entrambi ispirati dalla volontà di assicurare al medico un contesto professionale denotato da maggiori certezze, il che inevitabilmente si ripercuote nella relazione terapeutica, che ne esce (o almeno dovrebbe) rafforzata, garantendo maggiore sicurezza delle cure per il paziente.

Con lo stesso tono certo si può dire altresì che entrambi gli interventi legislativi siano stati mossi da un acceso dibattito prima di tutto sociale, giurisprudenziale poi, come si è avuto modo di appurare precedentemente.

In termini generali la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria si determina in relazione al rapporto tra la libera autodeterminazione del paziente da un lato, e la competenza del medico dall'altro.

Quando il diritto penale incontra il mondo della medicina, né l'uno né l'altro fattore, che ruotano intorno alla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, può essere trascurato, dal momento che i diritti e i doveri in capo al medico e al paziente si trovano in una posizione di complementarietà.

In tal senso si può affermare che la l.n. 219/2017 abbia inciso per lo più sulla sfera dell'autodeterminazione del paziente, colmando la lacuna lasciata dalla legge Gelli-Bianco che si focalizza, invece, sulla sfera dell'esercente la professione sanitaria. Quest'ultima, invero, àncora l'attività del medico al rispetto di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica – secondo le disposizioni di cui all'art. 5 della legge – e si preoccupa, in qualche modo, non solo di disciplinare ipotesi di non punibilità, ma anche di definire la competenza del professionista.

Il medico, come anche specificato dalla Sezioni Unite, non solo deve essere accurato nella valutazione e nella diagnosi del paziente, ma deve altresì essere preparato e aggiornato sulle *leges artes* e sulle nuove acquisizioni scientifiche, sì da essere in condizione di fare *ex ante* scelte in merito al corretto *iter* terapeutico del paziente e di seguirne correttamente l'evoluzione. Sono queste le premesse da cui il legislatore parte al fine di definire la sfera di non punibilità definita dall'art. 590 *sexies* c.p.

Nella legge Gelli-Bianco si parla di linee guida e del loro accreditamento, di responsabilità o non responsabilità, ma non si affrontano profili inerenti alla volontà del paziente. L'autodeterminazione del paziente è invece il cuore della legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, mentre quanto all'ambito della responsabilità del medico sono dedicate poche -forse troppo poche - parole.

Quando si parla di responsabilità del medico, o meglio di esenzione della responsabilità, non si può fare a meno di meno di mettere in evidenza come le competenze che al medico si richiedono sono poste al servizio del paziente, che deve essere accompagnato nell'espressione della sua volontà tramite il consenso informato.

Si deve dare atto al legislatore di come abbia efficacemente espresso questo concetto nell'art. 1 co. 8 l.n. 219/2017, nel quale si dice che *il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce il tempo di cura*.
Il tempo di cura è un percorso d'incontro tra autonomia e responsabilità[28] nel quale l'una integra l'altra.
In tal senso si sono mosse esitazioni per il timore che la classe medica si veda, a seguito della legge sul "fine vita", ridurre il proprio ruolo a mero esecutore della volontà del paziente.
Come accennato, a differenza della legge Gelli-Bianco, la l.n. 219/2017 non si focalizza particolarmente sulla figura del medico, celando anche alcuna specifica norma sull'eventuale diritto del medico di rifiutarsi a sua volta di adempiere alle richieste del paziente, quando queste fuoriescano dalla sua personale sfera etica, esercitando una vera e propria obiezione di coscienza[29].
Quanto alla possibilità che il medico possa appellarsi al diritto di esercitare l'obiezione di coscienza al fine di non attualizzare la richiesta interruttiva del paziente, si deve tener presente che è lo stesso testo normativo a sostenere che il medico è esente da ogni obbligo professionale quando le richieste del paziente siano contrarie alla deontologia professionale.
Ora, si tratta di comprendere cosa debba intendersi per *trattamento sanitario contrario alla deontologie professionale.*
Il codice di deontologia medica disciplina la c.d. clausola di coscienza, prevedendo all'art. 22 che *il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione.*
Di particolare rilievo sembra essere il riferimento alla *propria coscienza*, nella misura in cui certamente il legislatore ha, giustamente, scelto, con le previsioni di cui alla legge n. 219/2017, di dare massima espressione alla volontà del paziente, che in alcun modo può essere limitata sulla base della motivazione esistente dietro ad una scelta di interrompere un trattamento sanitario, seppur vitale.
Ciò significa che l'unico vaglio che il medico può porre in essere è in merito all'effettività del consenso libero ed informato, non essendo di sua competenza un giudizio eticamente orientato in merito alla scelta del malato.
Tuttavia, dal momento che, come visto in precedenza, l'interruzione di un trattamento può, a seconda dei casi, richiedere un'azione da parte del medico - seppur finalizzata a realizzare un'omissione - ci si chiede se sia possibile individuare una sfera di coscienza entro la quale il medico possa decidere di non agire sul corpo del paziente, quando questo sia volto ad interrompere un trattamento salvavita.
In sostanza, esiste un limite a ciò che al medico può essere richiesto?
Nonostante la legge risponda a tale interrogativo negando obblighi del medico a fronte di richieste di trattamenti che siano contrari a norme di legge e alla deontologia professionale, sicuramente

[28] C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *Riv. Mul. On line*, 21 aprile 2017, p. 3.
[29] C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione teapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *riv.trim. pen. cont.*, 2017, 12, p. 4.

tale ultimo riferimento può destare dei dubbi che, probabilmente, andranno chiariti, anche sulla base della risposta della classe medica[30].

Questi dubbi avvalorano la percezione per cui non si possa disciplinare sulla volontà del paziente, senza che ciò, inevitabilmente, ricada sulla figura del medico e viceversa, la sensazione non deve essere quella che "se si mette da una parte, si toglie dall'altra", gli interventi legislativi devono mirare alla ricerca di un equilibrio che sia quello proprio dei vasi comunicanti.

Tuttavia, il timore di svilimento della figura del medico, quale mero esecutore della volontà testamentaria del paziente, deve ritenersi superato in considerazione del fatto che egli è parte della relazione di cura, non in quanto mero contenitore di conoscenze scientifiche, ma perché è vincolato ai doveri ed ai criteri di appropriatezza propri della professione[31].

Orbene, *la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico* (art. 1,comma 2, l.n. 219/2017) cui si riferisce il legislatore, non possono essere considerarsi limitati alla sola fase dell'informazione e dell'espressione del consenso del paziente.

---

[30] L. EUSEBI, cit., p. 419 ss., esprimendo una posizione fortemente contraria alla possibilità di obbligare il medico ad agire sul paziente al fine di interrompere un trattamento salvavita, sostiene che quando l'indisponibilità ad agire contro coscienza da parte del destinatario di un obbligo attenga alla volontà di salvaguardare un bene rientrante entro l'ambito dei diritti umani fondamentali (al di là di qualsiasi valutazione circa i motivi che consentano, legalmente, la produzione di effetti a suo detrimento), deve ritenersi che il diritto di sottrarsi all'obbligo per ragioni di coscienza abbia non soltanto fondamento costituzionale, ma sia direttamente desumibile dalla Costituzione, pur quando, dunque, non contemplato in una specifica norma di legge".

Mentre posizione differente è presa da A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 1, p. 78 ss, secondo cui, in assenza di una disciplina specifica in ambito di obiezione di coscienza praticabile nelle ipotesi decisioni sul fine vita, "finché il medico mantiene la posizione di garanzia, ha il dovere di sospendere le cure rifiutate e di attuare, invece, quelle ancora utili e coperte dal consenso; sennonché, egli può rinunciare *tout court* alla posizione di garanzia. Tale alternativa, tuttavia, pare quanto meno problematica, se affermata in termini incondizionati, mancando un'espressa autorizzazione legale all'obiezione di coscienza in casi del genere. Alla luce della teoria del reato omissivo improprio, può al più riconoscersi al medico la facoltà di "trasferire" alcuni obblighi inerenti al proprio ruolo (nel caso di specie, l'obbligo di sostituire la terapia illecita, perché non voluta, con l'altra doverosa) ad un collega competente ed oggettivamente in grado di (e disposto a) osservarli. In questo modo, il garante comunque adempie, mediante la collaborazione altrui, ai doveri su di lui gravanti. Preme ricordare che, senza il consenso del paziente, questa cessione di responsabilità non è totalmente liberatoria per il cedente (che dunque potrà rispondere a titolo di concorso, se del caso, dell'eventuale illecito commesso dal delegato), non essendo unilateralmente disponibile la *titolarità* di una posizione di protezione preposta alla tutela di interessi fondamentali altrui; eccettuata, forse, l'ipotesi di trasferimento conforme alle regole di organizzazione interna di una struttura pubblica, dato che, in caso di affidamento al servizio sanitario, il paziente, in linea di principio, ha diritto ad ottenere la prestazione, ma non a scegliere lo specifico medico-persona fisica".

[31] Codice di Deontologia medica, Art. 3 Doveri generali e competenze del medico
Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera.[…] La diagnosi a fini preventivi, terapeutici e riabilitativi è una diretta, esclusiva e non delegabile competenza del medico e impegna la sua autonomia e responsabilità.

Art. 6 Qualità professionale e gestionale: "Il medico fonda l'esercizio delle proprie competenze tecnico-professionali sui principi di efficacia e di appropriatezza, aggiornandoli alle conoscenze scientifiche disponibili e mediante una costante verifica e revisione dei propri atti"

Tali componenti attengono, invece, anche alla fondamentale fase dell'individuazione dei trattamenti sanitari praticabili nel caso concreto e alle modalità della loro esecuzione,[32] così come previsto dalla disciplina della legge Gelli-Bianco, con particolare riferimento all'art. 5[33]secondo cui *gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzioni delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche*[34].

Si è detto che la competenza e la responsabilità del medico nella fase in cui informa il paziente - che viene così posto nella condizione di esprimere un consapevole e libero consenso - rappresenta solo una fase della relazione terapeutica.

Questa fase deve considerarsi come particolarmente delicata, in quanto la competenza del medico chiaramente influisce sul processo decisionale del malato, che si determina in ragione delle opzioni che il professionista gli prospetta.

In tal senso, si consideri il caso in cui il paziente, nonostante la mancata collaborazione del medico, anche sul presupposto che il suo consenso è pur sempre revocabile, sia spinto a sottoporsi ad un trattamento sanitario che ne determini la morte.

Senza dubbio, si è dinanzi ad una violazione del dovere di informare che incombe sull'esercente la professione sanitaria. Ma ci si chiede se ci sia, ed eventualmente quale sia, la sfera di responsabilità del medico, nella misura in cui si accerti che in presenza di una corretta informazione - basata sulle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica - l'evento non si sarebbe verificato. Pare questa un'ipotesi che potrebbe determinare l'operatività dell'art. 590 *sexies* c.p. in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Anche nell'ipotesi in cui il paziente scientemente scelga di interrompere il trattamento sanitario o di non intraprenderlo, occorre precisare che, nonostante venga meno il dovere di cura, non tutti gli obblighi in capo al medico si esauriscono.

Piuttosto si assiste ad una mutazione del contenuto della posizione di garanzia[35].

---

[32] L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.,* in *Riv.it.med.leg.*, 2018, 2, p. 415.

[33] P.F. POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?,* in *Riv.trim.pen.cont.*, 2017, 2, p. 67 ss.; G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale,* in *Riv. Trim. pen. cont.*,p. 84 ss; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanirari e le incerte novità della legge Gelli*-Bianco, cit., p. 1765; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco*", cit.; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch.pen*, 2017, 2.

[34] Sono state espresse, in dottrina, perplessità in merito all'intervento di interessi economici, seppur inespressi, nella gestione delle tematiche in relazione al "fine vita" sotto il profilo del condizionamento mediatico esercitato sul paziente, sia sotto il profilo della matrice economia che potrebbe condizionare la formazione delle linee guida accreditate presso la comunità scientifica: "La questione è data dalla concreta possibilità che le linee guida finiscano, talora, per tenere conto, in modo non sempre palese, di valutazioni puramente economiche, e ciò non soltanto nell'ottica di una ripartizione equa delle risorse. Come pure va evidenziato il pericolo che la redazione stessa delle linee guida, ad opera delle istituzioni preposte, possa essere influenzata dalle esigenze di soggetti economici che operino nell'ambito delle produzioni rilevanti per l'attività medica. Il tutto, ancora una volta, a discapito dei soggetti deboli per i quali non si ritenga opportuno, o remunerativo, l'impiego di risorse.", in tal senso L. EUSEBI, cit, p. 429.

[35] Sul punto C. CUPELLI, *Diritti e doveri del medico nelle "scelte di fine vita",*cit. p. 265 ss.

Il medico è, infatti, investito dall'obbligo di persuasione del paziente, non nel senso di voler incidere paternalisticamente sulla sua scelta, quanto al fine di accertare che sia garantito l'equilibrio tra la tutela della salute e l'autodeterminazione; il medico deve altresì assicurare l'assistenza psicologica e morale che la volontà del paziente richiede, così da scongiurare il rischio che alla scelta di non essere curati corrisponda un abbandono terapeutico, ciò anche attraverso le ulteriori informazioni che al paziente devono essere date in ordine al decorso e agli effetti che derivano dalla sospensione delle cure.

Pare, insomma, potersi dire scongiurato il timore della classe medica di essere "meri esecutori testamentari" della volontà del paziente dal momento che, a prescindere da come si orienti la volontà del malato, il medico e il paziente fanno parte di un'alleanza, che mira nella stessa direzione.

Per di più sembra, dunque, possibile ravvisare un'interrelazione tra i due provvedimenti normativi in ambito sanitario, sia sotto il profilo dell'oggetto trattato che sotto il profilo di responsabilità.

La legge Gelli-Bianco e la legge n. 219/2017 sono state emanate a pochi mesi di distanza l'una dall'altra, hanno percorso strade - solo in parte – differenti, per cui l'impressione potrebbe essere quella di trovarsi dinanzi ad interventi legislativi che si occupano di tematiche differenti.

Pare, tuttavia, il caso di porre in evidenza che entrambe ineriscono alla relazione terapeutica tra medico e paziente - seppur sotto profili differenti - e che le due posizioni si trovino in una relazione dialettica, che si confronta con le istanze di cura.

Insomma, le due leggi sono due facce della stessa medaglia, che, in quanto tali, interagiscono tra di loro, alla ricerca di un equilibrio che possa garantire la sicurezza delle cure, la piena attuazione dell'autodeterminazione del paziente ed il superamento della medicina difensiva.

Diritto a morire: artt. 579 e 580 Codice Penale e Legge n. 219/2017. Necessità di riforma alla luce del nuovo consenso informato e dell'esclusione da responsabilità penale dei soli medici.

di ***Veronica Rossetto*** *(Avvocato)*

La Legge n. 219 del 22/12/2017 impone una riflessione sulla nuova tutela che il diritto penale deve accordare alla vita umana.
Il Codice Rocco, figlio di una visione autoritaria e paternalistica dello Stato, si innalza a baluardo assoluto mediante i delitti di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio.
Ebbene, il riscatto dei diritti individuali – fra tutti, il diritto all'autodeterminazione – ha reso anacronistiche le disposizioni di cui agli artt. 579 e 580 c.p. siccome strutturate, soprattutto per coloro che, costretti da malattie incurabili, erano obbligati ad attuare la loro decisione di morire solo con l'intervento di terzi che sarebbero però stati esposti all'imputazione penale.
Tale anacronismo è stato normativamente palesato dall'innovazione che la novella legislativa reca con sé.
Il consenso di cui all'art. 1 co. 5, a differenza del 'tradizionale' consenso informato medico-chirurgico, non sottende un intervento attivista del medico per la cura del paziente ma una 'non cura' scaturente nella morte rispetto alla quale il medico va esente da responsabilità penale (art. 1 co. 6).
I terzi non medici – tra cui l'autonoma figura professionale dell'infermiere – non sono però protetti da tale guarentigia col rischio di subire un'incriminazione ex artt. 579 o 580 c.p.
L'impossibilità di superare in via interpretativa tale criticità impone un intervento da parte degli operatori del diritto.
La Corte Costituzionale è già stata investita della ritenuta illegittimità dell'art. 580 c.p.: si tratta di valutare la sufficienza della sua decisione e dunque i limiti del suo potere.
In ogni caso non può pronunciarsi sull'art. 579 c.p. in quanto estraneo alla questione sollevata ma che necessita comunque di essere modificato.
Il rischio dunque è ancora quello di interventi disarmonici: è auspicabile allora che sia il Legislatore ad intervenire con una riforma organica di tutte le norme penali coinvolte dando finalmente piena affermazione alla libertà individuale.

Italian Law No. 219 of 22 December 2017 makes it necessary to reflect on the new protection that criminal law must give to human life.
Through the crimes of killing on demand and of instigation or assistance in suicide, the Rocco Code, child of an authoritarian and paternalistic vision of the State, stands as the last bastion of human life.
The true acquisition of individual rights – especially the right to self-determination – has made the provisions under sections 579 and 580 c.p. (Italian Criminal Code) anachronistic in the way

they are structured, especially with regard to those who, obliged by incurable diseases, could only implement their decision to die with the help of a third party, who would, however, be exposed to criminal charges.
This anachronism has been made clear in regulatory terms by the innovation that the amending legislation brings with it.
The consent under the fifth paragraph of section 1, unlike the 'traditional' medical-surgical informed consent, does not imply active intervention by the doctor to care for the patient but a 'non care' resulting in death for which the doctor is exonerated from criminal liability (sixth paragraph of section 1).
Non-medical third parties – including independent professional nurses – are not, however, protected by this privilege with the risk of being prosecuted pursuant to sections 579 or 580 c.p.
The impossibility of overcoming in interpretative terms this critical issue necessitates action by legal practitioners.
The alleged illegality of section 580 c.p. has already been put in the hands of the Constitutional Court: it is a question of assessing the sufficiency of the latter's decision and therefore the limits of its power.
In any case it cannot rule on section 579 c.p. since it has nothing to do with the question raised, but in any event needs to be amended.
The risk is therefore still one of disjointed interventions: it is to be hoped that the Legislator will act with an overall reform of all the criminal legislation involved, finally resulting in the complete assertion of individual freedom.

Sommario: 1. Introduzione: criticità del diritto penale rispetto al tema del *fine vita*. **2.** Il *nuovo* consenso informato di cui all'art. 1 della Legge n. 219 del 22/12/2017: l'anacronismo dei delitti di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio e la limitazione ai soli medici dell'esclusione da responsabilità penale. **3.** La necessità di regolamentazione organica del *fine vita* da parte del Legislatore.

1. Introduzione: criticità del diritto penale rispetto al tema del *fine vita*.

Nuove frontiere del diritto è l'espressione di uso comune tra i giuristi per indicare le istanze di adeguamento normativo all'evoluzione fattuale della realtà.
Affrontarle, con specifico riferimento all'annoso tema del *fine vita*, significa prendere atto del profondo *gap* sussistente tra il *corpus* normativo penalistico attualmente in vigore e il riconoscimento ormai acclarato dei diritti personalissimi.
Il Codice Penale Rocco, che costituisce la *legge fondamentale* del nostro ordinamento penale, è figlio della visione autoritaria e paternalistica dello Stato fascista che pretendeva di sostituirsi ai singoli anche nelle decisioni più private per salvaguardare un ordine superiore a cui tutti erano chiamati a contribuire in modo totalizzante[1].

[1] Nella Relazione Ministeriale al Progetto di codice penale del 1930 (www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1930/10/26/251/sg/pdf) si legge che "*A tali preminenti fini e interessi che sono i fini e interessi statuali debbono, dunque, venire subordinati, nel caso di eventuali conflitti, tutti gli*

Tale ideologia emerge non solo dalla collocazione dei delitti posti a tutela del bene vita in coda a quelli che presidiano i beni di natura pubblicistica ma anche dalla difesa assoluta che a tale bene viene riservata, persino annullando la volontà di colui che chiede di essere ucciso o di essere aiutato a morire: è questa la *ratio* ispiratrice dei delitti di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e di aiuto al suicidio[2] (art. 580 c.p.), all'evidenza previsti anche ad ulteriore suggello del legame tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica che si era da poco rinnovato con i Patti Lateranensi dell'11 febbraio 1929.

Per vero, l'evoluzione che la società ha vissuto negli ultimi decenni, anche di affrancamento religioso, con una progressiva ed effettiva presa di coscienza da parte dei singoli dei diritti individuali che nel frattempo la Costituzione era intervenuta a riconoscere[3], è culminata in un braccio di ferro tra lo Stato e coloro che, costretti a vivere una condizione di vita al limite, pur in assenza di specifica normativa, hanno comunque attuato la loro ultima volontà con conseguenze giuridiche che hanno costretto il Legislatore ad iniziare ad affrontare la questione.

2. Il *nuovo* consenso informato di cui all'art. 1 della Legge n. 219 del 22/12/2017: l'anacronismo dei delitti di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio e la limitazione ai soli medici dell'esclusione da responsabilità penale.

Il lungo dibattito politico e parlamentare sul *fine vita* si è concluso con la Legge n. 219 del 22/12/2017

L'intervento legislativo per come strutturato non può però pretendere di esaurirne la disciplina

La novella è basata sul rapporto di cura medico-paziente[4] che rappresenta il contesto nel quale è data la possibilità al malato di rifiutare o interrompere le cure

---

altri interessi individuali o collettivi, propri dei singoli, delle categorie e delle classi che hanno, a differenza di quelli, carattere transeunte e non già immanente, come gli interessi concernenti la vita dello Stato" (p. 4446) e che "*la filosofia giuridica penale, che ispira la nuova opera legislativa, non è che una derivazione della filosofia giuridica generale del Fascismo. Filosofia, in verità, ben diversa da quella che fu propria degli enciclopedisti francesi a cui si ispirarono la rivoluzione del 1789, la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, i codici penali del 1791 e del 3 brumaio anno IV e la stessa codificazione legislativa penale del primo Napoleone, che fu il modello a cui si attennero, per più di un secolo, tutte le altre successive legislazioni che dominarono all'estero e in Italia, non escluso il codice penale del 1889. I caratteri che distinguono l'una dall'altra filosofia sono principalmente in ciò che l'una è esclusivamente individualista, l'altra essenzialmente sociale o collettiva o statuale, in quanto che, pur evitando gli eccessi della statolatria, pur tutelando nei confronti dello Stato l'interesse della libertà individuale, tuttavia subordina tale interesse all'interesse supremo dell'esistenza e della conservazione dello Stato e impedisce che la libertà degli individui trascenda in licenza od arbitrio"* (p. 4447).

[2] La trattazione è limitata alla fattispecie di aiuto al suicidio, rimanendo la determinazione e l'istigazione al suicidio condotte di indebita aggressione alla vita altrui come tali meritevoli tuttora di repressione penale.

[3] Il riferimento è chiaramente all'art. 2 della Costituzione, che rappresenta il nocciolo duro dei diritti fondamentali della persona in cui trovano dimora anche quelli non espressamente previsti dalla Carta fondamentale ma che, grazie all'evoluzione giuridica e soprattutto giurisprudenziale, sono stati riconosciuti come tali.

[4] L'art. 1 comma 2 della Legge n. 219 del 22/12/2017 sancisce che "*è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico*".

Invero, il termine *diritto* che il Legislatore all'art. 1 comma 5[5] ha precisamente utilizzato per riferirsi a tale possibilità ne tratteggia la valenza assolutistica trascendente il citato rapporto medico-paziente.
A tale conclusione si giunge anche alla luce della struttura del *nuovo* consenso informato al rifiuto o all'interruzione del trattamento sanitario.
Il consenso informato medico-chirurgico nell'accezione a cui siamo abituati si configura quale approvazione debitamente informata del malato ad un intervento attivo del medico per consentirgli di intervenire con atti di per sé lesivi della sua integrità fisica ma che per la finalità curativa a cui tendono non si colorano di quel connotato di antigiuridicità che altrimenti avrebbero[6].
Il consenso previsto dall'art. 1 comma 5 della Legge n. 219 del 22/12/2017 certamente deve mantenere inalterate le caratteristiche tipiche già previste per il consenso 'tradizionale'[7] a tutela dell'effettività ed attualità della volontà del malato[8], ma sottende una visione diametralmente opposta: se infatti il consenso 'tradizionale' è volto alla cura del paziente, questo nuovo consenso implica una 'non cura' ed esonera il medico da responsabilità penale (e civile)[9] laddove il decorso fisiologico della malattia esiti in conseguenze infauste.
In tal modo il Legislatore ordinario ha attuato anche per i pazienti impossibilitati a manifestare facilmente la propria volontà il diritto costituzionale a non sottoporsi ad alcun trattamento sanitario[10] che prima invece erano di fatto costretti a subire attesa la posizione di garanzia che i professionisti sanitari ricoprono nei riguardi del malato[11].

---

[5] L'art. 1 comma 5 della Legge n. 219 del 22/12/2017 prevede che "*ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporta l'interruzione del trattamento*".
[6] Sulla qualificazione del consenso informato al trattamento medico-chirurgico quale scriminante *ex* art. 50 c.p. vi sono tuttora opinioni contrastanti: in Giurisprudenza si ritiene che tale consenso non può coprire la lesione permanente stante il divieto di menomazione definitiva dell'integrità fisica di cui all'art. 5 c.c., nè la morte, essendo la vita diritto indisponibile secondo la visione tradizionale, ma si configura quale presupposto di validità e liceità dell'attività medica (*ex multis*, Cass. Pen., Sez. VI, 4 aprile 2006, ud. 14 febbraio 2006, n. 11640).
[7] Il consenso, oltre che debitamente informato e inequivoco, deve essere personale, attuale, libero, informato, specifico e lecito, ovvero non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.
[8] La necessità di effettività anche tale *nuovo* consenso informato si ricava dall'art. 1 comma 4 della Legge n. 218 del 22/12/2017 secondo cui "*il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare*".
[9] L'art. 1 comma 6 della Legge n. 219 del 22/12/2017 sancisce che "*il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale*".
[10] L'art. 32 della Costituzione nel sancire il diritto alla salute lo configura quale *libertà negativa* che il singolo deve poter concretamente esercitare ma senza costrizioni a meno che non vi sia un superiore interesse della collettività da tutelare. L'interpretazione oramai invalsa pone tale disposizione in stretta correlazione sistematica con il principio di autodeterminazione riconosciuto dall'art. 2 della Costituzione e l'inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13 della Carta fondamentale.
[11] I professionisti sanitari rivestono una posizione di garanzia *ex* art. 40 comma 2 c.p. verso i pazienti. Emblematiche sono anche le fattispecie di rifiuto di atti d'ufficio *ex* art. 328 c.p. e di omissione di soccorso

A parere di chi scrive siamo di fronte ad una rivoluzione del diritto[12] e dunque anche del ruolo che il diritto penale deve assumere di fronte al bene vita.
I delitti di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio di cui agli artt. 579 e 580 c.p. completano in senso totalizzante la tutela che il Legislatore del 1930 decise di apprestare a tale bene giuridico.
Il primo punisce infatti la condotta di chi provoca la morte nonostante il consenso del titolare che dunque non può disporre della propria vita: il consenso in questo caso non scrimina la condotta di colui che, attivamente o mediante omissione, provoca la morte, ma solo giustifica un trattamento sanzionatorio meno rigoroso rispetto alla fattispecie di omicidio doloso.
Il secondo – limitatamente, come precisato, alla fattispecie di aiuto al suicidio – punisce qualsiasi condotta, materiale o morale, attiva od omissiva, che aiuti l'aspirante suicida nella realizzazione della propria già radicata volontà di morire, il quale, in ogni caso, deve mantenere la signoria sull'azione finale[13].
Solo il tentato suicidio è rimasto penalmente irrilevante: in un sistema ordinamentale fortemente incentrato sul principio di indisponibilità del bene vita, lo Stato si è arrestato di fronte alla tragicità della decisione di colui che da solo usa violenza contro se stesso[14].
L'anacronismo delle fattispecie delittuose appena descritte, se già aveva iniziato a manifestarsi con il progressivo riscatto dei diritti individuali, ed in particolare del diritto all'autodeterminazione, che negli ultimi decenni hanno registrato una rapida accelerazione grazie alla costante e continua evoluzione sociale e giurisprudenziale[15] e alle battaglie di tutti quei volti[16] che dal 2006 al 2017 hanno mantenuto accesi i riflettori sul tema del *fine vita*, l'ultimo intervento legislativo lo ha definitivamente palesato.

---

di cui all'art. 593 c.p. applicabili allorquando il professionista omette il suo intervento aggravando il quadro clinico del paziente.

[12] L'introduzione della Legge n. 219 del 22/12/2017 ha posto altresì dei dubbi sulla compatibilità con l'art. 5 c.c. in quanto il consenso del paziente ad interrompere le cure mediche ovvero a non iniziarle implica inevitabilmente la morte che, all'evidenza, assorbe la menomazione permanente dell'integrità fisica.

[13] In ciò è racchiusa la differenza con la fattispecie di omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p. in cui, al contrario, è il terzo che conduce l'azione criminosa.

[14] G. COCCO – E. M. AMBROSETTI, *I reati contro le persone. Vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali*, Cedam, 2010, p. 80.

[15] Senza entrare nel merito della tematica che richiederebbe una trattazione troppo dispendiosa per questa sede, è sufficiente evidenziare che il diritto all'autodeterminazione, con particolare riferimento all'autodeterminazione terapeutica, è stato (e lo è tuttora) oggetto di analisi ed evoluzione normativa e giurisprudenziale interna (che lo riconduce agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione) e sovranazionale (ad esempio, la Corte EDU in più occasioni ha affermato che l'effettività della tutela dell'art. 8 CEDU impone la garanzia dei processi decisionali rispettosi del diritto del cittadino ad autodeterminarsi).

[16] Il riferimento è ai noti Piergiorgio Welby, Giovanni Nuvoli, Beppino Englaro per la figlia Eluana, Walter Piludu, Fabiano Antoniani, Marco Cappato e in generale a tutti coloro che, colpiti da vicende drammaticamente simili, hanno lottato perché lo Stato ascoltasse le loro rivendicazioni.

Si può dire anzi che il Legislatore si è finalmente arreso a riconoscere, o ad iniziare a riconoscere, anche nel nostro ordinamento giuridico l'*eutanasia pietosa*[17] [18] fino a ieri rimasta priva di specifica normativa.
La novella legislativa in parola ha di fatto individuato una prima embrionale regolamentazione giuridica specificamente ritagliata sul fenomeno eutanasico ma l'ha limitata al rapporto di cura medico-paziente prevedendo solo per tale professionista l'esenzione da responsabilità penale (e civile)[19] per le conseguenze infauste che possono derivare dal rifiuto al trattamento sanitario.
Al di fuori di tale perimetro continuano ad applicarsi le disposizioni generali di cui agli artt. 579 e 580 c.p. nella formulazione originaria del 1930 che le ha configurate, per quanto si è detto, quali baluardi assoluti della vita umana.
Il diritto che l'art. 1 comma 5 della Legge n. 219 del 22/12/2017 riconosce al malato di pretendere l'interruzione delle cure o di non sottoporvisi, includendovi anche l'alimentazione e l'idratazione artificiali[20], rende di fatto inattuali le due disposizioni in esame e nel contempo impone alcune riflessioni sulla limitatezza dell'intervento legislativo.
La previsione dell'esclusione per il medico da responsabilità penale a fronte di un consenso validamente manifestato dal malato di fatto elimina per il professionista il rischio di un'incriminazione per omicidio del consenziente laddove egli interrompe le cure ovvero non le somministra come dovrebbe fare atteso il suo obbligo di garanzia verso il paziente a norma dell'art. 40 c.p.
Non affronta però quei casi in cui potrebbe essere un terzo non medico che interviene a procurare la morte del paziente col suo consenso o ad aiutarlo nel suo proposito.
È principio generale dell'ordinamento giuridico espresso anche dal noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* quello che impone, innanzitutto, di interpretare le disposizioni giuridiche in base al significato delle parole impiegate dal Legislatore (art. 12 delle Preleggi).
Orbene, il sostantivo *medico* usato all'art. 1 comma 6 della Legge n. 219 del 22/12/2017 che prevede l'esonero per tale professionista da responsabilità penale è un termine tecnico che, alla luce dell'intero *corpus* normativo prettamente incentrato sul rapporto di cura medico-paziente[21],

---

[17] L'eutanasia che si vorrebbe fosse definitivamente disciplinata è la cosiddetta *eutanasia passiva* in cui si assiste ad un'astensione del medico da ulteriori interventi o trattamenti volti a tenere in vita il malato che giunge alla morte per il fisiologico decorso della malattia. Differente e in ogni caso non ammessa è l'*eutanasia attiva* in cui vi è una diretta somministrazioni di sostanze letali atte a provocare la morte.
[18] L'*eutanasia pietosa* ha lo scopo di liberare un soggetto da una condizione di vita diventata insostenibile.
[19] Cfr. nota n. 9.
[20] L'art. 1 comma 5 della Legge n. 219 del 22/12/2017 specifica che "*ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*".
[21] Si vedano in particolare l'art. 1 commi 2 e 8 della Legge n. 219 del 22/12/2017: il primo sancisce che "*è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico*" e il secondo che "*il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*"; e l'art. 5 comma 1 della Legge n. 219 del 22/12/2017 secondo cui "*nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'equipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità*".

non ammette interpretazioni estensive. Con la conseguente responsabilità penale, a titolo di omicidio del consenziente o di aiuto al suicidio a seconda della condotta posta in essere, di qualsiasi altro terzo che, richiesto dal malato, intervenga a realizzare la sua volontà.
La questione appare rilevante se si considera che terzi non sono solo familiari o in generale persone di fiducia del malato, ma anche gli infermieri che, nel rapporto col paziente, non costituiscono un mero *quivis de populo.*
L'infermiere, quale professionista autonomo rispetto al medico[22], nelle strutture sanitarie inevitabilmente interviene nelle operazioni di interruzione delle cure.
Non solo. Spesso, soprattutto nell'assistenza domiciliare, si instaura un profondo rapporto di fiducia tra il paziente e l'infermiere messo a disposizione dalla struttura sanitaria che può spingere il malato a rivolgergli qualsiasi richiesta che possa in qualche modo, anche in via indiretta, esaudire la sua richiesta eutanasica.
Tali criticità impongono un intervento volto ad armonizzare la novella legislativa e le disposizioni di cui agli artt. 579 e 580 c.p. In difetto, vi sarebbe un'ingiusta disparità di trattamento tra il medico e tutti gli altri soggetti a cui il malato intende rivolgersi che di fatto non sarebbe ancora del tutto libero nell'attuazione della propria ultima volontà.
In altre parole, alla luce della Legge n. 219 del 22/12/2017 il bene giuridico tutelato dalle disposizioni in esame non è più la vita *tout court* ma il bene vita aggredito da manipolazioni esterne che possono indurre la vittima – in questo caso il malato – a porre fine alla propria esistenza senza che ciò sia il frutto di una propria autonoma e genuina decisione.
Prevedere l'esclusione da responsabilità penale non solo del medico ma anche di tutti coloro che a vario titolo dovessero intervenire nel percorso attuativo della volontà di morire del malato, di fatto significa rivedere le condotte penalmente rilevanti e adeguare il ruolo del diritto penale all'effettivo bene giuridico da tutelare.

3. La necessità di regolamentazione organica del *fine vita* da parte del Legislatore

L'inadeguatezza della Legge n. 219 del 22/12/2017 a disciplinare compiutamente il tema del *fine vita* siccome tratteggiata nel paragrafo precedente si è palesata in tutta la sua evidenza con la nota vicenda giudiziaria che ha fatto seguito alla morte per suicidio di Fabiano Antoniani, meglio conosciuto come dj Fabo, avvenuta in una clinica svizzera nel febbraio 2017.
Fabiano Antoniani venne accompagnato in Svizzera da Marco Cappato, esponente dell'Associazione Luca Coscioni in prima linea nella battaglia per la legalizzazione dell'eutanasia in Italia, affinché potesse praticare il suicidio assistito attese le difficoltà che nel nostro Paese di fatto gli impedivano di esaudire la sua volontà.
Per tale condotta agevolativa, Marco Cappato è imputato del delitto di cui all'art. 580 c.p. avanti la Corte d'Assise di Milano.

[22] L'autonomia professionale dell'infermiere rispetto al medico, già desumibile dalla vigenza di un codice deontologico *ad hoc* per tale categoria professionale, è stata affermata anche dalla Giurisprudenza di Legittimità che ha individuato in capo all'infermiere delle responsabilità di tipo omissivo riconducibili ad una specifica posizione di garanzia nei confronti del paziente del tutto autonoma rispetto a quella del medico il cui fondamento è stato ravvisato proprio nell'autonoma professionalità dello stesso per cui oggi va più considerato come 'ausiliario del medico' ma come 'professionista sanitario' (*ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 21 gennaio 2016, ud. 3 dicembre 2015, n. 2541).

I Giudici con ordinanza pronunciata il 14 febbraio 2018, dopo una lunga motivazione in cui hanno evidenziato la necessità di adeguare l'art. 580 c.p. all'effettivo bene giuridico tutelato risultante da una lettura sistematica in linea con i principi costituzionali e sovranazionali, hanno sospeso il processo sollevando una questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame per ritenuta violazione degli artt. 3, 13 comma 1 e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU laddove punisce anche la mera condotta di agevolazione del suicidio a prescindere dal suo contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicida; nonchè per contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione nella parte in cui prevede lo stesso trattamento sanzionatorio di colui che determina o rafforza l'intento suicidario anche per colui che solo aiuta l'aspirante suicida.
Il Giudice delle Leggi, a seguito dell'udienza celebratasi lo scorso 23 ottobre 2018, ha deciso di rinviare la sua decisione al prossimo 24 settembre 2019 sollecitando il Legislatore a colmare in via definitiva il vuoto normativo che è stato dunque così ufficialmente denunciato.
Qualsiasi intervento della Corte Costituzionale in ogni caso sarebbe stato insufficiente, come lo sarà nell'ipotesi in cui il Parlamento non dovesse dare corso all'invito.
La questione di legittimità costituzionale sollevata attiene infatti solo alla fattispecie di aiuto al suicidio e quindi dalla decisione rimarrebbe comunque escluso l'omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p. che, per quanto si è detto, necessita di adeguato e specifico intervento legislativo nel senso di escludere la rilevanza penale di chi, non medico ma con il consenso del malato, interviene ad esaudire la sua ultima volontà.
È dunque auspicabile che il Legislatore, nell'adempiere al monito della Corte Costituzionale, intervenga anche su tale disposizione, riconoscendo la limitatezza della Legge n. 219 del 22/12/2017 con la quale si è però spinto ad ammettere che il bene vita non può più essere oggetto di tutela penale assoluta anche contro la volontà del suo stesso titolare.
Se il Parlamento non dovesse dare seguito all'esortazione della Corte Costituzionale si profila l'elevato rischio di una frammentarietà della normativa sul punto.
È parere di chi scrive infatti che con la decisione dello scorso 24 ottobre 2018[23] il Giudice delle Leggi abbia implicitamente anticipato l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale siccome sollevata qualora fosse costretto ad esaminarla nel merito; in tale caso rimarrebbe però ancora in vigore la disposizione di cui all'art. 579 c.p. nella formulazione attuale su cui sarebbe il Legislatore a dover intervenire.
Il risultato sarebbe una disciplina lacunosa frutto di plurimi interventi di soggetti con funzioni istituzionali diverse.
La peculiarità della tematica impone dunque che il Parlamento, quale rappresentante della volontà popolare, responsabilmente prenda atto delle istanze che ormai provengono dalla maggioranza della collettività traducendole in sue precise scelte di politica criminale con cui disciplinare compiutamente il *fine vita*.
Il rispetto della libertà del singolo, in uno Stato laico, deve trovare piena affermazione. Oramai senza più scuse.

[23] La decisione della Corte Costituzionale è intervenuta il giorno successivo all'udienza pubblica del 23 ottobre 2018.

I confini del diritto ai confini della vita: un luogo privilegiato per la promozione dialogica dei valori?

di ***Rosa Palavera*** *(avvocato, dottoranda di ricerca nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)*

Nonostante le diffuse dissertazioni circa la sua natura flessibile o flou, il diritto (anche penale) postmoderno è gravato da istanze confinarie di numero e peso sempre crescenti, che disegnano gli ambiti di libertà, liceità, tutela, sanzione e, in ultima analisi, del diritto stesso. Proprio in quanto soglia, tuttavia, la norma si rivela luogo privilegiato di dialogo, di talché alla natura necessariamente e auspicabilmente frammentaria del diritto (e, ancor più, del diritto penale) può corrispondere una mappatura di materie coperte da trame normative più o meno fitte e financo di spazi liberi (o liberati) dal diritto, ma non invece di aree precluse all'ascolto o indifferenti all'interlocuzione del diritto con i consociati. Nell'ambito di una visione dialogica delle norme, il contributo si propone quindi di analizzare i profili comunicazionali della legislazione in tema di fine-vita, valutando i contenuti, la chiarezza e la congruità dei messaggi trasmessi e il loro impatto in termini di tutela e promozione dei plurimi valori coinvolti, anche con riguardo alle diverse sensibilità dei soggetti interessati. È poi approfondito il potenziale ruolo della deontologia quale garante del confronto critico con e per il diritto, grazie alla sua particolare posizione – ancora una volta, di frontiera – tra etica e tecnica, coscienza individuale e doveri verso i terzi, privatizzazione delle fonti e rilievo pubblicistico degli ordinamenti professionali. In conclusione, è ribadita l'esigenza di un approccio attivo e integrato, volto possibilmente alla composizione della pluralità etica e culturale, soprattutto sui temi più delicati, affinché le problematiche "ai confini" del diritto non siano lasciate "ai margini" dell'impegno (anche giuridico) collettivo.

Notwithstanding widespread dissertations about its flexible or soft nature, the postmodern law (even the criminal one) is burdened by increasingly numerous and heavy "border issues", which design the areas of freedom, permission, enforcement, sanction and, ultimately, of the law itself. Precisely as a threshold, however, the norm could be a privileged place for dialogue, so that the necessarily and hopefully fragmented nature of law (and, even more, of criminal law) may correspond to a mapping of matters covered by more or less dense normative weave, and even spaces "free from law" or liberated by the law, but not instead areas precluded to listening or indifferent to the interlocution of the law with the citizens. In the context of a dialogic view of the law, the paper aims to analyze the communication profiles of the end-of-life legislation, evaluating the contents, clarity and adequacy of the transmitted messages and their impact in terms of protection and promotion of the various values at stake, also with regard to the different sensitivities of the subjects involved. The potential role of deontology is further investigated as a patron of critical confrontation with and for the law, thanks to its particular position – once again, on the border – between ethics and technique, individual conscience and duties towards third

parties, privatization of sources and public relevance accorded to professional associations. In conclusion, the need for an active and integrated approach, aimed at the composition of the ethical and cultural plurality, especially on the most delicate issues, is sustained, so that the problems "at the borders" of the law are not left "on the margins" (also in legal terms) of the collective commitment.

Sommario: **1.** I confini, luoghi del dialogo. - **1.1.** Morte e diritto come confini. - **1.2.** La morte, confine del diritto e luogo di incontro con la molteplicità. - **1.3.** I doveri dialogici del diritto "ai confini". - **2.** La legge 22 dicembre 2017 n. 219. - **2.1.** Considerazioni semantiche "di contesto". - **2.2.** Diritti e doveri. - **2.3.** Il medico, il paziente e il tempo dialogico della cura. - **3.** In conclusione: i "silenzi in dialogo" della normativa.

1. I confini, luoghi del dialogo.

1.1. Morte e diritto come confini.

Morte e diritto sono soglie, confini: un'assimilazione niente affatto inquietante se colta nel suo potenziale di *apertura*. La metafora giuridica del confine[1], silente da qualche decennio, è stata rispolverata dalla letteratura contemporanea soprattutto per essere messa in discussione: il diritto è *flou*[2], i suoi contorni sfumati[3], le sue demarcazioni flessibili[4]. La porosità della norma[5], la sua permeabilità alle pressioni sociali e all'ermeneutica che se ne fa vettore, è salutata con favore[6]. Se i confini sono luoghi di separazione e il loro governo espressione del potere, ben venga la loro rimozione e l'incertezza, financo la confusione, purché dopo averli divelti si impedisca che altri si possano *stabilire*. Nuovi confini, non ci si illuda, sono posti di continuo, ma sono poco rilevanti, *marginali* nella riflessione collettiva, anche perché *mobili*: nella diuturna conflittualità del diritto giurisprudenziale e nella rincorsa torrentizia della legislazione. Ai più accorti è ormai chiaro che l'inarrestabile mutevolezza del limite, l'inafferrabilità della norma, l'imprevedibilità del giudizio sono armi e campo di esercizio del potere tanto quanto lo erano le ambizioni di durata del

[1] F. CARNELUTTI, *Di là dal diritto*, in *Riv it. sc. giur.*, 1947, p. 57 ss.; *ID.*, *Ius iungit*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 3 ss.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto*, Milano, 1969, p. 124.

[2] M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 1982, tr. it. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992; Y. CARTUYVELS - D. KAMINSKI, *Bougés et flous du pénal*, in Y. CARTUYVELS - F. DIGNEFFE - P. ROBERT (a cura di), *Le pénal aux bords du futur. En hommage à et avec Lode Van Outrive*, Paris, 1998, p. 119 ss.; F. TULKENS - M. VAN DE KERCHOVE, *D'où viennent les flous du droit pénal? Les déplacements de l'objet et du sujet*, *ivi*, p. 131 ss.

[3] G. M. ZAMPERETTI, *Desiderio simbolo diritto (e una postilla sull'indifferenza)*, in E. DIENI - A. FERRARI - V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon - Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna, 2005, p. 303 ss.

[4] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris 1992, tr. it. *Diritto flessibile. Per (nota: proseguire di seguito) una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997.

[5] B. DE SOUSA SANTOS, *Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law*, in *Journal of law and society*, 1987, p. 279 ss., p. 298.

[6] M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie": fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Diritti & questioni pubbliche*, 2002, p. 195 ss.; cfr. pure R. DE GIORGI, *Limiti del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, p. 5 ss.

pretesamente desueto "diritto certo". Lo studio dei confini, tuttavia, offre spunti di ben maggior rilievo per la tematica in esame.
Innanzitutto, la centralità *sistematica* (anche giuridica) dei margini. A poco vale che i movimenti riguardanti le "terre di frontiera" siano di breve momento: proprio l'ormai imprescindibile attenzione al cd. "diritto vivente" costringe a considerare casi controversi e *métissage* applicativi i più efficaci e sensibili strumenti diagnostici della tenuta di un principio, dell'effettività di una disposizione di legge, del livello di tutela di un bene[7]. Ed ecco un (paradossale) risvolto maieutico della morte, non privo di proficue suggestioni per lo studio del diritto: il più notevole *memento* dell'*impermanenza* è un formidabile invito a recarsi ai *bordi* della vita per coglierne l'essenza nella *definitività*. La frequentazione delle *periferie dogmatiche* è in effetti un'occasione di ricerca imperdibile per i giuristi, non solo se aspiranti *casseurs*. I cd. *hard cases* misurano i parametri vitali di un istituto, ma forniscono altresì innumerevoli informazioni circa i suoi fattori di cedimento, i punti di forza, la capienza della sua struttura portante, spesso molto efficacemente messa a nudo da contrapposizioni di per sé demolitorie. In sintesi: quando un istituto non gode di buona salute o è sotto attacco, solo visitando i suoi margini si può approntare una strategia terapeutica e di difesa.
Inoltre (e non certo *secondariamente*), storia, sociologia, psicologia e arti narrative convergono nel cogliere i confini come luoghi di *incontro* e *dialogo*, per il tramite della costruzione identitaria e del *riconoscimento dell'alterità*, ma anche, ad un tempo, dell'ineludibile contiguità, dell'interdipendenza, della comunanza tra ambiti apparentemente poco confrontabili dell'esperienza umana. La concezione della norma come *soglia*[8] è, quindi, propedeutica all'idea del precetto come *interlocuzione*[9]. Ma, altresì, ad un'idea dialogica della sussidiarietà del diritto e del diritto penale in particolare, di talché possono esistere aree di minore densità del tessuto normativo o anche *spazi liberi dal diritto*, soprattutto ove non si rilevino esigenze di tutela, ma non invece di aree *precluse all'ascolto* o *indifferenti all'interlocuzione* del diritto con i consociati. Con l'ulteriore avvertenza che normazione e libertà non dovrebbero porsi (né per solito, fenomenologicamente, si pongono) in contrapposizione, essendo la prima fisiologicamente volta al miglior dispiegarsi dell'altra.

1.2. La morte confine del diritto e luogo di incontro con la molteplicità.

Nella morte, il diritto non può che riconoscere un limite del proprio territorio. Di quel che (eventualmente) segue non può conoscere nulla, nemmeno per dichiararne ai soli propri fini l'irrilevanza. Lo stesso istante puntuale della morte è un *fatto*, che il diritto, senza alcuna maggior signoria[10] (e pur con il rilevante dispiegarsi di effetti giuridici che ne consegue), può solo *accertare*, persino quando il diritto stesso ne ha decretato e scandito la causazione o ne ha sancito

[7] Cfr. F. C. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2014, p. 1693 ss., p. 1700.
[8] Il confine che «insieme distingue e congiunge», su cui V. CAPUZZA, *Ius est iungere et decidere*, in A. AMATO MANGIAMELI - C. FARALLI - M. P. MITTICA, (a cura di), *Arte e limite. La misura del diritto*, Roma, 2012, p. 371 ss.
[9] Su cui C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. I, p. 407 ss.
[10] Se la morte è il limite del diritto, la decisione giuridica per la morte è sempre un "suicidio" del diritto (ossia il suo cessare quale risorsa a servizio dell'uomo).

il potestativo e autorizzato darsi: e ciò pure negli ordinamenti, si intende, che tale potere al diritto riconoscono, peraltro come dominio non già sulla morte, bensì sulla (altrui o propria) *vita*, mercé la pretesa affermazione della giudicabilità (statuale o delegata) in termini di più o meno cedevole o condizionata *meritevolezza* della stessa[11].

La natura *confinaria* della morte rispetto al diritto ha notevoli e diversificate implicazioni, che emergono sotto più profili. Basti qui, introduttivamente: proprio per causa della già evidenziata carenza di sovranità "*territoriale*", un diritto che intenda conservarsi laico deve disporsi a confutare senza ripensamenti l'equazione tra sanzione giuridica e riprovazione morale. Quest'ultima, infatti, quando non si risolva in ipocrisie strumentali all'etichettamento e al biasimo *sociale*, colloca il proprio baricentro fondativo *oltre* la morte, in un luogo inaccessibile al dominio del diritto, impervio alla sua conoscenza e in buona parte impermeabile alla sua influenza. Il che, del resto, condiziona modalmente – ma non preclude, né consente di eludere – il *dialogo* del diritto con la morale[12], nell'ambito del quale grava sul diritto, per la sua pretesa di unitarietà, l'onere di rispondere a interlocutori molteplici e a istanze frammentate. La morte è per il diritto un crinale di dialogo (imprescindibile, benché certo non il solo) con l'apparentemente irriducibile molteplicità della morale. Nel pensiero dell'*oltre la morte* non c'è spazio per la neutralità laicale: persino l'agnosticismo, come pure l'assunzione cognitivamente minimalista del nulla, non sono altro che deliberati (e contenutisticamente forti) *atti di credenza*. La morte è il *con-fine* di questo spazio del molteplice e la riflessione (anche giuridica) che la riguarda deve rendere conto della varietà alla quale ci si affaccia.

Sul punto, peraltro, è forse opportuno fugare ogni equivoco circa il *dovere di risposta* del diritto, che si articola non già in termini di asservimento, bensì di *ascolto* e, appunto, *interlocuzione*[13]. Prima ancora che nella graduazione del ricorso a strumenti di tutela direttamente o indirettamente coercitivi (e nella preferibile astensione da quelli più strettamente afflittivi), il diritto gode, infatti, rispetto alla morale (o alle morali), di *piena autonomia* già nell'individuazione del sistema valoriale di riferimento, che, anche nella remota ipotesi di una pedissequa mutuazione, il diritto deve *fare proprio*, fino in fondo. Da un lato, quindi, l'ordinamento deve saper valutare con ponderazione le proprie *divergenze* valoriali rispetto alla cultura (anche "dominante") del contesto di riferimento e gli eventualmente conseguenti distacchi dalle istanze morali (o moralistiche): distacchi sempre possibili, anzi solo molto faticosamente evitabili in contesti plurali, benché

---

[11] Il tema è riportato come peculiare sensibilità della dottrina tedesca per causa della sua «*inquietudine storica*» in R. ALAGNA, *Eutanasia e diritto penale il Germania*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 3, 2012, p. 873 ss., p. 877. Pure M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2, 2016, p. 555 ss., ricorda Binding e il "successo" del programma eutanasico nazista. Sul tema, specificamente, C. A. DEFANTI
La qualità della vita, le decisioni mediche di fne vita e l'argomento della "deriva nazista" in bioetica, in *Filosofia politica*, 2009, p. 363 ss., p. 367 ss.

[12] Sul quale J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in J. RATZINGER - J. HABERMAS, *Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*, Bayern, 2004, tr. it. *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia, 2005, p. 21 ss.

[13] Tra i penalisti, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religione, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 493 ss.; G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, p. 297 ss.

raramente vantaggiosi per il diritto[14] e comunque mai percorribili in via automatica e riduttiva, stante il generale dovere del diritto di *rispondere* a *ogni* istanza dei consociati, anche, ove possibile, in termini di tutela alternativa e promozionale dei valori rappresentati. Dall'altro, in nessuna misura il mancato riconoscimento di istanze legittimamente avanzate in rispondenza alla morale personale o di un gruppo può leggersi quale *biasimo morale* o *diniego di rispetto* per chi se ne è fatto portatore: al contrario, proprio colui che *non* riconosce il valore sottostante è l'interlocutore *principale* della norma, il comportamento del quale l'ordinamento ambisce a orientare. Una circostanza, peraltro, con cui *ogni* norma (a maggior ragione *penale*) si misura, in relazione a qualsivoglia tema di tutela, anche se non percepito come eticamente sensibile.

1.3. I doveri dialogici del diritto "ai confini".

La concezione dialogica del diritto, di cui la *nitida* espressione dei confini è premessa doverosa e necessaria, reca peraltro in dote un ricco strumentario critico, imperniato sul vaglio di coerenza, intellegibilità ed efficacia delle norme sotto il profilo *comunicazionale*. Tale approccio consente attenzione metodologica alle peculiarità dei contenuti e alle specificità ricettive dei destinatari del messaggio: due profili che lo rendono particolarmente adatto all'analisi delle norme nel contesto del fine-vita, caratterizzato da contenuti esemplarmente "esigenti" e dal coinvolgimento di molteplici soggetti, tra loro assai diversificati (anche) sotto il profilo della comunicazione. La dimensione dialogica, al contempo, richiede al diritto una dichiarazione esplicita e *non delegabile* circa i beni la cui protezione invochi il suo intervento e gli strumenti con i quali tale obiettivo esso intenda perseguire: azioni di promozione e di difesa, con il relativo apparato di diritti (sulla centralità dei quali si tornerà poco oltre), obblighi, divieti e, ove dimostratamente irrinunciabili per il raggiungimento dei risultati prefissi, sanzioni. Questa assunzione di responsabilità, esponendo il diritto al già prospettato vaglio di coerenza, intellegibilità ed efficacia quali parametri misurabili della sua stessa *legittimazione*, non è peraltro solo un canale di controllo e perfezionamento delle strategie di tutela, bensì anche una cifra difficilmente sostituibile della loro *laicità*[15].

È bene, quindi, ricordare subito che il bene di riferimento, nel contesto in esame, è la vita umana[16], cui afferiscono *tutti* i diritti di pertinenza e che gode di una primazia *sistematica* del tutto *laica* nel quadro valoriale dell'ordinamento: da un lato, alla luce della già osservata natura confinaria della morte, perché la vita umana costituisce la *precondizione* del *diritto in sé* e la base di qualsiasi operatività di tutti i suoi strumenti, diritti compresi; dall'altro, perché, nel caso di specie, i diritti rilevanti, quali estrinsecazioni della tutela del medesimo bene, *derivano* e *dipendono* l'uno dall'altro, in un serrato rapporto di gerarchia *logica*, *funzionale* e *fattuale*. In particolare, i diritti in cui qui si articola la tutela del bene vita sono il *diritto alla vita*, il *diritto al trattamento sanitario*, il *diritto all'autodeterminazione terapeutica*.

Come appare evidente, non avrebbe senso parlare di diritto ai trattamenti sanitari se non ci fosse un diritto a una vita di cui prendersi cura, né avrebbe senso parlare di diritto

[14] Per un'impostazione problematizzante, cfr. C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, p. 847 ss.

[15] Ancora valido, sotto questo profilo, il "catalogo diagnostico" articolato in C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, p. 430 ss.

[16] La tutela della quale non può considerarsi appannaggio esclusivo delle tradizioni confessionali: cfr. G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *F. it.*, 2009, V, c. 225 ss.

all'autodeterminazione terapeutica se non ci fosse un diritto ai trattamenti sanitari rispetto ai quali autodeterminarsi. Parallelamente, l'esercizio del diritto all'autodeterminazione terapeutica è per solito funzionalmente orientato all'ottimale dispiegarsi delle cure e il godimento del diritto al trattamento sanitario tende naturalmente a propiziare un maggior livello di tutela della vita umana. Nondimeno, per una corretta impostazione del problema, è necessario rifuggire alcuni ingannevoli automatismi argomentativi. L'affermazione di un bene come *primario* non implica, *di per sé*, che esso sia *indisponibile*, né impassibile di *bilanciamento*. Del pari, il riconoscimento di diritti con scaturigine comune – quand'anche *tendenti* alla convergenza funzionale – non esclude che questi possano entrare in *conflitto* tra loro e debbano misurarsi in termini di reciproca *prevalenza* o *cedevolezza*.

A fronte di questa eventualità, sarebbe errato ritenere compito *prioritario* o centrale dell'ordinamento la *risoluzione* del conflitto, mercé la determinazione dell'ordine di *soccombenza* di beni e diritti, e ciò massimamente ove questa decisione si limitasse a una mera opzione *reattiva* (ossia, per quanto magari previamente "garantita", comunque tardiva rispetto alla lesione del bene) e per di più limitata alla ben deludente alternativa tra *inerzia* e *sanzione*. Si tratta di esiti di per sé sempre inauspicabili, che comportano comunque la lesione di un bene che l'ordinamento si era invece prefissato di proteggere, conseguendo nel migliore dei casi un compromesso a somma zero in termini di progressione complessiva dei livelli di tutela, giacché un diritto si afferma a detrimento di un altro, e, ben più spesso, un arretramento qualitativo della comunicazione circa i valori, secondo i già individuati parametri di coerenza, intellegibilità ed efficacia.

Piuttosto, fine proprio dell'ordinamento è la *prevenzione* dei conflitti e, qualora questi nondimeno insorgano, la ricerca di una loro *composizione*, nella quale il riconoscimento dei diritti possa concrescere e il loro esercizio dispiegarsi senza che *alcun* bene sia leso. Un simile obiettivo, della cui preferibilità nessuno dubita, non può restare *indifferente* alle strategie di tutela, né può affermarsi ultroneo o inattingibile agli *sforzi ordinamentali*: al contrario, come forse è più intuibile di quanto generalmente si riconosca, è proprio questo il tipo di esito il cui perseguimento potrebbe richiedere maggiori "investimenti", dipendendo in buona parte da azioni capillari e diffuse, lungimiranti e durature, culturalmente sensibili e, spesso, economicamente impegnative[17].

Riguardando potenziali *conflitti*, inoltre, tali azioni richiedono capacità di dialogo con interlocutori che saranno, per definizione, *plurimi* e *differenziati*, benché non manchino casi in cui un'acquisizione tecnico-scientifica o una disponibilità materiale "metta tutti d'accordo". Peraltro, una simile strategia "a tutto campo" non può ignorare le ricadute, in termini comunicativi, della gestione ordinamentale dei casi (auspicabilmente *residuali*) di soccombenza conflittuale di beni e diritti.

Si tratta, ancora una volta, di recarsi alle *periferie*: ai lembi estremi (qui, sociali e temporali) del tessuto della prevenzione.

[17] Solo in questo senso, memori cioè del peso che il diritto esercita *anche* sulla dimensione extragiuridica della prevenzione, paiono potersi leggere conclusioni come quella di D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, p. 57 ss., p. 75 ss.

Proprio la linea immaginaria che unisce i presidi di dialogo pulsanti nel quotidiano descrive infatti nel modo più fedele le reali frontiere di tutela di un bene, i "luoghi" giuridici e sociali di tempo in tempo maggiormente vocati alla profilassi degli eventi lesivi che lo riguardano.

2. La legge 22 dicembre 2017 n. 219.

2.1. Considerazioni semantiche "di contesto".

Analizzando la legislazione dal punto di vista comunicazionale, i concetti di centro e di periferia vengono a dipendere in buona parte da situazioni comunicative contingenti, tra le quali non può essere ignorato il contesto culturale di uno specifico momento storico. Anche nella cultura giuridica si susseguono periodi in cui prevale uno specifico punto di osservazione: rispetto alle diverse problematiche, ogni nuovo approccio permette di sondare aspetti in certa misura inesplorati e, consolidandosi con i risultati conseguiti dalle analisi precedenti, arricchire la consapevolezza critica complessiva circa un principio, un istituto o un tema di politica criminale. Nel tempo presente, i diritti conquistano spesso il fuoco dell'attenzione, come pure sono piuttosto in voga le libertà, ma forse solo per la loro attitudine a essere convertite in diritti. Se esistesse un *marketing* dei concetti giuridici, l'attuale idea di diritti ne costituirebbe un esempio di formidabile efficacia. Il diritto mette al centro l'individuo, ma non consente allo Stato di sottrarsi alle sue asserite responsabilità: l'introduzione di un diritto genera immediatamente una serie di doveri di cui lo Stato deve farsi garante. I diritti inoltre sono *agibili*, anche e soprattutto *contro* (gli altri consociati o lo Stato stesso). Il *diritto*, in quanto sancito o riconosciuto, delinea una situazione diversa rispetto alla *libertà*, che si può meramente *esercitare*: il diritto conferisce la sensazione di sicurezza di avere *dalla propria parte* la *forza* (anche coercitiva) dell'ordinamento. Sensazione che spesso, peraltro, vacilla di fronte alla confliggenza dei diritti contestualmente rivendicati e che lo Stato è chiamato a ristabilire tramite la *pronta* (benché spesso *temporanea*) e *armata* (nel senso di *eseguibile*) affermazione della *prevalenza* di un diritto sull'altro.

Un tempo i diritti "fondamentali" vivevano in una dimensione pressoché impersonale, mentre i cd. "titolari dei diritti" erano percepiti come soggetti anche economicamente solidi (forti di "quel che avevano") e spesso prevaricanti i "meno fortunati" che "avevano meno diritti". Oggi questa immagine è completamente superata, giacché tutta la teoria dei diritti si avvale di *testimonial* in condizioni di svantaggio, sofferenza o emarginazione (forti, quindi, piuttosto, di "quel che chiedono") e si impernia su istanze solo indirettamente a contenuto economico. A tale nobilitazione della figura del *titolare del diritto* è chiamato a collaborare – spesso purtroppo in chiave strumentale e comunque pressoché mai nella sua tradizionale funzione di limite – il "sottostante" *bene giuridico*, che incontra, per il resto, un gradimento calante, direttamente proporzionale alla crisi di universalità dei valori di cui dovrebbe essere unità di espressione.

I diritti sono, quindi, la versione *bellicizzabile* delle libertà e il succedaneo (argomentativo o fondativo) *personalizzabile* dei beni giuridici. Si tratta in ogni caso di strumenti comunicativamente *potenti*, di cui non è ad oggi ancora possibile un compiuto bilancio in termini di contributo alla dimensione dialogica del diritto. Per la presente analisi, tuttavia, è sufficiente un invito ad allargare lo sguardo, ancora una volta, *anche* alle *periferie* (qui, *semantiche*) del tessuto normativo.

2.2. Diritti e doveri.

Come si è già osservato con riguardo alle istanze morali, anche le istanze semantiche richiedono al legislatore una *risposta*, che peraltro – *quanto meno*, perché la loro confliggente pluralità deve essere ricondotta a non contradditoria *unitarietà della norma* – non può mai essere di passivo *panaccoglimento*. Così, già nel suo esordio, la legge 22 dicembre 2017 n. 219 presenta un differenziato corredo di riferimenti: i *principi* di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione[18], gli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[19], i *diritti* alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e, infine, la statuizione, di per sé non nuova alla citata cornice costituzionale, che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»[20].

È altresì menzionato, al di fuori della parata semantica dei principi e dei diritti, una sorta di *valore ispirativo*, che la legge presenta come *oggetto di promozione*, ma che deve al tempo stesso riconoscersi quale insostituibile *strumento* per il raggiungimento degli obiettivi di tutela, ossia la *relazione* di *cura* e di *fiducia* tra paziente e medico, sulla base di un *consenso* informato in cui «si *incontrano* l'*autonomia* decisionale del paziente e la competenza, l'*autonomia* professionale e la responsabilità del medico»[21]. Come si potrà vedere, successivi passaggi del testo, come pure richiami extranormativi, sembrano potersi ricollegare in dialogo organico al breve inciso, che – come un piccolo miracolo – si colloca all'estrema periferia espressiva del linguaggio giuridico contemporaneo, non recando riverberi di conflittualità nemmeno potenziale, né alcuno stilema proprio della comunicazione di potere coercitivo.

Nel seguito della legge sono poi dettagliati tre specifici *diritti* del paziente: il diritto (di ognuno) all'informazione, il diritto (del capace) di rifiutare accertamenti diagnostici e trattamenti sanitari – anche, se già intrapresi, tramite revoca del consenso prestato[22] – e il diritto (del minore o incapace) alla «valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione», volta a realizzare, per quanto possibile, le condizioni di una libera e genuina espressione di volontà[23]. Sono previsti, inoltre, due *doveri* del medico: il dovere di *adoperarsi* per *alleviare le sofferenze* del paziente, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario proposto[24], e il *divieto* (o dovere di *astenersi*) «da ogni *ostinazione irragionevole* nella somministrazione

[18] Ossia il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo e dei doveri inderogabili di solidarietà, dell'inviolabilità della libertà personale, della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, dell'incoercibilità dei trattamenti sanitari se non per disposizione di legge e fermo in ogni caso il limite del rispetto della persona umana.

[19] Ossia l'inviolabilità della dignità umana e il dovere di rispetto e tutela della stessa, il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica e psichica della persona, nonché il rispetto, nell'ambito della medicina e della biologia, del consenso libero e informato (ma si trovano altresì, nel medesimo articolo, i divieti di pratiche eugenetiche, di sfruttamento a fine di lucro del corpo umano e di clonazione).

[20] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 1.

[21] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 2, corsivo, ovviamente, aggiunto. Il carattere *relazionale* del rapporto tra medico e paziente è, peraltro, ribadito all'art. 5 c. 1, con riguardo alla pianificazione condivisa delle cure, e all'art. 1 c. 10, relativo al contenuto degli obblighi formativi.

[22] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 5.

[23] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 3 c. 1; i successivi commi del medesimo articolo declinano la valenza giuridica di tale volontà nei diversi casi di capacità carente o imperfetta.

[24] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 2 c. 1, che aggiunge come, «tal fine», sia «sempre garantita un'appropriata terapia del dolore».

delle cure e dal ricorso a *trattamenti inutili* o *sproporzionati*»[25]. Il primo è l'unico obbligo di *facere* descritto nella normativa. Il secondo ricalca il divieto di accanimento diagnostico e terapeutico già ben noto alla deontologia medica. Sono, infine, espressamente *esclusi*, rispettivamente, in capo al paziente, il diritto di ottenere (*recte*, la possibilità di esigere) «trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali», nonché, in capo al medico, il corrispondente dovere (*recte*, qualsiasi obbligo professionale) di attivarsi a fronte di tali richieste[26].
La restante struttura del testo è caratterizzata da toni di minore imperio. Con formulazione costante, si prevede che il *medico* sia *tenuto a rispettare* la volontà del paziente espressa tramite il consenso informato[27], le disposizioni anticipate di trattamento[28] e la pianificazione condivisa delle cure[29], anche qualora opponga rifiuto o rinuncia al trattamento sanitario proposto. Non c'è alcun accenno a profili di *enforcement* sanzionatorio: al contrario, l'unico riferimento alla responsabilità civile o penale è espresso per *escluderla*, con riguardo al caso appunto di rispetto della volontà di rifiuto o rinuncia alle cure. Si direbbe una causa di giustificazione, propria e speciale: operante per il solo *medico* e per il solo caso di *ottemperanza al rifiuto o alla rinuncia* (non, invece, ad esempio, alla fattispecie di seguito prevista di richiesta di trattamenti contrari a legge, deontologia o buone prassi).
Per molte ipotesi di rilievo, la soluzione non pare esplicitata: almeno, così non parrebbe a chi la cercasse in termini di *diritti*, *obblighi* e *sanzioni*. Piuttosto di abbandonare i quesiti irrisolti in un preteso spazio libero dal diritto, tuttavia, o di fomentare la formazione di "diritto libero"[30] nella contrapposizione belligerante per il dominio sul campo ermeneutico, giova forse soffermarsi ancora un poco su alcune ulteriori porzioni del testo di legge, pur sprovviste dei predetti canoni espressivi "muscolosi" e, quindi, *marginali* sotto il profilo della *giustiziabilità*, ma potenzialmente determinanti sotto il profilo *comunicazionale*, proprio per la cifra espressiva della prossimità ai destinatari della norma. In particolare, secondo il passaggio d'esordio già sottolineato, ai due poli *relazionali* dell'asse portante della tutela: il paziente e il medico.

2.3. Il medico, il paziente e il tempo dialogico della cura.

Il *centro comunicativo* della legge 22 dicembre 2017 n. 219, «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», pare essere la giuridificazione dell'autonomia del paziente. In questo senso del resto si è vista esercitarsi la maggior pressione politica e mediatica, prima dell'emanazione e in certa misura anche nel dibattito successivo, di talché, non considerando di per sé il consenso informato una grande novità nell'ambito della relazione di cura, la previsione delle disposizioni anticipate di trattamento è ampiamente percepita

[25] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 2 c. 2.
[26] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 6. Si intendono ovviamente perduranti, anche in caso di avanzamento di siffatte istanze, i doveri di corretta informazione, nonché di prospettazione delle alternative terapeutiche e del ricorso al supporto psicologico, ove se ne ravvisi la necessità.
[27] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 6.
[28] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 4 c. 5.
[29] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 5 c. 1; l'estensione, qui esplicitata, all'*équipe* sanitaria pare per vero comune alle tre ipotesi.
[30] Secondo l'espressione di S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670 ss., p. 688.

o presentata come l'autentico *nucleo di significato* della legge. Nondimeno, una più diffusa lettura del testo riserva ulteriori possibilità di riflessione. In particolare, può gettare luce sul rapporto di cura una ricostruzione trasversale del ruolo del medico, che di tale *relazione* costituisce il polo apparentemente ai *margini* (quanto meno politici e mediatici) dell'attenzione[31].

L'autonomia del medico si dispiega, già *tradizionalmente*, in un paesaggio *normato*. Non deve, quindi, meravigliare la ricchezza della trama normativa che la legge in esame gli riserva[32]. In particolare, si può apprezzare una dimensione *figurativa* del testo, dedicata ai casi in cui il *consenso* e l'*incontro* di autonomie *non* si realizzino[33]: i casi, cioè, in cui il paziente rifiuti o rinunci *proprio* quelle terapie che il medico ha proposto, avendole questi, quindi, *già* valutate come *ragionevoli*, *utili* e *proporzionate*.

Ecco cosa è *descritto* che accada, in particolare, qualora «il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza»: in tale caso, «il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica»[34]. Si tratta, chiaramente, di una *rinnovazione* dell'informazione, che è già stata fornita *prima* della manifestazione di consenso o rifiuto e che viene ora accompagnata da azioni di sostegno, anche psicologico. Al tempo stesso prosegue (o si intraprende) la terapia del dolore[35]. Tutte azioni, indefettibilmente, *di durata*, che comportano la *prosecuzione* del tempo *relazionale* della cura. Tutte azioni, peraltro, diverse dalla mera *esecuzione* della volontà del paziente e, nondimeno, chiaramente *compatibili* con il *rispetto* di tale volontà. La porta del dialogo, così, non si chiude mai al consenso, giacché, al pari dell'accettazione, le manifestazioni di revoca o rifiuto sono annotate «ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà»[36].

Se non fosse già sufficientemente chiaro come questa perdurante relazione dialogica non sia volta a "risolvere" in termini di *prevalenza* o *soccombenza* un *conflitto* tra le (pari) autonomie di paziente e medico, bensì ad addivenire alla *composizione* di un *dissenso* nella direzione della maggior tutela per la salute e il benessere del paziente, la legge precisa nel modo più esplicito che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce *tempo di cura*»[37]. Con ciò evidenziando ancora una volta come la collaborazione del paziente alla cura sia imprescindibile

[31] E, secondo alcune tesi non prive di argomenti, deliberatamente *marginalizzato* dall'impianto della legge.

[32] Sottolinea la qualità *lessicale* della legge in esame, proprio con riferimento alla descrizione del rapporto di cura C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, p. 123 ss., p. 126 ss.

[33] Significativamente, la legge non ripete l'indicazione di alcuno dei presidi comunicazionali in esame nel caso della pianificazione *ex* art. 5, che si forma *già* (e, quindi, *solo se*) *condivisa*, «nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2», ossia appunto nel relazionarsi delle reciproche autonomie. Di talché, peraltro, non sembra possa configurarsi alcun obbligo del medico di recepire, *nella forma della pianificazione delle cure*, volontà del paziente che non fossero dal medico stesso condivise.

[34] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 5.

[35] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 2 c. 1; il *dovere* del medico, in tal senso, è esplicitato anche in relazione al caso di rifiuto o revoca del consenso.

[36] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 5.

[37] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 1 c. 8, corsivi aggiunti.

non solo e non tanto nell'ottica del rispetto della sua volontà, ma per la natura stessa della cura come *rapporto*[38], che un'eventuale *solitudine del paziente* renderebbe impossibile[39].
L'osservazione delle previsioni relative al medico riporta così l'attenzione al paziente, certamente nel cuore della relazione di cura, in termini nondimeno ben più sfaccettati rispetto a quelli ricavabili dalla sola previsione delle DAT. La volontà del paziente, infatti, non si colloca insularmente nell'ordinamento, come una scaturigine potestativa e irrelata di decisioni intangibili, quanto piuttosto *vive* nel *dialogo* e nella *relazione di cura*.
Ancora: la necessaria *relazionalità* del rapporto di cura è tale che, quando l'*interlocuzione* con il paziente divenga impossibile o comunque imperfetta[40], pur in presenza di una valida espressione di *volontà*, al medico dissenziente è assicurato un ulteriore e diverso *interlocutore* nel giudice tutelare[41]. Nel *rapporto* di cura, che solo nel *consenso* tra *due* autonomie può dispiegarsi, la *solitudine del medico* è impossibile quanto la solitudine del paziente[42].
Le delineate facoltà di ricorso, peraltro, benché siano riferite a un contesto conflittuale e riconoscano poteri "paritari" di attivazione, sono intese, nuovamente, ad accordare una *chance* di interlocuzione *per* le cure in un'ottica di superamento di una già espressa (benché previamente o da terzi) decisione *contro* le cure[43]: il che dovrebbe fornire qualche linea di orientamento al contenuto della pronuncia tutelare, in un quadro legislativo che qui, poco commendevolmente, tace. Si evidenzia soltanto che il presupposto del ricorso al giudice non è certo una questione circa la *validità* della volontà espressa (dal rappresentante legale, dall'amministratore di sostegno, dal fiduciario o, nell'interpretazione di questi o nelle DAT, dal paziente stesso), validità precipuamente giuridica e, in quanto tale, salvo la rilevabile carenza dei suoi presupposti oggettivi (tra i quali la capacità e l'adeguata informazione[44]), insindacabile e insindacata dal medico, bensì il contrasto di tale (in ipotesi, *valida*) volontà con la proposta terapeutica che il *medico*, secondo la propria competenza, autonomia e (non solo giuridica) responsabilità, abbia formulato. Di talché, non avrebbe senso una pronuncia del giudice tutelare che si limitasse a prendere atto della *validità* del rifiuto opposto, senza valutare, nel caso del minore o incapace, la possibile *prevalenza* su questo del giudizio di *appropriatezza e neccessarietà* espresso dal medico, come pure, nel caso

[38] Per una valorizzazione del consenso *entrambi* i profili, S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 20177 n.219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 55 ss, § 7.
[39] L. EUSEBI, *L'eutanasia come problema giuridico*, in *Ragion Pratica*, 2002, p. 99 ss, § 2.
[40] Anche in questo caso soccorre la riflessione in termini di requisiti della *comunicazione*: primo fra tutti la *contestualità*.
[41] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 3 c. 5 e art. 4 c. 5. Il che, peraltro, implica, anche se solo indirettamente, una *prosecuzione* del tempo della cura. Conferma la neccessarietà dell'interlocuzione, ma non sembra ritenerla realizzabile con la figura del giudice G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salva vita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 585 ss.
[42] Anche in tale ottica, a prescindere dallo stato di necessità, nei casi di *inattingibilità attuale* dell'interlocuzione (tra cui quelli cd. di emergenza) dovrà essere prediletta l'opzione che apra quanto meno a una *possibilità* di instaurarla, anche nelle previste forme mediate, nel seguito del decorso terapeutico.
[43] Nitidissimo, nella lettera della legge, il caso di cui all'art. 3 c. 5, riferito alla sola ipotesi di *rifiuto* da parte del legale rappresentante o dell'amministratore di sostegno, come pure il caso di nuove terapie *migliorative* delle condizioni di vita *ex* art. 4 c. 5, ma sembra indubitabile che in tale senso debbano intendersi anche i casi, previsti dal medesimo comma, di palese incongruità delle DAT o della loro eventuale incongruenza con la situazione clinica concreta.
[44] Legge 22 dicembre 2017 n. 219, art. 4 c. 1.

di DAT di controversa incongruenza, poco significato avrebbe un giudizio circoscritto alla mera congruenza formale. E ciò, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui, in contrasto con la *ratio* delle DAT quali espressione – per quanto non contestuale – di consenso (o rifiuto) *informato*[45], siano presentate e pretese come tali dichiarazioni in realtà formate in assenza (o in condizioni di non verificabilità) della necessaria informazione e interlocuzione *medica*, stante che proprio queste rappresentano il presupposto, nel caso della volontà *presente e contestuale*, per addivenire normalmente ad un *congruo* indirizzo della volontà stessa.

3. In conclusione: i "silenzi in dialogo" della normativa.

Si è visto, sinora, che la legge, pur nell'invariato *rispetto* della volontà del paziente, non esprime affatto *indifferenza* riguardo al rifiuto o alla rinuncia di terapie incidenti sulla sopravvivenza e non sproporzionate[46]. Tant'è che vi cerca *rimedio*: nel caso di volontà presente e paziente capace, nella perdurante *interlocuzione*; negli altri casi, nella ponderazione del giudice tutelare. Presidi *differenziati* (e con differenti limiti di incisività), ma entrambi in grande parte poggianti sulla figura del medico, nella sua dimensione etica e professionale *funzionalmente orientata* non già all'omissione, bensì all'*effettuazione condivisa* delle terapie proporzionate. È, quindi, perfettamente comprensibile come gli apparenti silenzi della legge, su molti temi, lungi dal costituire una delega al potere giudiziario per soluzioni potestative, frammentarie e di incerta coerenza[47], si pongano piuttosto in rapporto di continuità, dialogo e integrazione compositiva con le preesistenti norme di portata generale e, forse ancor più fecondamente, con l'elaborazione conseguita dalla deontologia medica.

La deontologia medica, del resto, ha crescentemente sviluppato la sua vocazione dialogica, in buona misura conseguenza della peculiare vocazione professionale di cui è espressione e comunque propiziata dalla stessa collocazione *di frontiera* della deontologia in sé: manifestazione ad un tempo di etica e sapere scientifico, baluardo della coscienza individuale e fondamento della responsabilità verso i terzi, valorizzata paradossalmente *sia* dalla corrente privatizzazione delle fonti *sia* dal rilievo pubblicistico riconosciuto agli ordinamenti professionali. Sotto ogni profilo, la deontologia può e deve contribuire al confronto critico *con* e *per* il diritto, sino al punto di farsene garante nella deprecabile ipotesi di una compressione di tale confronto in spazi giuridici troppo angusti, ma altresì all'attribuzione di *significato* agli eventualmente ampi respiri dialogici della legge, che potrebbero intendersi, negletto il suo contributo, come *non normati*.

In particolare, con riferimento al vigente codice di deontologia medica, utili elementi di *significato* possono essere tratti, oltre che dagli specifici articoli 35 ss. e 38, rispettivamente

[45] Diffusamente L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2018, p. 415 ss., § 6.

[46] Occorre, a tal proposito, scrollarsi definitivamente di dosso l'automatismo dell'equazione tra sfavore dell'ordinamento e biasimo morale. L'espressione del primo, più che legittima e anzi frequentemente doverosa, alla luce delle ponderazioni di volta in volta effettuate dal legislatore in relazione alle diverse problematiche affrontate, è volta infatti all'orientamento del comportamento dei consociati ed è fine proprio del legislatore. Il secondo, al contrario, è (oltre che vano) al legislatore più che ad altri precluso.

[47] In senso critico, F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 553 ss., p. 576.

dedicati al consenso informato e alle dichiarazioni anticipate di trattamento, agli articoli 4[48], circa il rapporto tra autonomia del medico e rispetto dell'autonomia del paziente, 16[49], relativo al divieto di ostinazione in trattamenti terapeutici sproporzionati, 20[50] e 39[51], con riguardo alla *relazione di cura* e all'assistenza al paziente con prognosi infausta, nonché 22[52] e 17[53], rispettivamente statuenti la possibilità di rifiuto di prestazioni da parte del medico e il divieto di atti finalizzati a procurare la morte.

Questo bagaglio di contenuti comunicativi integrabili nella norma dimostra come i *silenzi* di questa, ossia le sue *estreme* periferie espressive, possano dimostrarsi luoghi privilegiati di dialogo e di *convergenza* con i saperi di origine extragiuridica (e non per ciò giuridicamente irrilevanti), come pure con il resto dell'ordinamento. Tra questi, deve segnalarsi il contesto relazionalmente delicatissimo determinato da rifiuto, rinuncia o revoca del consenso resistenti all'interlocuzione e il cui contenuto implichi l'imminente terminazione della vita o, comunque, l'immediata cessazione del tempo del dialogo. Decisione che, nondimeno, il medico è *tenuto* a *rispettare*, ma

[48] «Art. 4. *Libertà e indipendenza della professione*. *Autonomia e responsabilità del medico.* L'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità. Il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura».

[49] «Art. 16. *Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati*. Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. Il controllo efficace del dolore si configura, in ogni condizione clinica, come trattamento appropriato e proporzionato. Il medico che si astiene da trattamenti non proporzionati non pone in essere in alcun caso un comportamento finalizzato a provocare la morte».

[50] «Art. 20. *Relazione di cura*. La relazione tra medico e paziente è costituita sulla libertà di scelta e sull'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità. Il medico nella relazione persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura».

[51] «Art. 39. *Assistenza al paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza*. Il medico non abbandona il paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza, ma continua ad assisterlo e se in condizioni terminali impronta la propria opera alla sedazione del dolore e al sollievo dalle sofferenze tutelando la volontà, la dignità e la qualità della vita. Il medico, in caso di definitiva compromissione dello stato di coscienza del paziente, prosegue nella terapia del dolore e nelle cure palliative, attuando trattamenti di sostegno delle funzioni vitali finché ritenuti proporzionati, tenendo conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento».

[52] «Art. 22. *Rifiuto di prestazione professionale*. Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione».

[53] «Art. 17. *Atti finalizzati a provocare la morte.* Il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte».

non è invece *obbligato* a *eseguire*[54], dando corso a un *facere interruttivo*[55]. È questo il territorio dell'*incoercibilità* (nel caso, *reciproca*), che pure non spegne in spazio giuridicamente irrelato il rapporto intercorrente tra le due autonomie.
Nessuno spazio libero dal diritto, ma uno spazio cui il diritto *deve* sguardo dialogico e di cui deve, pur non coercitivamente, farsi carico. Permangono i diritti (reciproci e verso i terzi), permane la responsabilità del medico (benché non con riguardo all'interruzione o alla mancata interruzione delle terapie rinunciate), permane, importantissimo, il dovere di *cura*[56], permangono, intangibili nel loro nocciolo di significato, i *beni giuridici* che pure l'ordinamento non può oltre *d'imperio* tutelare. Resta ancora e soprattutto, particolarmente nel caso in cui la sofferenza che lo origina o ne consegue sia anche solo in minima parte frutto del ritenuto deterioramento valoriale di uno di tali beni, lo *skandalon* per l'ordinamento[57]: la pietra d'inciampo che rammenta tutte quelle azioni temporalmente e culturalmente *periferiche* che si possono intraprendere perché tali conflitti non abbiano a verificarsi.

[54] Ancora proficuo il chiarimento proveniente dal codice di deontologia medica, al citato art. 22. Dell'operatività di tale clausola di coscienza individua un (per vero, *possibile*) riscontro intranormativo nel mancato richiamo alla revoca nella previsione di cui all'art. 1 c. 5), L. EUSEBI, *op. loc. ult. cit.*; pertinenti riflessioni pure nel parere del COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Obiezione di coscienza e bioetica*, Roma, 2012; come pure già *ID.*, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, Roma, 2008, p. 17 ss.
[55] Per la qualificazione commissiva della condotta di interruzione, M. DONINI, *op. cit.*, § 3.
[56] Fondamentale, sul punto, il contributo offerto dall'esperienza delle cure palliative in termini di non riducibilità del concetto di cura, nella sua dimensione solidaristica e relazionale, al parametro della *guarigione*. Sul punto, COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *La terapia del dolore: orientamenti bioetici*; Roma, 2001; da ultimo, volendo, anche la nitida sintesi in P. PAROLIN, *Lettera del Cardinale Segretario di Stato al Presidente della Pontificia Accademia per la Vita in occasione del Convegno sulle cure palliative organizzato dalla stessa PAV (Roma, 28 febbraio – 1° marzo 2018)*, Città del Vaticano, 2018.
[57] E. RESTA, *Tra pene e delitti. Differenze e ripetizioni nelle pratiche penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 399 ss., p. 403; *ID.*, *Cura e malattia*, in P. GONNELLA - M. RUOTOLO (a cura di), *Giustizia e carceri secondo papa Francesco*, Milano, 2016, p. 47 ss., p. 48; *ivi*, cfr. pure E. FASSONE, *Imparare dagli errori dei peccatori*, p. 81 ss., p. 84. Parallele riflessioni circa il precetto (qui, espressamente) *penale*, «*pro-memoria* che racconta di ingiustizie passate e, in un certo senso, chiede perdono per non averle impedite», in C. MAZZUCATO, *Capolavoro di giustizia. Appunti su esemplarità e perdono nella giustizia penale*, in S. BIANCU - A. BONDOLFI (a cura di), *Perdono: negazione o compimento della giustizia?*, Trento, 2015, p. 69 ss., p. 89 ss.

La funzione politico-criminale del nuovo divieto di accanimento terapeutico: i limiti ai doveri di protezione del medico e il rischio sanitario non consentito.

di ***Vincenzo Tigano*** *(assegnista di ricerca in diritto penale)*

Il contributo mira ad analizzare gli effetti che il divieto di accanimento terapeutico, sancito dall'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017, sortisce sui diritti del paziente e sui doveri del medico, nonché la sua funzione politico-criminale.
Il presupposto di applicazione del divieto è che sul malato sia stata effettuata una prognosi infausta a breve termine o di decesso imminente; esso diviene operativo quando il medico preveda che il suo intervento sarebbe inutile, sproporzionato o irragionevole. In relazione a questi due aspetti, la norma appare carente di determinatezza, lasciando al sanitario un ampio potere discrezionale, la cui criticità è accentuata dal fatto che l'art. 1, co. 6, esclude che il paziente abbia il diritto di richiedere trattamenti sanitari contrari a norme di legge.
Quanto alla funzione politico-criminale assolta dal divieto, si sottolinea che la norma impone al medico un comportamento omissivo e che appone un limite al suo dovere di proteggere la vita del paziente, così escludendo che il mancato impedimento dell'evento-morte sia equivalente alla sua causazione, secondo quanto previsto dall'art. 40, comma 2, c.p. Successivamente viene chiarito che l'art. 2, co. 2, svolge al contempo una funzione precauzionale sulla salute psicofisica del paziente: tracciando il discrimen tra rischio consentito e rischio radicalmente vietato in medicina, cioè tra atti medici terapeutici e non terapeutici, il divieto si traduce in una regola cautelare di astensione per il medico.
Infine, vengono delineati i termini di una riforma della norma, sollecitando il legislatore a non conferire al medico un eccessivo potere discrezionale, e piuttosto a restituire rilevanza alla volontà del paziente.

The article aims to analyze effects of the prohibition of therapeutic obstinacy, provided for by art. 2, para. 2, of the Law n° 219/2017, on patient's rights and doctor's duties, as well as its political-criminal function.
The precondition necessary to apply the ban is that a patient had a poor short-term prognosis or a prognosis of imminent death; the prohibition becomes effective when a doctor foresees that his intervention would be useless, disproportionate or unreasonable. In relation to these two aspects, the rule appears to be lacking in precision, giving doctors a wide discretionary power, whose criticality is emphasized by art. 1, co. 6, which excludes that patients have the right to request health treatments contrary to the law.
With regard to political-criminal function of the ban, it is emphasized that the rule imposes an omissive behavior on doctors and limits their duty to protect patients' life, thus excluding that failure to prevent death-event can be equivalent to its causation, according to the provisions of art. 40, par. 2, p.c. Subsequently, it is clarified that the art. 2, para. 2, performs also a precautionary function on patient's psycho-physical health: marking the difference between

permitted risk and radically prohibited risk in medicine, i.e. between therapeutic and non-therapeutic medical acts, the prohibition is identified as a precautionary abstention rule for doctors.
Finally, the terms of a necessary reform of the law are outlined, urging the legislator to avoid giving doctors too wide discretional power and to restore relevance to patients' will.

Sommario: 1. Il divieto di ostinazione irragionevole nei trattamenti sanitari, l'eutanasia passiva e le cure palliative: necessarie distinzioni alla luce della legge n. 219/2017. - **2.** Il presupposto di applicazione del divieto: la prognosi infausta a breve termine o di decesso imminente del paziente. – **3.** La complessa individuazione dei confini di operatività del divieto. – **3.1.** La prognosi sull'inutilità, sproporzione e irragionevolezza dei trattamenti e delle cure: accanimento terapeutico "in senso stretto" e "in senso ampio". - **3.2.** La natura oggettiva dei criteri finalizzati all'individuazione dei benefici e dei rischi dell'intervento medico. – **4.** I contenuti e gli effetti del divieto di accanimento terapeutico: la nozione di "trattamento" e "cura", le condotte omissive imposte al medico e la limitazione del suo dovere di protezione della vita del paziente. – **5.** I nuovi termini della relazione terapeutica tra paziente e medico nel contesto dell'accanimento terapeutico: l'irrilevanza della volontà di ricevere le cure e i trattamenti. – **6.** Accanimento terapeutico e rischio non consentito: la responsabilità del medico per lesioni colpose. – **7.** Riflessioni conclusive: verso un recupero del ruolo della volontà del paziente nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso ampio".

1. Il divieto di ostinazione irragionevole nei trattamenti sanitari, l'eutanasia passiva e le cure palliative: necessarie distinzioni alla luce della legge n. 219/2017.

Con una prima approssimativa definizione, l'accanimento terapeutico può essere inteso come l'applicazione di terapie su un paziente il cui quadro clinico consenta al medico di escludere *a priori* l'efficacia del suo intervento, da cui potrebbero discendere soltanto, o prevalentemente, rischi per la salute del malato.

La nozione trova una prima base normativa nell'art. 16 del codice di deontologia medica, in cui è presente il divieto di procedure e interventi inappropriati e sproporzionati, da cui non ci possa attendere un beneficio per la salute del paziente; ed oggi nell'art. 2, comma 2, della legge n. 219/2017 [1], ove si prevede che «*Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*».

L'art. 2, co. 2, fa ricorso a parametri definitori assolutamente indeterminati, sia per ciò che concerne i presupposti del divieto sia per quanto riguarda le stesse condotte proibite: come avremo modo di approfondire, sia i concetti di "imminenza" della morte e di "prognosi infausta a breve termine", sia quelli di "ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure" e di trattamenti "sproporzionati", pongono delicate questioni risolutorie in capo all'interprete, con problematiche e contraddittorie conseguenze sul piano applicativo: da una parte, il medico sembra

[1] Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

detenere un'ampia libertà di decidere se intervenire sul malato, o meno; dall'altra, lo stesso sanitario sopporta il rischio che il giudice, sempre sulla base degli imprecisi parametri normativi, ritenga infondata la sua previa valutazione e che lo condanni per l'omicidio colposo del paziente mediante omissione dei trattamenti doverosi.

Sebbene la dottrina abbia talvolta collocato l'astensione del medico dalle terapie integranti l'accanimento terapeutico entro il concetto di "eutanasia passiva" [2], si può tracciare fin da adesso una sostanziale linea di *discrimen* tra i due fenomeni. Con l'espressione da ultimo menzionata si suole fare riferimento alla morte del malato come conseguenza del mancato inizio o della mancata prosecuzione di quei trattamenti che ne avrebbero consentito la sopravvivenza: tipico e controverso esempio è il decesso di soggetti in stato vegetativo permanente (SVP), dovuto all'omessa applicazione, o all'interruzione, di presidi di sostegno vitale, come l'idratazione, la ventilazione e il nutrimento artificiale [3]. Invece, nel caso dell'omesso "accanimento terapeutico" (espressione, quest'ultima, che evidentemente si riferisce a un comportamento piuttosto che a un evento, a differenza della nozione di "eutanasia"), l'ipotetica applicazione dei trattamenti non sortirebbe alcun effetto rilevante per la salute o per la sopravvivenza del paziente, o comunque potrebbe arrecare un pregiudizio alla sua integrità psicofisica, anche solo in termini di aumento delle sofferenze patite, in grado di soverchiare – secondo un giudizio di valore rimesso al medico – il previsto beneficio. La stessa legge 219 disciplina separatamente i due fenomeni, attribuendo, per ciascuno di essi, un diverso peso al consenso del malato: da una parte, riconosce il diritto del soggetto di rifiutare o di revocare il proprio consenso a essere curato (art. 1, co. 5) [4], esimendo il

---

[2] Così F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg*., 1984, p. 1016 ss.; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2018, p. 3. *Contra* M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 15, 2009, p. 20, che sottolinea come «molto spesso vengono descritti come eutanasici, con indebita estensione del termine, comportamenti perfettamente rispettosi del diritto alla vita, che si collocano nel perimetro del rifiuto di un indebito accanimento terapeutico». Critico sulla progressiva dilatazione del concetto di "eutanasia pietosa" ad opera degli interpreti, è anche F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 449; ID., *Il problema della disponibilità del corpo umano*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, Trento 1992, p. 67.

[3] Inquadrano queste ipotesi nell'"eutanasia passiva", lecita se avvenuta col consenso del destinatario delle cure, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1018; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 89 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 913; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 8; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, p. 30 ss.; ID., *Autodeterminazione del paziente e responsabilità penale del medico*, in *Ius*17, 2009, p. 443 ss. *Contra* S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 693, secondo cui «il concetto stesso di eutanasia è escluso dal rifiuto della cura da parte del malato».

[4] «*Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici*».

medico da ogni tipo di responsabilità penale o civile per non averne impedito la morte, *ex* art. 1, co. 6, prima parte [5]; dall'altra, vieta al sanitario l'ostinazione irragionevole nelle cure e l'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati (art. 2, co. 2), non riconoscendo al paziente il diritto di manifestare una volontà contraria, *ex* art. 1, co. 6, seconda parte [6].
Tralasciando, per ora, di affrontare la questione opposta, ossia se l'applicazione di trattamenti di sostegno vitale su pazienti irreversibilmente privi di coscienza possa costituire una forma di accanimento terapeutico, e se quindi in certi casi possa essere preclusa dalla legge prima ancora che dalla volontà contraria del paziente (eventualmente manifestata anzitempo mediante il cd. "testamento biologico", disciplinato dall'art. 4 della normativa in oggetto) [7], va subito chiarito che nella proibizione non rientra certamente la somministrazione di cure palliative sul malato con prognosi infausta a breve termine o imminente, in quanto consistenti nell'applicazione di terapie aventi come fine l'attenuazione delle sue sofferenze, e non il prolungamento della sua sopravvivenza a costo dell'imposizione di afflizioni fisiche. Non a caso, la legge n. 219 ha chiarito che è dovere del medico applicare la terapia del dolore (art. 2, co. 1) [8], consentendogli anche la sedazione palliativa profonda, con il consenso del paziente (art. 2, co. 2, seconda parte)[9].

2. Il presupposto di applicazione del divieto: la prognosi infausta a breve termine o di decesso imminente del paziente.

L'art. 2, co. 2, esordisce con una clausola mirata a individuare il presupposto soggettivo del divieto di accanimento terapeutico: «*Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte*». Il destinatario indiretto della proibizione – dato che quello diretto è il medico, a cui il precetto si rivolge espressamente – è dunque il malato che, per le particolari condizioni fisiche in cui versi e per il momento in cui sia stato sottoposto all'attenzione dei sanitari, abbia brevi prospettive di sopravvivenza.
Sul punto, va fatta una premessa. Sebbene la norma sia piuttosto equivoca sul punto, deve ritenersi che, come il termine «*imminenza*» – la cui adiacenza al complemento specificativo «*di morte*», non lascia spazio ad alcun dubbio per l'interprete –, anche l'espressione «*prognosi infausta a breve termine*» si riferisca al solo decesso del paziente: in altre parole, il divieto di accanimento terapeutico avrebbe come destinatario indiretto il solo paziente prossimo alla morte, e non anche

[5] «*Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale*».
Dopo l'ingresso della legge n. 219/2017, qualifica questa seconda ipotesi come eutanasia passiva consensuale e lecita, P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., p. 3.
[6] «*Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*».
[7] Sull'assenza di "sproporzione" nei trattamenti di sostegno vitale, che ne escluderebbe l'inquadramento nel divieto di accanimento terapeutico, si veda *infra*, § 3.1.
[8] «*Il medico, avvalendosi di mezzi appropriati allo stato del paziente, deve adoperarsi per alleviarne le sofferenze, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. A tal fine, è sempre garantita un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative di cui alla legge 15 marzo 2010, n. 38*».
[9] «*In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente*».

il paziente il cui quadro clinico evidenzi che in breve tempo verrà a essere affetto da un'infermità [10].

Il dubbio sorge perché l'aggettivo «*infausta*» potrebbe essere interpretato come un contenitore concettuale ampio, in grado di ricomprendere sia l'evento letale sia eventi avversi non cruciali, attinenti all'integrità fisica del paziente. Tuttavia, se la formula di cui all'art. 2, co. 2, venisse riferita alla prognosi di qualunque esito avverso atteso a breve termine sulla salute del paziente, e alla prognosi della sola morte imminente, emergerebbe un consistente aspetto di irragionevolezza: verrebbe a essere proibito l'intervento sanitario in caso di previsione di infermità a breve termine e non invece incombente, nonostante sia evidente che il medico abbia maggiori possibilità di valutare i rischi e i benefici per il paziente e di scegliere le migliori strategie curative, con un più vasto spazio di azione, quando la prognosi sia non così prossima all'avveramento dei fatti.

La precedente conclusione può essere suffragata anche attraverso l'interpretazione sistematica, mettendo a confronto l'art. 2, co. 2, con la previsione dell'art. 16 del codice di deontologia medica, che pure proibisce l'accanimento terapeutico, ma con una formula diversa e più precisa di quella utilizzata nella prima norma: il divieto contempla «*procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita*». In questo caso, sia la mancanza di un presupposto similare a quello contenuto nell'art. 2, co. 2, ove è presente l'esplicito riferimento all'evento-morte del paziente, sia la menzione dell'assenza di prevedibili effetti positivi degli interventi sulla «*salute*» o sulla «*qualità della vita*» del paziente, lasciano emergere che il relativo divieto operi nei confronti del medico che si relazioni con un soggetto affetto da una malattia con esito anche solo invalidante, e non necessariamente letale, e che quindi abbia un più esteso ambito applicativo [11]. Se il legislatore avesse inteso attribuire tale ampio significato anche alla norma di nuovo conio, è ragionevole pensare che avrebbe utilizzato una formulazione similare, limitandosi a vietare l'intervento medico sul paziente con prognosi infausta a breve termine o imminente, senza menzionare il concetto di "morte".

Alla luce dei precedenti rilievi, appare pertanto razionale un'interpretazione restrittiva dell'art. 2, co. 2, in base alla quale considerare il divieto come riferibile all'irragionevole ostinazione nella somministrazione delle cure e all'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati, su pazienti con prognosi di decesso a breve termine o imminente.

Il concetto di "prognosi" indica un giudizio *ex ante* e in concreto adottato dal medico procedente che, secondo le proprie conoscenze, aggiunte a quelle che un agente ideale appartenente alla sua

---

[10] Così L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c. p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 428 ss., secondo cui l'art. 2, co. 2, si riferisce in modo esclusivo «alle fasi di fine vita», aggiungendo poi: «*nulla quaestio* rispetto a una delle espressioni utilizzate, vale a dire ai casi "di imminenza di morte", trattandosi di un concetto sufficientemente chiaro, riferito alle condizioni in cui l'*exitus* si configura in modo certo come imminente e improcrastinabile. Mentre va precisato il concetto aggiuntivo di "prognosi infausta a breve termine". È necessario tener per fermo, infatti, che una prognosi di quel tipo si può avere soltanto quando si sia determinato un quadro clinico tale da attestare come certo oltre ogni ragionevole dubbio il verificarsi della morte a breve termine».

[11] In tal senso L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 426, che, con riferimento all'art. 16 del codice deontologico, afferma che il criterio della proporzione dei trattamenti sanitari, «com'è ben noto, non vale solo con riguardo alle condizioni di fine vita, bensì ha rilievo generale».

stessa cerchia professionale dovrebbe avere a disposizione, gli consenta di potere fare una previsione ragionevole sulla sorte del paziente.
Il giudizio prognostico del medico, comunque, si presenta come altamente discrezionale, a causa dell'indeterminatezza dei concetti di «*prognosi infausta a breve termine*» e di «*morte imminente*»: se quest'ultimo può razionalmente essere ricondotto a una previsione di decesso in un lasso di tempo ricompreso tra poche ore e alcune settimane – dovendo quindi agganciarsi a parametri valutativi particolarmente solidi e agevolmente verificabili in tempi stretti da un osservatore esterno –, soprattutto la prima espressione può essere foriera di questioni problematiche. Difatti, la nozione di «*breve termine*» può essere ricondotta ad un compasso temporale che va da alcuni mesi a uno o, al massimo, due anni, è fisiologicamente affetta da un alto tasso di opinabilità, ed è comunque soggetta a stringenti verifiche di falsificabilità *ex post* [12]: si pensi a quelle volte in cui un medico pronostichi che un soggetto avrà solo qualche mese di vita e poi quest'ultimo sopravviva più delle aspettative iniziali, reagendo meglio del previsto al decorso della malattia. L'alto tasso di discrezionalità connesso alla previsione di esito infausto a breve termine, in tal senso, potrebbe condurre più facilmente ad esiti distorsivi nell'applicazione della norma, rispetto a quanto invece possa riscontrarsi per una previsione di decesso imminente, che poi si riveli inesatta per via di un prolungamento dei tempi della morte naturale: nel primo caso, infatti, qualora il medico decida di astenersi dalle terapie e poi il soggetto muoia in tempi più lunghi rispetto a quelli inizialmente supposti (così, ad esempio, passandosi nei fatti da qualche mese di vita prevista a più di due anni di effettiva sopravvivenza), l'errato giudizio del medico potrebbe collocare la sua stessa astensione al di fuori dell'ambito applicativo del divieto di accanimento terapeutico, potendo farlo soggiacere a un'imputazione per omicidio colposo mediante omissione; mentre, nel secondo caso, la sopravvivenza del soggetto oltre il lasso di tempo in cui va inquadrata la supposta morte imminente, potrebbe comunque rientrare nel concetto di «*esito infausto a breve termine*» (tranne nei casi in cui il sindacato del medico non si riveli errato al punto che la morte pronosticata come imminente avvenga dopo alcuni anni), così evitando al medico di essere imputato per non avere colposamente impedito la morte del paziente, visto che i presupposti del divieto verrebbero comunque integrati, sebbene sotto una voce differente (prognosi infausta a breve termine) da quella di iniziale collocazione (prognosi di decesso imminente).
In base ai precedenti rilievi, per meglio assicurare la protezione della vita, oltre che della libertà di autodeterminazione del paziente (che non può opporre il suo dissenso alla decisione di astensione del medico, in base all'art. 1, co. 6), sarebbe stato più opportuno che il legislatore evitasse di utilizzare l'imprecisa clausola che richiama la prognosi infausta a breve termine, lasciando unicamente il riferimento alla più agevolmente verificabile prognosi di morte imminente, e in tal modo circoscrivendo l'ambito applicativo del divieto a casi-limite.

3. La complessa individuazione dei confini di operatività del divieto.

Chiaritone il presupposto, la norma solleva diverse problematiche collegate alla ricerca di parametri finalizzati a una chiara circoscrizione dell'area delle cure e dei trattamenti che sono

[12] Si veda, sul punto, quanto affermato da L. EUSEBI, *Dat: un testo migliore era possibile*, in *www.lavocedelpopolo.it*, 21 dicembre 2017: «Il fatto è che quello di prognosi "a breve termine" è concetto vago, esteso in letteratura a una previsione di morte (ma di quale livello statistico?) a sei mesi, un anno o addirittura due anni».

oggetto del divieto. Sulla distinzione tra "cure" e "trattamenti" ci si soffermerà nel prosieguo, quando verrà individuata la natura della condotta che la norma impone al medico [13]: basti adesso anticipare che entrambe le espressioni si riferiscono all'applicazione di una terapia sul paziente, secondo modalità differenti che andremo poi ad esaminare.
Le summenzionate problematiche sono legate, da una parte, alla difficoltà di stabilire il *discrimen* tra utilità e inutilità, tra proporzione (o ragionevolezza) e sproporzione (o irragionevolezza) dei trattamenti e delle cure; dall'altra, alla scelta se ricorrere, per fissare la suddetta linea di demarcazione, a criteri oggettivi o soggettivi. Si tratta di due questioni complementari, evidentemente scaturenti dal ricorso, da parte del legislatore, a espressioni nebulose, a tratti incomplete, e in definitiva indeterminate [14].

3.1. La prognosi sull'inutilità, sproporzione e irragionevolezza dei trattamenti e delle cure: accanimento terapeutico "in senso stretto" e "in senso ampio".

Per fissare una soglia di discrimine tra il vietato accanimento terapeutico e il doveroso intervento sanitario, un primo spunto risolutivo si rinviene nella costruzione della norma, dato che la sua seconda parte, ove si fa riferimento all'"irragionevole" ostinazione nella somministrazione delle cure e all'"inutilità" o alla "sproporzione" dei trattamenti da applicare, va letta in congiunzione con la sua prima parte, ove il soggetto passivo dell'accanimento viene individuato nel paziente a cui sia stato pronosticato un decesso imminente o a breve termine.
In tal senso, può fin da subito affermarsi che, affinché il divieto operi, occorre che al previsto esito letale non sia ragionevolmente possibile rimediare attraverso l'intervento medico; al contrario, il dovere sanitario di salvaguardare la vita del paziente resterebbe inalterato qualora quest'ultimo, affetto da una malattia in grado di avere un decorso mortale molto rapido, possa salvarsi se tempestivamente e opportunamente curato (basti pensare, ad esempio, a un soggetto che abbia contratto il tetano o a quello che venga morso da un serpente velenoso, sui quali occorrerebbe somministrare una cura immediata per evitare il decesso a breve termine, o in certi casi addirittura imminente; o a un soggetto che venga ricoverato con una gamba in cancrena, destinato a morire in poco tempo se non sottoposto a un intervento di amputazione dell'arto).
Fermo il predetto presupposto soggettivo, quindi, è la possibilità di persistere ragionevolmente nella somministrazione delle cure o di applicare dei trattamenti utili e proporzionati, a definire in negativo quando non vi sia accanimento terapeutico e quando correlativamente permangano inalterati i doveri curativi del medico, improntati a una tutela effettiva della vita del paziente. Tale possibilità dovrà essere preventivamente vagliata dal sanitario, attraverso un giudizio prognostico

[13] Si veda *infra*, § 4.
[14] Sulla questione della mancanza di determinatezza della nozione di "accanimento terapeutico", già prima della legge 2017, si veda S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 685 ss., che passa criticamente al vaglio i diversi tentativi ermeneutici di venire a capo del problema. Si vedano anche S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg*., 2003, p. 767-768, che sottolinea la mancanza «di ancoraggio a solidi presupposti scientifici»; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 75, che parla di situazione «vaga e indefinibile». Anche in seguito all'emanazione della legge, parla di deficit definitorio P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., p. 15.

che tenga conto degli elementi di fatto conoscibili da una figura ideale di agente che ricopra il suo stesso statuto professionale, e delle proprie ulteriori conoscenze.
Pur non essendo stato puntualizzato, è chiaro che nel suo nucleo precettivo minimo, connesso al concetto di "inutilità" del trattamento (che potremmo definire accanimento terapeutico "in senso stretto"), la norma si riferisca a pazienti sui quali non siano applicabili terapie salva-vita o comunque in grado di ritardare il momento del decesso. In entrambi i casi potrebbe parlarsi di interventi inutili, in quanto di per sé inidonei a sortire rilevanti effetti positivi sulla salute del paziente, a prescindere dalla considerazione di eventuali rischi [15].
Invece, per giungere a un sindacato preventivo di irragionevolezza dell'ostinazione nelle cure o di sproporzione dei trattamenti – concetti richiamati dall'art. 2, co. 2, disgiuntamente a quello di "inutilità" degli stessi trattamenti –, non basta appuntare l'attenzione sull'assenza o sull'irrealizzabilità degli scopi curativi (a differenza di quanto invece può dirsi per il più ampio giudizio disciplinato dall'art. 16 del codice di deontologia medica, che, nello stabilire cosa si intenda per interventi terapeutici «*clinicamente inappropriati ed eticamente sproporzionati*», prende espressamente in considerazione soltanto l'assenza di «*un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita*» del paziente [16]). È necessario, invece, tenere conto anche dei rischi che i trattamenti potrebbero sortire sulla salute del malato, mettendoli a confronto con i possibili benefici, oltre che con i presupposti pericoli sul bene-vita derivanti dal processo causale già in atto: come rilevato nella Relazione al disegno di legge Bompiani sul punto, occorre cioè che «gli effetti collaterali della cura stessa si traduc[a]no in sofferenze ulteriori per l'ammalato» [17]. Non può farsi a meno di prendere in considerazione i potenziali effetti negativi sul paziente, per qualificare l'intervento medico come "sproporzionato" o "irragionevole", giacché essi sarebbero in grado di controbilanciare i possibili benefici attesi dalle cure,

[15] In tal senso, sul concetto di "inutilità" delle cure e dei trattamenti, si veda L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 1230; ID., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 426: «*nulla quaestio* in merito al divieto di trattamenti inutili, cioè di trattamenti inefficaci, ancorché fossero richiesti»; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 686: «nei confronti di un malato giunto alla fase terminale, la totale assenza di *chances* di successo potrebbe infatti costituire già un motivo sufficiente a negare legittimazione alla terapia, anche quando non ne derivi un aumento della sua sofferenza». Così pure C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, vol. V di S. RODOTÀ – P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano 2011, p. 587 ss., alla cui ampia trattazione del concetto di "futilità" si fa rinvio.
[16] Così C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e "accanimento terapeutico consentito"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2943, secondo cui la norma traduce «il solo criterio dell'inefficacia in relazione all'obiettivo del beneficio del paziente».
[17] Relazione al Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Bompiani, Jervolino Russo, Melotto, Pinto, Ceccatelli, Di Lembo, Ruffino, Condorelli, Saporito, Di Stefano, Boggio, Ianni D'Amelio, Santalco, Coviello, Parisi, Busseti, Salerno e Chimenti, 21 luglio 1987, n. 236, *Tutela dei diritti del malato con particolare riguardo alla condizione di degenza*. In tal senso anche Comitato nazionale per la bioetica, *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, 14 luglio 1995, che definisce l'accanimento terapeutico come un «trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica».

eventualmente annullandone il valore [18]. In tal caso, potrebbe parlarsi di accanimento terapeutico "in senso ampio".

Che debba tenersi conto dei possibili pregiudizi per il paziente, oltre che dei potenziali benefici per lo stesso, lo si evince dal tenore dell'art. 2, comma 2, della legge: se, per ritenersi il divieto operativo, rilevasse soltanto la mancanza di una fondata attesa di ampliamento delle *chances* di vita del malato, non si capirebbe il senso del ricorso ai concetti di "irragionevolezza" e "sproporzione" delle cure e dei trattamenti, che tipicamente sottendono un giudizio di bilanciamento tra i mezzi gli scopi dell'intervento. In tale direzione, l'espressione "inutilità", pure essa utilizzata nella norma, avrebbe da sola dato conto dell'inidoneità dei trattamenti a sortire effetti positivi sul paziente, e giustificato così il divieto dell'intervento del medico. È proprio il predetto binomio concettuale, in altre parole, a imporre al sanitario di procedere a un preventivo confronto tra i benefici e i rischi per il paziente, anche quando questi sia giunto a uno stadio terminale.

Così ragionando, oltretutto, risulterebbe manifesta la *ratio* della norma, ossia quella di preservare il soggetto da malattie in grado di ridurre ulteriormente la funzionalità dell'organismo e di cagionargli sofferenze fisiche [19], a fronte di prospettive non rilevanti di sopravvivenza.

Quanto alla prognosi sulla sproporzione dei trattamenti e sull'irragionevolezza dell'ostinazione nelle cure, si tratta di un giudizio di bilanciamento tra i possibili benefici e i possibili esiti avversi dell'intervento medico, in cui si dovrà tenere conto anche delle attuali condizioni psicofisiche del malato. Nei casi-limite, in cui non si preveda alcun beneficio, ovvero alcun rischio, derivante dall'intervento, il giudizio non sarà problematico. Così, la mancata previsione di possibili benefici in capo al paziente comporterà che non sia ammissibile alcun "costo" in termini di sofferenze per la persona. Qualora invece, per ipotesi, si individuasse un trattamento inidoneo a pregiudicare la salute del paziente, anche terminale, ma che presenti la possibilità, anche soltanto esigua, di consentirgli di sopravvivere più a lungo, la somministrazione delle relative cure non sarebbe vietata, proprio per l'assenza di "costi" prevedibili. Più complesso risulta invece il giudizio prognostico del medico qualora preveda – come il più delle volte accade – che l'intervento possa comportare sia rischi sia benefici per il paziente, e debba stabilire quale sia concretamente prevalente.

A tal fine, da una parte, occorrerebbe considerare il tipo e la gravità di pregiudizi psicofisici pronosticati, il grado di possibilità della loro verificazione, la durata e la rimediabilità degli stessi; dall'altro lato, si dovrebbe tenere conto di quanto tempo possano essere incrementate le aspettative di sopravvivenza del soggetto con prognosi infausta, e del grado probabilistico di verificazione del beneficio atteso; infine, nel bilanciamento tra i controinteressi in gioco, non si potrà prescindere dall'attribuire rilevanza alle condizioni fisiche in cui si trovi il paziente, che

[18] Cfr. F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 9, secondo cui una terapia «in tanto è doverosa in quanto apporti al paziente un beneficio superiore ai suoi effetti collaterali indesiderati; non lo è, ovviamente, nel caso contrario»; conf. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., p. 1230-1231; ID., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 428: «Si tratterà dunque di considerare, per un verso, l'entità e la probabilità dei benefici che il trattamento possa offrire al paziente in termini di contrasto della patologia in atto e dei suoi effetti, dall'altro l'entità e la probabilità delle eventuali menomazioni o sofferenze aggiuntive derivanti da quel medesimo trattamento».

[19] In questi termini, Cass. Pen., Sez. IV, 2 febbraio 2016 (ud. 24 novembre 2015), n. 4339; Cass. Pen., Sez. Un., 8 marzo 2005 (ud. 25 gennaio 2005), n. 9163.

potrebbero incidere sulla considerazione sia dei rischi sia dei benefici [20]. Eccetto che per il confronto oggettivo tra i livelli probabilistici di verificazione dei due contrapposti eventi, si tratta, a bene vedere, di un giudizio di valore: il medico si troverà a decidere discrezionalmente se, a fronte di un possibile miglioramento del paziente, siano sopportabili i preventivati costi fisici dell'intervento, con conseguente dovere di attivarsi nei suo confronti, o piuttosto se le *chances* e i tempi stimati di un prolungamento della vita del malato non siano sufficienti a giustificare alcun rischio per la sua salute psicofisica, con conseguente dovere di astenersi dall'agire. Così, ipotizzando che l'intervento del medico sia verosimilmente in grado di ritardare la morte del paziente in misura significativa, ma con modalità idonee ad arrecargli altrettanto probabili sofferenze fisiche – di carattere consistente, duraturo e poco sopportabile – per il periodo di tempo che gli rimanga da vivere, si finirebbe per ritenere la terapia proporzionata o sproporzionata, in base alla preminenza attribuita alla vita del paziente o alla sua integrità psicofisica [21].

Proprio il rilevato eccesso di discrezionalità, rende discutibile – come avremo modo di approfondire più avanti – la scelta legislativa di aver lasciato interamente la decisione in capo al medico e di avere, invece, escluso la rilevanza dell'eventuale volontà del paziente di essere comunque sottoposto a trattamenti e cure.

I precedenti rilievi consentono, infine, di trarre un'ulteriore conclusione sul campo di operatività del divieto: l'applicazione dell'alimentazione, dell'idratazione o della ventilazione artificiale su un soggetto in SVP, non costituirebbe "accanimento terapeutico", nonostante esse rientrino nella generale categoria dei "trattamenti", secondo quanto disposto dall'art. 1, co. 5. Difatti, il benefico effetto dei presidi di sostegno vitale sulle *chances* di sopravvivenza del paziente non risulta generalmente controbilanciato da costi oggettivi per l'integrità fisica dello stesso, per cui non potrebbe ritenersi che si tratti di trattamenti inutili o sproporzionati, come tali vietati dalla legge [22]: in questo caso, soltanto la volontà del malato – eventualmente manifestata attraverso le

[20] Così L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, p. 252.

[21] Si veda F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 103, che ritiene che «il medico è obbligato a curare, anche quando la terapia comporta (in misura non sproporzionata) sofferenze o lesioni dell'integrità fisica»; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, II ed., Giappichelli, Torino 2014, p. 45, secondo cui finalità della terapia non è solo la guarigione «ma anche il mero mantenimento in vita, persino in condizioni fortemente compromesse e/o di grave sofferenza».

[22] Cfr., in tal senso, S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 685: «l'omissione delle terapie mediche o chirurgiche rientranti nella nozione di accanimento terapeutico non implica di per sé anche l'omissione delle terapie di sostentamento vitale»; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace?"*, cit., p. 9, che pure non riconduce l'applicazione dei trattamenti di sostegno vitale al concetto di accanimento terapeutico: secondo l'A., i primi rappresenterebbero interventi appropriati e proporzionati per la scienza medica, rispetto ai quali si pone soltanto il problema della rilevanza del rifiuto del paziente, oggi disciplinato dall'art. 1, co. 5, della legge 219. Anche Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007 (ud. 4 ottobre 2007), n. 21748, esclude che i tipici trattamenti di sostegno vitale integrino accanimento terapeutico, poiché costituiscono «*un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione*». *Contra* F. ABEL, voce *Accanimento terapeutico*, in S. LEONE – S. PRIVITERA (a cura di), *Dizionario di bioetica*, EDB, Bologna 1994, p. 3 ss., che identifica l'esecuzione dei trattamenti di sostegno vitale su soggetti che abbiano perso l'autonomia delle funzioni biologiche, con l'accanimento terapeutico, affermando che quest'ultima espressione indica «il prolungamento del processo del morire per mezzo di trattamenti che non hanno altro scopo che quello di prolungare la vita biologica del paziente»; F. GIUNTA,

direttive anticipate di trattamento – può determinare l'astensione o la condotta interruttiva del medico.

3.2. La natura oggettiva dei criteri finalizzati all'individuazione dei benefici e dei rischi dell'intervento medico.

Quanto al secondo profilo problematico, quello che attiene ai criteri da adottare per valutare e ponderare i benefici e i rischi che correrebbe il paziente a seguito della somministrazione delle cure e dell'esecuzione dei trattamenti, in dottrina c'è chi ha definito l'accanimento terapeutico, in senso oggettivo, come applicazione di una terapia «incapace di produrre alcun risultato o, addirittura, generatrice di una patologia diversa e ulteriore da quella di cui soffre il paziente» [23]. C'è chi, avendo attribuito valore preminente al volere del paziente terminale di ricevere, o viceversa non ricevere, cure e trattamenti sproporzionati, ha collocato il fenomeno entro confini esclusivamente soggettivi [24]. C'è chi vi ha rinvenuto al contempo una dimensione oggettiva e una soggettiva [25]. C'è poi chi, nel porre sul piatto della bilancia i costi e i benefici del trattamento, ha annoverato tra i primi anche le spese economiche che il centro ospedaliero – e in ultima istanza,

---

Diritto di morire e diritto penale, cit., p. 106, secondo cui «nei confronti di una vita biologica non autonoma, il dovere di intervenire non ha più la funzione strumentale tipica del trattamento medico, ma sconfina nell'accanimento terapeutico». Un'insistente invocazione della nozione di accanimento terapeutico nell'ambito dei trattamenti di sostegno vitale (nello specifico, l'alimentazione e l'idratazione artificiale) è presente anche nella sentenza della Corte di appello di Milano del 25 giugno 2008, n. 88, nel caso Englaro, e in quella del Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006, nel caso Welby.

[23] I. LEONCINI, *I reati contro la vita*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, II ed., Giappichelli, Torino 2016, p. 67. In senso oggettivo, si veda pure il Consiglio Superiore di Sanità, Parere del 20 dicembre 2006, in *Guida al dir.*, 2007, I, p. 38, per «accanimento terapeutico si intende la somministrazione ostinata di trattamenti sanitari in eccesso rispetto ai risultati ottenibili e non in grado, comunque, di assicurare al paziente, una più alta qualità della vita residua, in situazioni in cui la morte si preannuncia imminente e inevitabile». In una posizione formalmente oggettivistica, si colloca pure L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge*, cit., p. 260, che enfatizza il riferimento alle condizioni psicofisiche del paziente «non, dunque, nell'ottica di una soggettivizzazione delle scelte sulla vita, ma pur sempre entro l'ambito di binari oggettivi al cui interno tali considerazioni appaiano necessarie proprio per concretizzare il giudizio di proporzionalità»; ID., *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., p. 1231; M. RONCO, *L'indisponibilità della vita*, cit., p. 5.

[24] Così F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1019-1020; C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, cit., p. 586, secondo cui «se il paziente dà il suo consenso ad un trattamento, ovviamente non ha senso parlare di AT».

[25] F. D'AGOSTINO – L. PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia 2007, p. 124: «La determinazione concettuale dell'accanimento terapeutico comprende elementi oggettivi (definibili sulla base di parametri scientifici, accertabili dal medico) ed elementi soggettivi (che scaturiscono dal dialogo interpersonale nell'attenzione del medico alle esigenze soggettive del paziente)». Nonostante gli AA. ragionevolmente ritengano che per parlarsi di "accanimento" non debba farsi ricorso a «criteri quantitativi predefinibili applicabili a qualsiasi situazione», si tratta tuttavia di un approccio che tende a sminuire il ruolo oggettivamente "terapeutico" degli interventi sanitari – dettato da un ragionevole, per quanto non precristallizzabile, bilanciamento tra costi e benefici – per attribuire un valore decisivo – invero smentibile sotto diversi profili, come vedremo più avanti – alle esigenze personali del paziente, e dunque al suo previo consenso. Si veda D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 1208, secondo cui – in un contesto normativo comunque precedente a quello segnato dall'avvento della legge n. 219/2017 – «se i poteri e doveri di cura sono condizionati dal consenso informato del paziente, ciò significa che il discrimine fra terapia doverosa ed accanimento dipende anche dalla valutazione soggettiva dell'avente diritto (anche se stipulassimo una definizione di accanimento terapeutico in chiave puramente oggettiva)»; C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., p. 2944.

il Servizio sanitario nazionale – dovrebbe affrontare per il paziente [26], in tal modo tuttavia dando rilevanza a un aspetto che, pur rilevante sul piano dell'economicità delle scelte mediche e quindi del *management* aziendale, non può assumere alcun peso specifico sul piano della tutela del paziente, nella determinazione dell'interesse prevalente al fine di inquadrare l'intervento sanitario tra le cure doverose o nell'accanimento terapeutico da censurare [27].

La legge n. 219/2017 sembra avere definitivamente segnato un arresto sul punto: l'irrilevanza della volontà del paziente di ricevere trattamenti contrari alla legge, stabilita dall'art. 1, co. 6, congiuntamente con il divieto di accanimento terapeutico, previsto dall'art. 2, co. 2, chiarisce che il concetto si basa unicamente su dati oggettivi. È comunque ovvio che la considerazione di parametri oggettivi – pur basandosi essenzialmente sulla letteratura medica e sull'esperienza del sanitario procedente, in ordine al possibile impatto che certe terapie possono sortire sui pazienti – non può prescindere da valutazioni da compiere sul destinatario delle cure, poiché il dato di partenza della prognosi infausta, e quelli conseguenti connessi ai possibili benefici dei trattamenti e ai conseguenti rischi, devono necessariamente essere parametrati alle condizioni psico-fisiche in cui si trovi il malato: trattandosi, comunque, di considerazioni attinenti a un contesto esterno, afferente alle scelte del medico, non può concludersi che si tratti di dati soggettivi, con ciò intendendo riferirsi soltanto a tutto ciò che pertiene alla volontà del paziente e ai suoi personali obiettivi [28].

Sul punto, va infine fatta un'ulteriore precisazione. Qualora, a monte, sia lo stesso paziente che rifiuti la sottoposizione a trattamenti e a cure, il medico dovrebbe assecondare la sua volontà a prescindere dalla prognosi sulle sue aspettative di vita, nonché sui benefici e sui rischi derivanti dall'intervento sanitario: se decidesse comunque di intervenire, non starebbe violando il divieto di accanimento terapeutico, ma il dovere di attenersi alla volontà del soggetto a sottoporsi alle

[26] Cfr. S. Congregazione per la Dottrina della Fede, *Dichiarazione sull'eutanasia*, 26 giugno 1980, che nel distinguere tra mezzi proporzionati e sproporzionati, afferma che: «si potranno valutare bene i mezzi mettendo a confronto il tipo di terapia, il grado di difficoltà e di rischio che comporta, le spese necessarie e le possibilità di applicazione, con il risultato che ci si può aspettare, tenuto conto delle condizioni dell'ammalato e delle sue forze fisiche e morali». Conf. C. CASALONE, *La medicina di fronte alla morte. Tra eutanasia e accanimento terapeutico*, in *Aggiornamenti sociali*, 2002, p. 553: «La proporzionalità viene valutata tramite una comparazione: da una parte, alcune caratteristiche che attengono ai mezzi terapeutici in se stessi, come la reperibilità, i costi, gli oneri psico-fisici e i rischi della loro applicazione; dall'altra, i benefici attesi e la loro corrispondenza con il mondo di valori e la visione di vita buona che è propria del paziente». Per una disamina dell'inclusione, nel giudizio di proporzionalità, di considerazioni attinenti alla corretta allocazione delle risorse economiche, sotto un profilo anche etico, si veda C. BRESCIANI, *Proporzionalità della cura e utilizzo razionale delle risorse*, in C. BRESCIANI (a cura di), *Etica, risorse economiche e sanità*, Giuffrè, Milano 1998, p. 143 ss.

[27] In tal senso F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1024-1025, che sottolinea i rischi di una deriva utilitaristica dei trattamenti da applicare al paziente, a detrimento della vita e della dignità della persona.

[28] Così L. EUSEBI, *Note su disegni di legge concernenti il consenso* informato, cit., p. 260; ID., *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., p. 1231: «Il giudizio di proporzionalità non esclude il rilievo, ai suoi fini, di considerazioni inerenti alla personalità e alla vicenda esistenziale del malato […]. Ciò che caratterizza quel giudizio, piuttosto, è la sua riconducibilità, anche quando tenga conto di dati che riguardino il vissuto del paziente, ad argomenti suscettibili di essere condivisi, vale a dire la circostanza di non configurarsi quale mera presa d'atto di manifestazioni della volontà».

terapie [29] – stabilito dall'art. 1, comma 5, della legge 219, e a monte fondato sugli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione –, risultando conseguentemente imputabile per il delitto di violenza privata [30]. Resta fermo che, in sede giudiziale, potrà essere ulteriormente accertata l'inosservanza del divieto di accanimento terapeutico, se venga provata l'integrazione dei suoi presupposti e delle sue condizioni di operatività: in tal caso, come verrà analizzato nel prosieguo, il medico che sia comunque intervenuto sul paziente, potrà rispondere a titolo colposo delle lesioni eventualmente cagionate alla sua integrità psicofisica.
I precedenti assunti costituiscono un'ulteriore prova che la volontà del malato, secondo le intenzioni del legislatore, assume rilievo soltanto in contesti esterni rispetto a quello coperto dal divieto di accanimento terapeutico.

4. I contenuti e gli effetti del divieto di accanimento terapeutico: la nozione di "trattamento" e "cura", le condotte omissive imposte al medico e la limitazione del suo dovere di protezione della vita del paziente.

La disposizione di cui all'art. 2, comma 2, della legge 219 ha strutturato il divieto di accanimento terapeutico mediante una formulazione complessa, attraverso cui si impone al medico di «*astenersi da ogni ostinazione irragionevole*» nel somministrare le cure e «*dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*».
Sul punto, una considerazione preliminare riguarda il significato delle espressioni «*somministrazione delle cure*» e «*ricorso a trattamenti*».
Il termine "trattamenti" può essere interpretato come un concetto idoneo a ricomprendere la singola applicazione di una determinata terapia farmacologica, l'esecuzione di un intervento diagnostico o di un'operazione chirurgica sul corpo del paziente; per quanto nella nozione possa rientrare anche l'attivazione di uno dei presidi di sostegno vitale, come confermato dal comma 5 dell'art. 1, si può ritenere che essi non costituiscano oggetto del divieto inteso nel suo complesso, poiché in queste ipotesi, per le ragioni summenzionate, mancherebbe il carattere di "inutilità" e di "sproporzione" del trattamento.
Il concetto di "cure", invece, presenta un'accezione più ampia e complessa, essendo generalmente riferibile all'applicazione non di un singolo trattamento (tranne che esso non esaurisca la terapia, avendo *ex se* potenzialità curative), ma di più trattamenti facenti parte della medesima terapia (per esempio, prescrivendo l'assunzione di un farmaco X non *una tantum* ma periodicamente) o di terapie diverse tra di loro, nella specie (ad esempio, la somministrazione del farmaco X e del farmaco Y) o nel genere (ad esempio, la somministrazione del farmaco X e l'esecuzione di un

[29] Cfr. A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 71: secondo cui, in relazione al dissenso del paziente a ricevere le cure, non rileva la presenza di una situazione di "accanimento terapeutico", poiché l'ordinamento «attribuisce la facoltà di rifiutare qualsiasi terapia, non solo quella che per la sua superfluità, o inattitudine a preservare o recuperare il benessere del soggetto, o per qualsiasi altra ragione, possa definirsi "accanimento"».
[30] Così F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 601; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 75. Entrambi gli AA., tuttavia, ritengono che la semplice inerzia del medico non possa integrare il reato di violenza privata, quando il trattamento di sostegno vitale sia stato già attivato e il rifiuto del paziente intervenga in un momento successivo, in quanto la struttura di reato di evento a forma vincolata impedirebbe la conversione della fattispecie da commissiva in omissiva impropria, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.

intervento chirurgico sul paziente), e accomunate dal medesimo scopo curativo sul paziente, cioè quello di eliminare o ridurre gli effetti della causa patologica riscontrata [31].
Occorre quindi esaminare come i precedenti assunti possano incidere sul tenore della condotta imposta al medico dalla norma.
Rispetto all'obbligo di astensione dal ricorso a trattamenti inutili e sproporzionati, *nulla quaestio*: il medico è tenuto ad omettere il singolo trattamento laddove da esso non si possano prevedere effetti positivi sulla salute del paziente o laddove i benefici pronosticati non siano in grado di superare i possibili rischi.
Rispetto all'obbligo di astensione dall'ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure, va fatta un'ulteriore premessa. La norma, facendo in questo caso uso del termine "ostinazione" – che indica il fatto di "persistere" o di "rimanere fermi" in un proposito o in un comportamento già intrapreso –, implica il dovere di non proseguire nell'applicazione di una terapia già iniziata, attraverso l'adozione di un successivo trattamento di identica natura, o il dovere di non fare seguire a una terapia una diversa e ulteriore terapia che rientri nel medesimo progetto curativo predisposto per il malato. In questi casi, affinché l'obbligo di astensione operi, non occorre che il singolo trattamento appaia *ex se* inutile o sproporzionato, anche perché, se così fosse, si rientrerebbe nel divieto apprestato dalla seconda parte del precetto; è piuttosto necessario che l'irragionevolezza attenga alla prosecuzione della cura complessivamente intesa, che cioè essa derivi dai prevedibili effetti sortiti sul paziente dall'applicazione continuativa di più trattamenti – pur considerabili proporzionati, se presi singolarmente – facenti parte della medesima terapia o di diverse terapie a scopo curativo. Anche in questa seconda ipotesi, comunque, può dirsi che il comportamento imposto al medico sia di carattere omissivo: il dovere di astenersi dall'ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure, per come qui interpretato, pur presupponendo il precedente inizio delle terapie, e pur comportando la loro interruzione, non implica alcuna azione in senso stretto. Infatti, la somministrazione di una cura va rappresentata non come una condotta perdurante a cui si possa porre fine soltanto attraverso un'apposita condotta attiva, ma come la successione di una serie di condotte, omogenee od eterogenee, avvinte dal medesimo fine curativo; per cui l'interruzione di una cura consiste nell'omissione dell'applicazione di un trattamento, che segua ad uno precedente (di identica natura o diverso) ormai esaurito.
La norma, quindi, non vieta l'ostinazione irragionevole attraverso l'imposizione di un dovere di agire, che la dottrina ha talvolta collocato – con riferimento all'interruzione dei presidi di sostegno vitale mediante la disattivazione delle macchine – nella discussa categoria dell'omissione mediante azione [32]. In tal senso, nell'ambito del divieto di accanimento terapeutico, non pare

[31] Invece, secondo L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 426, al concetto di «*cure*» non sarebbero riconducibili le terapie tese a guarire la patologia da cui dipende la prognosi di morte imminente o a breve termine, poiché esse rientrerebbero nella nozione di «*trattamenti*»: l'A. ricomprende nel concetto di «*cure*» esclusivamente le cure palliative e i presidi di sostegno vitale, considerando quindi irragionevole il divieto in questa prima parte.
[32] In tal senso, si vedano C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Efolg bei fahrlassigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, (74), p. 395; ID., *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Totung auf Verlangen*, in *NStW*, 1987, p. 349; K. ENGISH, *Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht*, in A. ESER (a cura di), *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Enke, Stuttgart 1976, p. 315; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1017; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, cit., p. 695; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati*

trovare spazio l'ampio dibattito che tradizionalmente si era diffuso in dottrina in ordine alla questione di come il rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale da parte del paziente, potesse escludere, sul piano degli elementi costitutivi del reato, la responsabilità del medico per omicidio del consenziente, *ex* art. 579 c.p. In tale contesto, l'orientamento maggioritario ha distinto tra il rifiuto a monte delle terapie, rispetto a cui al medico sarebbe imposta un'omissione, e la revoca del consenso a ricevere le stesse, che invece richiederebbe a quello una condotta attiva di interruzione: nel primo caso, il dissenso del paziente comporterebbe una limitazione dei doveri connessi alla posizione di garanzia del sanitario, operante sul piano dell'esclusione della tipicità della corrispondente fattispecie omissiva impropria; nel secondo caso, la sua volontà opererebbe quale causa di giustificazione dell'azione "positiva" del sanitario (il cd. "staccare la spina" dei macchinari) [33].

In conclusione, il rispetto del divieto di accanimento terapeutico, per come formulato dall'art. 2, co. 2, esige sempre un'omissione del sanitario. Può dunque dirsi che la norma, nel proibire al medico di intervenire, comporti anche una limitazione degli obblighi assolvibili dallo stesso quale detentore della posizione di garanzia sulla salute del paziente, facendo venir meno il dovere di tutelarne la vita [34]: non potrebbe così ravvisarsi un nesso di equivalenza causale tra il mancato

---

morire in pace"?, cit., p. 7. *Contra*, proprio in relazione alla questione della sospensione dei trattamenti di sostegno vitale mediante disattivazione delle macchine, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 95, che in proposito rileva la mancanza di una base normativa idonea a consentire l'identificazione dell'azione interruttiva in un'omissione, a differenza invece di quanto può dirsi per l'omesso impedimento dell'evento, che equivale alla sua attiva causazione ai sensi dell'art. 40 cpv.; M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., p. 910-911 che obietta che naturalisticamente l'azione positiva del sanitario non può in alcun modo essere intesa come un comportamento omissivo.

[33] Con l'avvento della legge n. 219/2017, il diritto del paziente di rifiutare o di revocare il consenso alle cure, e il correlativo dovere del medico di rispettarne la volontà, col conseguente obbligo di astenersi dall'intervenire o di staccare le macchine in caso di "revoca", è disposto a chiare lettere dall'art. 1, co. 5. Precedentemente, il diritto di rifiutare le cure e di revocare quelle già iniziate si ricavava unicamente dagli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Ritengono che debba parlarsi di circoscrizione della posizione di garanzia del medico, e quindi di esclusione della tipicità della fattispecie omissiva impropria, nell'ipotesi di rifiuto di un trattamento non ancora iniziato, e invece di operatività della scriminante dell'adempimento del dovere previsto dalla legge, nel caso di rinuncia alla prosecuzione di un trattamento già avviato, in cui si ravviserebbe un'azione commissiva, F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, cit., p. 95; D. PULITANÒ, *Doveri del medico*, cit., p. 1199 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby*, cit., p. 911 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 71; A. MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al Giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018, p. 16. Invece ravvisano in entrambe le ipotesi un'omissione, rispetto a cui la volontà del paziente opererebbe come limite ai doveri connessi alla posizione di garanzia del medico, F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1017; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 694-695; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 7, 10; ID., *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziario'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1604. In senso diametralmente opposto cfr. P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., p. 8, che ritiene che il disposto dell'art. 1, co. 6, della legge 219/2017, che esime il medico da qualunque dovere sul piano penale e su quello civile a seguito della manifestazione della volontà del paziente, disposta dal precedente comma 5, operi come causa di giustificazione per la causazione della morte dello stesso, sia nel caso di mancata attivazione delle cure sia nel caso di attiva interruzione delle stesse.

[34] Cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., p. 1233; ID., *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., p. 256; V. MAGNINI, *Stato vegetativo permanente e interruzione dell'alimentazione artificiale: profili penalistici*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1987, secondo cui il dovere di cura termina «quando venga meno l'utilità obiettiva della cura, ovvero la proporzione tra lo scopo perseguito e

impedimento dell'evento-morte e la sua causazione, stabilito dall'art. 40 cpv. c.p. soltanto nei confronti di chi detenga un correlativo obbligo giuridico.
Affinché in sede giudiziale possa escludersi l'integrazione del fatto tipico del delitto di omicidio mediante omissione, occorrerà che il giudice, chiamato ad accertare l'effettiva operatività del divieto di accanimento terapeutico, si collochi mentalmente al momento della decisione di astensione del medico e valuti, a sua volta, se l'intervento omesso sarebbe stato inutile o sproporzionato, attraverso un giudizio prognostico su base parziale, che rifletta nella struttura quello previamente compiuto dal sanitario. Nel caso in cui il giudice – in seguito all'esame delle cartelle cliniche, all'esperimento della consulenza tecnica degli esperti e all'ammissione delle testimonianze dell'*equipe* medica e paramedica – giunga alla conclusione che il previo giudizio del medico fosse fondato su valutazioni errate, e che dunque non vi fossero le condizioni per l'operatività del divieto di intervenire, *ex* art. 2, co. 2, non potrà rinvenire una limitazione normativa al dovere del sanitario di tutelare la vita paziente, e dovrà conseguentemente stabilire se siano stati integrati gli elementi, oggettivi e soggettivi, del fatto di reato.
Sul punto, va fatta un'ultima riflessione. La norma in esame presenta degli evidenti deficit di determinatezza nell'indicazione dei presupposti e delle condizioni di applicazione del divieto, soprattutto a causa del loro carattere valutativo sulla situazione clinica in cui si trovi il paziente e sugli effetti delle cure e dei trattamenti sulla sua salute. La presenza di tali parametri valutativi di incerta definizione, da una parte, conferisce un eccessivo potere discrezionale al medico nella preventiva fase della decisione se intervenire o meno; dall'altra, successivamente alla verificazione del decesso del paziente, genera il rischio di derive ermeneutiche arbitrarie da parte del potere giudiziario, per via dell'indiretta influenza dell'art. 2, co. 2, sulla fattispecie di omicidio mediante omissione [35], con possibili e incontrollabili esiti *contra reum* [36]. Sicuramente innegabile

gli effetti negativi ad essa connessi»; M. RONCO, *L'indisponibilità della vita*, cit., p. 20, che rileva come non sussista un obbligo di cura del medico in caso di possibile accanimento terapeutico; S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, Milano 2013, cit., p. 126-127: «La posizione di garanzia e l'obbligo di agire del sanitario non si estendono in maniera indefinita, ma incontrano un limite nell'accanimento diagnostico-terapeutico […]. Esiste sì un limite – oggettivo – segnato da tutte quelle forme di accanimento clinico, perché con esse non si ha più una tutela della vita e della salute (che sono l'oggetto immediato e diretto della protezione), ma una forma invasiva, dannosa e straordinaria di mero prolungamento della vita: l'inutilità della cura conferisce quindi un limite interno alla posizione di garanzia del medico».

[35] Sulle esigenze di tassatività delle norme diverse da quelle incriminatrici, ma che incidono sull'applicabilità di quelle, si veda F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova 1979, p. 284 ss., che, con specifico riferimento alle cause di giustificazione, fa leva sullo stretto legame esistente tra norma incriminatrice e norma scriminante nella determinazione del *discrimen* tra lecito e illecito, per cui «l'indeterminatezza della scriminante si rifletterà fatalmente su ogni norma reale di cui la prima entra a far parte». Conf. L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 626.

[36] Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 688: «la nozione di accanimento terapeutico non risulta suscettibile di una precisa definizione e finisce con il rappresentare nulla più che un nucleo di disvalore dai contorni assai sfumati. Diviene così evidente come la materia in esame si sottrae alla fissazione di un corpo di regole precise, in grado di guidare l'attività del medico e di riempire contenutisticamente il suo obbligo curativo e terapeutico: lo spazio libero dal diritto – a torto auspicato da una scienza medica che ha aperto nuovi orizzonti della vita e della morte, così innescando angosce e incertezze che essa non è in grado di risolvere – non riesce ad essere riempito dal legislatore e corre il rischio di trasformarsi in uno spazio di diritto libero, di fatto rimesso alla discrezionalità giudiziale».

è la fisiologica situazione di difficoltà in cui si è trovato il legislatore nello specificare dei requisiti che inevitabilmente trovano la loro forma nel caso concreto, in considerazione delle condizioni, delle *chances* e dei rischi del paziente "in carne e ossa" [37]. Ciò nonostante, sarebbe stato necessario evitare il ricorso a criteri affetti da un alto coefficiente di indeterminatezza – come il presupposto della prognosi di esito infausto a breve termine –, nonché specificare tutte le condizioni di operatività del divieto di accanimento terapeutico, in modo da non lasciare al medico, in prima battuta, e successivamente al giudice un'eccessiva discrezionalità nello stabilire i parametri di cui tenere conto ai fini del giudizio di proporzione o di ragionevolezza (qui identificati nella tipologia, nell'entità, nella durata e nel grado probabilistico di verificazione dei contrapposti eventi connessi ai rischi e ai benefici per il malato): come rilevava Bricola, le soluzioni normative non devono «lasciare spazi vuoti affidati al potere medico», ma «fornire determinazioni il più possibile precise e vincolanti per lo stesso potere giudiziario» [38].

5. I nuovi termini della relazione terapeutica tra paziente e medico nel contesto dell'accanimento terapeutico: l'irrilevanza della volontà di ricevere le cure e i trattamenti.

Il complesso delle norme introdotte dalla legge n. 219 del 2017 ci porta al cospetto di un rinnovamento dei termini della relazione terapeutica tra medico e paziente: la questione sorge dall'eventuale conflitto tra la volontà del malato terminale che richieda di essere sottoposto a trattamenti giudicati *ab externo* inutili o sproporzionati o a cure ritenute irragionevoli, e quella del medico che, sulla base di tali valutazioni impostegli dai nuovi limiti normativi, si rifiuti di applicarli. L'art. 1, co. 6, non attribuisce alcun peso al dissenso del paziente, ed impone al medico l'astensione, nei termini sopra indicati: «*Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge*» e, «*a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*». Insomma, il diritto all'autodeterminazione libera e responsabile del malato viene collocato in una posizione recessiva rispetto a un bene che evidentemente il legislatore intende perseguire in via prioritaria e forse in senso paternalistico, quello dell'incolumità psicofisica dello stesso paziente, messa in pericolo da un inutile o sproporzionato accanimento sul suo corpo.

Il rapporto di "alleanza terapeutica" tra medico e paziente, quindi, appare non più limitato a garantire la sopravvivenza del secondo, ma più che altro diretto a salvaguardarne la salute [39],

---

[37] Così L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico*, cit., p. 1230, secondo cui il giudizio sulla sproporzione delle terapie «non va ricondotto al superamento di soglie standard (per esempio affermando che in presenza di una patologia oncologica diffusa sarebbe *a priori* sproporzionato eseguire più di un dato numero di cicli chemioterapeutici), bensì va riferito – sulla base pur sempre di regolarità scientifiche note – a ciascun singolo paziente, con riguardo alle sue condizioni nel momento della decisione sul ricorso alla terapia della quale si discuta». Conf. F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 9: «Stabilire quando un trattamento possa definirsi ancora 'utile' e 'proporzionato', e quando sconfini invece in un (inutile) accanimento terapeutico, è normalmente compito della scienza medica, e non del giudice o del legislatore».

[38] F. BRICOLA, *Vita diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in L. STORTONI (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, cit., p. 218.

[39] Cfr. C. CASALONE, *La medicina di fronte alla morte*, cit., p. 553, che definisce l'accanimento terapeutico come «un prolungamento della vita fisica non rispettoso della dignità della persona» e del «suo benessere integrale»; C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., p. 2950, che, oltre all'integrità fisica, richiama anche il possibile pregiudizio all'autodeterminazione del paziente che si opponga all'accanimento terapeutico. Tuttavia, l'attuale impianto della legge, che non riconosce efficacia alla volontà del paziente di ricevere cure e trattamenti vietati dalla legge, impedisce di configurare l'autodeterminazione dello stesso come

intesa in un senso più ampio di quello discendente dal suo diretto collegamento con il bene-vita: la possibile causazione di sofferenze legate all'ostinazione irragionevole nelle cure o all'applicazione di inutili e sproporzionati trattamenti, appare come un infierire sul corpo del malato, contrario al suo diritto all'integrità psicofisica, piuttosto che un'azione improntata a garantirne il bene complessivo [40].

Sul punto, una spiegazione della scelta legislativa di comprimere la rilevanza della volontà del paziente può desumersi dalle parole di Giunta, secondo cui, nonostante «la doverosità dell'intervento medico nei confronti del soggetto che lo richiede», la posizione di garanzia del medico dà «vita a un dovere di agire non già incondizionato, ma limitato all'esigenza terapeutica» [41]. Dal canto suo, Pulitanò, lasciando intravedere le ragioni dogmatiche alla base del rifiuto del medico di praticare l'accanimento terapeutico, ha chiarito che il principio della *voluntas aegroti suprema lex* – che è alla base dell'asserzione secondo cui il consenso del paziente rappresenta tendenzialmente il presupposto e il limite dei doveri di cura del medico [42] – «non significa che al medico tutto sia permesso purché vi sia il consenso del paziente», in quanto «delle scelte terapeutiche il medico ha in ogni caso la responsabilità. È tenuto ad agire secondo le buone regole dell'arte, e ha il dovere di non cedere a richieste di praticare terapie tecnicamente insostenibili o interventi che non abbiano nemmeno un significato obiettivo di terapia» [43].

Traendo spunto da queste autorevoli premesse, si può asserire che il divieto che il medico applichi trattamenti e cure inutili e sproporzionati, a prescindere dalla volontà contraria del malato, pur compromettendo il rapporto di alleanza terapeutica tra i due, costituisce una regola precauzionale che impone al sanitario l'astensione in mancanza di scopi terapeutici raggiungibili o comunque ragionevoli.

---

interesse la cui protezione possa costituire la *ratio* dal divieto. Spostano l'asse della questione, individuando nella dignità del paziente l'interesse pregiudicabile da condotte di accanimento terapeutico, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 104 (in senso critico, in relazione a pazienti in stato di incoscienza che non siano in grado di esprimersi sulla loro intenzione di continuare ad essere sottoposti ai trattamenti o di "morire con dignità"); A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 81. Tuttavia, la predetta irrilevanza della volontà del paziente nella determinazione degli interventi idonei a integrare delle cure irragionevoli o dei trattamenti inutili e sproporzionati, chiarisce come sia altrettanto impossibile, in base all'attuale intervento normativo, considerare la dignità dell'individuo come interesse la cui protezione sia alla base del divieto: la dignità, infatti, è un bene che – al di fuori dai casi in cui si metta in discussione il valore intrinseco oggettivo dell'essere umano, attraverso condotte di sfruttamento dello stesso per fini che gli siano estranei – non può che dipendere dalla volontà di «autoaffermazione dell'individuo secondo le proprie credenze e le proprie aspirazioni» (usa questi termini per osteggiare una distorsione del termine in senso "eterodeterminato", lo stesso VALLINI, a pag. 73 del contributo prima citato).

[40] Cfr., in senso critico, C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., p. 2944-2945: «il sovrapporsi della decisione del medico su quella del paziente (del profilo oggettivo su quello soggettivo) rischia di interrompere – di fatto – l'essenza stessa del rapporto terapeutico (ricostruito nei termini di una vera e propria alleanza di cura)».

[41] F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 113.

[42] Così D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., p. 1196-1197.

[43] D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire*, cit., p. 1209. In questi termini si veda anche S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit, p. 125-126: «Pur in presenza di una manifestazione di volontà, se l'atto medico è sprovvisto di indicazioni terapeutiche (trattandosi di intervento inutile e futile), non può (non deve) essere consentito; il che è come dire che il consenso non può convertire un atto "in sé" illegittimo, in atto legittimo […]. Esiste cioè uno spazio di autonomia professionale dato dalla migliore conoscenza, esperienza, professionalità del medico, il quale solo può, in ultima analisi, valutare adeguatamente necessità e bontà di un trattamento terapeutico».

6. Accanimento terapeutico e rischio non consentito: la responsabilità del medico per lesioni colpose.

Quanto appena accennato trova riscontro in una nota sentenza della Corte di cassazione, la n. 13746 del 2011, che riconobbe una regola cautelare nel divieto di accanimento terapeutico previsto dall'art. 16 del Codice di deontologia medica (nella versione del 2006, vigente ai tempi della pronuncia) [44], secondo cui «*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*».

Il caso giunto all'attenzione dei Giudici di legittimità riguardava l'esecuzione di un intervento chirurgico di laparoscopia su una donna affetta da una neoplasia pancreatica con diffusione generalizzata di metastasi – e pertanto inoperabile – che, a seguito di una grave emorragia alla milza sorta in seguito all'intervento, era deceduta per arresto cardiaco. La Corte di appello di Roma, confermando la sentenza emessa dal Tribunale monocratico, condannava i tre medici per omicidio colposo. La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso degli imputati, non ravvisò alcuna violazione della legge sostanziale e processuale nella pronuncia del giudice di secondo grado, che – tra l'altro – aveva identificato la colpa dei medici nella violazione della regola positiva di prudenza, avente fonte nel succitato art. 16 del codice deontologico, secondo cui avrebbero dovuto astenersi dall'intervenire, tenendo conto delle condizioni di inoperabilità della paziente [45]. A quest'esito si pervenne nonostante la donna avesse prestato il suo consenso all'intervento, inquadrato dai giudici nell'"accanimento terapeutico".

Ritornando a quello che è il divieto per come fissato nel precetto contenuto nell'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017, si può asserire – in parallelo a quanto emergeva dalla citata sentenza, in relazione alla disposizione del codice deontologico – che lo scopo diretto della norma è sì quello di fissare una regola precauzionale, tuttavia volta a tutelare non la vita – come invece i Giudici avevano ritenuto, ravvisando un nesso tra la violazione della stessa e l'evento-morte – bensì la salute del paziente [46].

---

[44] Sulla differenza di presupposti e di scopi della disposizione rispetto a quella contenuta nell'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017, si veda *supra*, §§ 2. e 3.1.

[45] «*Il prioritario profilo di colpa in cui versavano gli imputati è stato evidenziato dalla stessa Corte nella violazione delle regole di prudenza, applicabili nella fattispecie, nonché delle disposizioni dettate dalla scienza e dalla coscienza dell'operatore. Nel caso concreto, attese le condizioni indiscusse ed indiscutibili della paziente (affetta da neoplasia pancreatica con diffusione generalizzata, alla quale restavano pochi mesi di vita e come tale da ritenersi "inoperabile") non era possibile fondatamente attendersi dall'intervento (pur eseguito in presenza di consenso informato della donna quarantaquattrenne, madre di due bambine e dunque disposta a tutto pur di ottenere un sia pur breve prolungamento della vita) un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita. I chirurghi pertanto avevano agito in dispregio al codice deontologico che fa divieto di trattamenti informati a forme di inutile accanimento diagnostico - terapeutico*».

[46] Simili rilievi furono fatti in relazione all'art. 16 del codice deontologico, all'indomani del deposito della citata sentenza della Corte di cassazione, da C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., p. 2949-2950: «Il divieto di AT e dunque il correlativo obbligo di astenersi a fronte di tali situazioni potrebbe semmai essere volto ad evitare una tipologia di eventi che attengono alla sfera della libertà di autodeterminazione (tollerare trattamenti sproporzionati ed inutili) o a quella dell'incolumità personale (sofferenze prolungate per il protrarsi degli interventi chirurgici/terapeutici/diagnostici), ma mai per definizione riconducibili ad una

Che la *ratio* della norma non sia la tutela della vita del paziente, si evince già dal presupposto inerente alla prognosi di esito infausto o di decesso imminente: è proprio tale elemento che rivela all'interprete come, di fronte alla cessazione o alla drastica diminuzione delle speranze di sopravvivenza del malato, il medico debba astenersi dal compiere quegli atti rappresentabili come un tentativo, inutile o irragionevole, di salvarne o prolungarne la vita, dovendo piuttosto perseguire l'obiettivo di evitargli sofferenze inutili o comunque sproporzionate.
Si potrebbe dunque parlare di una norma di astensione dotata di una funzione precauzionale nei confronti di eventi tipici di lesione dell'integrità psicofisica individuale [47]; eventi connessi a fattori di rischio direttamente discendenti dall'intervento medico.
Ma non basta. La violazione del divieto segnerebbe lo sconfinamento dall'area di rischio consentito che dovrebbe connotare l'attività medico-chirurgica: la norma contenuta nell'art. 2, co. 2, insomma, chiarisce che l'intervento medico, fisiologicamente foriero di rischi, può essere ammesso soltanto laddove sia finalizzato ad apportare al paziente dei benefici tali da prevalere sui primi. Insomma, si potrebbe distinguere tra atti medici terapeutici e non terapeutici, questione il cui approfondimento richiede però una preventiva digressione.
Fermo che la legittimazione dello svolgimento di ogni attività intrinsecamente rischiosa deve fondarsi su un preventivo bilanciamento dell'ordinamento tra i costi e i benefici a essa connessi, laddove in questo rapporto si diano *a priori* per assenti o soccombenti i possibili benefici, non potrà dirsi che la condotta rischiosa sia da considerarsi ammessa, giacché altrimenti il rischio sarebbe consentito pur non essendo finalizzato a realizzare alcun apprezzabile scopo ultimo: come già rilevava la Corte di cassazione nel 1963, nella sentenza sul disastro del Vajont, «*L'esercizio lecito di attività pericolose è da ritenere consentito nella misura in cui risponde ad obiettive esigenze di interesse collettivo o pubblico, di ordine primario*» [48]; come meglio chiarito in dottrina da Ronco, «Se un'area di rischio consentito può ragionevolmente essere individuata, in base al confronto tra i costi e i benefici, […] l'assenza di benefici concretamente apprezzabili per il progresso economico e sociale sembra sconsigliare di consentire attività rischiose per i valori fondamentali della vita, della salute e dell'integrità personale» [49].

---

anticipazione dell'evento morte». Si vedano anche le critiche a monte avanzate dall'A. (p. 2946 ss.) in relazione alla difficile ravvisabilità di un profilo di colpa specifica nella violazione di una norma del codice deontologico, in quanto non si tratterebbe di una fonte di diritto e in ogni caso non disciplinerebbe fattori di rischio: in tal senso, già F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. del dir.*, 1983, p. 554; *contra* F. ANGIONI, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, p. 279 ss.

[47] Sul nesso che deve sussistere tra l'evento delittuoso e lo scopo perseguito dalla norma precauzionale violata, affinché vi possa essere quella "concretizzazione della colpa" essenziale ai fini della tipicità del reato colposo, si vedano in dottrina G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffré, Milano 1965, p. 231 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffré, Milano 1990, p. 309 ss.; M. RONCO, *La colpa in particolare*, in M. RONCO (dir.), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, t. I, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Zanichelli, Bologna 2007, p. 562 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffré, Milano 2009, p. 135 ss.; C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino 2016, p. 335 ss. In giurisprudenza, così Cass. Pen., Sez. IV, 18 maggio 2012 (ud. 13 marzo 2012), n. 19170; Cass. Pen., Sez. IV, 26 maggio 2004 (ud. 18 marzo 2004), n. 24051.

[48] Cass. Pen., Sez. IV, 25 marzo 1971, in *Foro it.*, 1971, II, c. 717 ss.

[49] M. RONCO, *Scritti patavini*, t. I, Giappichelli, Torino 2017, p. 372. Conf. A. CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1100-1101, secondo cui «nell'area del "rischio giuridicamente rilevante", si incontrano le attività pericolose, contemporaneamente inutili o neutre. L'assenza di effetti positivi, unita alla creazione di rischi, comporta

Come poi rilevato da Forti, il divieto di svolgere un'attività rischiosa priva di rilevanti benefici sociali verrà a coincidere con un dovere precauzionale di astensione dall'attività *in toto* [50]. Sulla questione, anche la recente giurisprudenza di legittimità si mostra concorde: «*Nel caso di attività vietata ovviamente l'unica regola cautelare da seguire è l'astensione: se il legislatore l'ha vietata vuol dire che non ha ritenuto, nel bilanciamento di interessi di cui si è detto, che l'attività fosse di una qualche utilità o che i benefici fossero tali da compensare i pericoli. L'agente che agisca in violazione del divieto risponde quindi, come si è già accennato, delle conseguenze verificatesi anche se rispetta le eventuali regole cautelari dettate dall'esperienza (o regole cautelari specifiche preesistenti al divieto) perché questo obbligo non viene meno nel caso di svolgimento di attività illecite o vietate*» [51].

La norma precauzionale che vieta di compiere un'attività rischiosa, in quanto ritenuta carente di utilità sociale, è volta a prevenire il superamento del "limite esterno" del rischio consentito, per cui il suo mero svolgimento sarebbe fonte di responsabilità penale colposa per la verificazione di

---

una strategia orientata in via preventiva alla loro proibizione»; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La cosiddetta "flessibilizzazione" delle categorie del reato*, in *Criminalia*, 2012, p. 391-392. In generale, sul previo bilanciamento costi-benefici necessario per stabilire se l'attività rischiosa sia consentita, si vedano V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 1988, p. 55 ss.; G. MARINUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in G. MARINUCCI (racc. postuma), *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano 2013, p. 299, secondo cui «per valutare se un rischio è "ingiustificato", occorre confrontarlo con l'utilità sociale dell'attività alla quale inerisce»; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano 2010, p. 23 ss., che fa leva sul parametro dell'«adeguatezza sociale», da soppesare a quello di "rischio"; M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino 2012, p. 123-124, secondo cui le attività astrattamente rischiose per l'individuo possono essere consentite a condizione che «i) rispondano ad un interesse meritevole di riconoscimento e di tutela; ii) siano predisposte misure idonee ad evitare che l'attività divenga in concreto produttiva di effetti dannosi per gli interessi protetti».

[50] G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 309, secondo cui tale regola cautelare «sarà tendenzialmente quella che imponga di astenersi del tutto dall'attività in questione allorché si tratti di attività pericolosa e non esistano norme che espressamente consentano i rischi che da essa derivano, o le variabili della entità e della probabilità di verificazione del danno nonché del valore del bene offeso siano da ritenersi prevalenti sull'utilità sociale dell'attività»; ID., *Colpa (diritto penale)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano 2006, p. 952: «Ruolo del rischio consentito è quello di delimitare l'oggetto del divieto penale, rendendo possibile l'esplicazione di attività socialmente utili […]. Al di fuori dell'area del consentito si porranno allora quei rischi la cui considerazione configurerà come regola di diligenza l'astenersi del tutto dall'agire […] e non un agire accompagnato dall'adozione di tutte le cautele necessarie per neutralizzare il pericolo o ridurlo entro limiti tollerabili». Conf. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie". Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, Padova 2003, p. 19: «anche il più radicale dovere di astensione è frutto di un giudizio "di cautela" *lato sensu* inteso, basato sui consueti canoni della prevedibilità e della (sicura) evitabilità dell'evento solo non intraprendendo quel tipo di attività […]. Nella presente prospettiva, in ultima analisi, il dovere di astensione va posto sullo stesso piano delle regole cautelari "proprie", rappresentando anzi l'opzione "per eccellenza" idonea all'azzeramento del rischio, ancorché comportante un'altrettanto drastica compressione della libertà di azione». Così anche D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1624, che ritiene che «l'astensione possa configurare una peculiare "modalità" cautelare doverosa che contribuisce a definire l'area del rischio lecito»; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo*, cit., p. 391 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino 2017, p. 79, secondo cui «sono fuori dall'area dell'assentito quei rischi in ordine ai quali la regola di diligenza impone all'agente modello di astenersi immediatamente dall'attività-focolaio».

[51] Cass. Pen., Sez. IV, 1° giugno 2010 (ud. 28 aprile 2010), n. 20595.

un evento delittuoso che ne sia conseguenza. Invece, in caso di attività rischiosa consentita in quanto connotata – nel suo nucleo essenziale – da benefici che prevalgano sui suoi possibili costi, soltanto la successiva violazione di quelle regole precauzionali appositamente prescritte per garantire il mantenimento della predetta relazione di bilanciamento, e per evitare che il superamento della cifra del rischio consentito conduca alla generazione di un rischio non consentito, potrà fondare una responsabilità colposa per l'evento eventualmente cagionato [52]: ci troveremmo, qui, di fronte al "limite interno" del rischio consentito, che si travalicherebbe laddove sia «superato quel rischio che l'ordinamento non ha convenienza a evitare» [53].

Tornando alla questione della possibile assenza di terapeuticità dell'attività medica, non può dirsi che rientri entro il "limite esterno" del rischio consentito l'intervento sanitario non mirato alla realizzazione di rilevanti finalità terapeutiche per la salute psicofisica del paziente, poiché, in tal caso, all'ineliminabile prospettazione dei rischi a cui quello andrebbe incontro, non corrisponderebbe il perseguimento, né tantomeno il raggiungimento, di alcun oggettivo miglioramento delle sue condizioni fisiche [54]. Questa distinzione tra atti medici propriamente

---

[52] Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. del dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano 1960, p. 640 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 211-212; P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 30 ss., che al riguardo distingue tra regole cautelari proprie, dirette a neutralizzare il rischio non consentito, dalle regole cautelari improprie, volte a ridurlo; G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 953; A. PAGLIARO, *Il reato*, Giuffrè, Milano 2007, p. 141; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Giappichelli, Torino 2015, p. 324; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Cedam, Padova 2017, p. 344. In giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 22 agosto 2016 (ud. 14 luglio 2016), n. 35263; Cass. Pen., Sez. IV, 3 marzo 2006 (ud. 17 novembre 2005), n. 7661; Cass. Pen., Sez. IV, 6 marzo 1997 (ud. 21 novembre 1996), n. 2139, ove tuttavia impropriamente si parla di obbligo di riduzione del rischio consentito, anziché di obbligo di non aumentarlo.

[53] V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., p. 14-15. Si veda anche G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 309-310: «In caso contrario – e cioè in presenza di una espressa autorizzazione all'esercizio dell'attività ovvero qualora, presupposta l'individuabilità di una figura modello, sia risolto in senso favorevole il bilanciamento di interessi – l'attività potrà essere intrapresa con l'osservanza delle precauzioni che l'*homo eiusdem* adotterebbe nel caso concreto, comportandosi in modo che la condotta mantenga in attivo quel bilanciamento su cui l'ammissibilità del rischio è stata fondata; tendenzialmente: non aumenti la probabilità del danno i.e. non accresca il rischio, non aumenti le dimensioni della possibile lesione al bene giuridico e sia sempre funzionale al raggiungimento delle finalità di valore sociale la cui considerazione è alla base dell'ammissibilità del rischio stesso».

[54] Nonostante possa dirsi che la sola attività medico-chirurgica diretta al miglioramento della salute psico-fisica dell'individuo debba essere consentita, nella prassi si tende a considerare sempre accettati i rischi connessi all'applicazione della medicina, in virtù dell'ampliamento dell'accezione di "adeguatezza" o "utilità" dell'intervento e, a monte, dell'estensione dello stesso concetto di salute. Così ragionando, la responsabilità del sanitario non potrebbe aversi per il semplice fatto di essere intervenuto senza l'obiettiva perseguibilità di un vantaggio per la salute del paziente – salvo che non sia la stessa legge a stabilire i presupposti e il contenuto di una tale regola cautelare di astensione, e dunque la specifica area di rischio vietato in materia –, in quanto tale vantaggio sarebbe costantemente e presuntivamente sotteso all'intervento; la responsabilità sorgerebbe soltanto laddove si superi la soglia del rischio consentito attraverso la violazione delle norme precauzionali che guidano l'operato del medico. Sul punto, si veda R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze 2010, p. 125, che presume sempre esistente un'intrinseca utilità sociale nell'esercizio dell'attività medica: «si deve ritenere che l'attività medica, essendo di per sé lecita e socialmente utile, sia sempre ammissibile, purché esercitata nei limiti delle *leges artis*, con la conseguenza che ciò che non si tollera non è il rischio in sé, ancorché maggiore, ma quello realizzato violando le *leges artis*»; allo stesso modo, D. CASTRONUOVO – D. RAMPONI,

"terapeutici", e quindi consentiti dall'ordinamento, e atti medici non terapeutici, a monte vietati, sembra confermata anche dalla Corte di cassazione, secondo cui quando si dia per certo che un «*intervento produrrà una inutile menomazione dell'integrità fisica o psichica del paziente*», si sarà in presenza «*di un atto che non può più essere considerato di natura terapeutica. È solo il contesto in cui l'azione viene posta in essere che ha natura terapeutica – e costituisce dunque l'occasione dell'intervento – ma l'azione fuoriesce completamente dalle finalità che la società assegna alle strutture sanitarie e alle persone che vi operano*» [55].

Nel caso degli atti medici non terapeutici, il divieto dell'esecuzione della condotta-base costituisce un dovere precauzionale di astensione da un'attività collocata a monte al di fuori dell'area del rischio consentito, e non già un obbligo di astensione da una condotta consentita a certe condizioni, in virtù della sua adeguatezza sociale (anche se alcuni autori preferiscono invocare, in relazione alle regole cautelari che disciplinano le attività rientranti nell'area del rischio consentito, un obbligo precauzionale di agire altrimenti, piuttosto che di astensione [56]): la

---

Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario, in A. BELVEDERE – S. RIONDATO (a cura di), *La responsabilità in medicina*, vol. IV di S. RODOTÀ – P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, cit., p. 947: «Quanto alla definizione del livello di rischio consentito, deve tenersi conto che l'attività medica non solo è facoltizzata dall'ordinamento, perché utile e necessaria, ma essa è, altresì, una attività doverosa». Invece A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, Torino 2009, p. 253, prende atto che accanto ai casi, più numerosi, in cui il medico interviene in situazioni «contraddistinte dallo stato di malattia, cioè da un preesistente squilibrio delle funzioni dell'organismo», vi possono essere ipotesi «in cui la fatale condotta colposa del medico interviene, in modo del tutto sproporzionato e gratuito, su di un soggetto sostanzialmente sano, quindi non in pericolo reale di vita o di salute»: l'A., tuttavia, non trae dalle precedenti osservazioni alcuna conclusione in relazione alla delimitazione dell'area del rischio consentito in materia.

[55] Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2010 (ud. 26 maggio 2010), n. 34521, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 237, con nota di A. FIORI – D. MARCHETTI – G. LA MONACA, *Gli atti medici terapeutici e non terapeutici alla luce della Cass. pen. sez. IV n. 34521*. Conf. S. ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico*, cit., p. 126.

[56] In dottrina si nota infatti un certo disaccordo sulla stessa ammissibilità di doveri precauzionali di astensione dalle attività a rischio consentito.

Sono contrari: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 211, che ritiene che un tale dovere di astenersi *tout court* dall'attività rischiosa consentita «porrebbe l'ordinamento giuridico in contraddizione con se stesso, poiché da un lato autorizzerebbe condotte la cui intrinseca pericolosità è testimoniata dalle più elementari massime di esperienza, e dall'altro colpirebbe, perché rappresentabile ed evitabile, qualunque conseguenza dannosa provocata da una di quelle condotte»; G. FORTI, *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 947, che di dovere di astensione parla soltanto con riferimento alle attività a monte vietate, in quanto collocate al di fuori del limite esterno del rischio consentito (p. 952); F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova 1993, p. 233 ss.; ID., *La normatività della colpa penale: lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.; ID., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 1297 ss.; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 152 ss.; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERRINI – T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, ETS, Pisa 2009, p. 253 ss.; ID., *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, p. 179 ss., ove l'A. prende atto dell'«abbandono della regola dell'astensione nella giurisprudenza sulla colpa medica». Conf. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 334, secondo cui le regole cautelari possono stabilire che l'esecuzione delle attività rischiose debba avvenire «in presenza di certi *presupposti*», «col rispetto di certe *modalità* esecutive», o «con l'astensione da altre specifiche modalità», ma non possono prescrivere la totale astensione «dalle attività rischiose giuridicamente autorizzate come tali e da parte di tutti (es. dall'attività chirurgica, dalla circolazione stradale), pena altrimenti la loro stessa interdizione». Dunque, «affermare la possibile astensione anche nelle attività giuridicamente autorizzate è

violazione del divieto, quindi, non porterà alla concretizzazione di un rischio non consentito nell'esercizio di un'attività pur consentita nel suo nucleo centrale, ma si tradurrà nell'esecuzione di un'attività rischiosa a monte vietata.
Tornando all'accanimento terapeutico, possiamo concludere che l'ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure o l'applicazione di trattamenti inutili o sproporzionati, su un paziente con prognosi di morte imminente o a breve termine, segna il superamento del limite esterno del rischio consentito nell'attività medica, in virtù dell'assenza di benefici apprezzabili per il paziente, o quantomeno della mancanza di benefici tali da prevalere sui correlativi rischi. Si tratta, quindi, di un'attività medica non propriamente terapeutica, e per questo vietata dall'art. 2, co. 2, della legge n. 219/2017: se il medico decida di violare il divieto, intervenendo comunque sul paziente, egli si troverà a rispondere delle lesioni eventualmente cagionategli, a titolo di colpa specifica, a prescindere dall'ulteriore inosservanza delle regole precauzionali che regolano il suo operato.

7. Riflessioni conclusive: verso un recupero del ruolo della volontà del paziente nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso ampio".

Dall'esame degli artt. 1 e 2 della legge n. 219/2017, emerge che l'entrata in vigore della normativa ha parzialmente deluso le aspettative di chi auspicava una più chiara e netta valorizzazione, da parte del legislatore, del ruolo del consenso del paziente in ordine alle questioni di fine-vita, fino ad allora rimessa all'interpretazione degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

---

confondere la doverosa astensione da certe *modalità* dell'attività, inosservanti delle regole cautelari, con l'astensione, non prescrivibile, dell'attività *tout court*. Sicché, se di astensione si vuole parlare, va precisato che l'astensione ha per oggetto non l'attività rischiosa come tale, ma soltanto le condotte violatrici delle regole cautelari: l'astensione dalla violazione di tali regole».
Invece, ritiene che un obbligo di astensione possa valere come regola cautelare anche nell'ambito delle attività a rischio consentito, P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 18, 19, e, con specifico riferimento all'attività medica, p. 93-95, assegnando comunque all'obbligo di astensione un carattere relativo e un contenuto modale, in quanto si tratterebbe non di «astenersi dall'agire *tout court*», ma di «agire in modo diverso». Salvo poi concludere che «In varie costellazioni di casi, il medico ha il dovere di astenersi dall'agire. Qualora agisse, infatti, creerebbe egli stesso un rischio intollerabile, per la salute o per la stessa vita del paziente […]. In queste ipotesi, la condotta colposa si connota in maniera evidente quale condotta attiva. L'essenza normativa della condotta colposa si constata osservando che il medico ha agito, mentre avrebbe dovuto astenersi dall'agire». Conf. D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale*, cit., p. 1620 ss., secondo cui, nell'ambito delle attività rischiose lecite, si può distinguere tra regole precauzionali di astensione e regole precauzionali modali, in quanto l'astensione è talora «una possibile e doverosa modalità operativa secondo i moduli o protocolli cautelari di una attività rischiosa lecita» (p. 1621): nell'attività medica, in particolare, sebbene si ravvisino di frequente posizioni di garanzia che si sostanziano in positivi obblighi di agire, gli obblighi di astensione sono «pur sempre ipotizzabili e verificabili» (p. 1622, nota 73). A favore della configurabilità di obblighi di astensione come regole cautelari, si vedano anche C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., p. 540 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Giappichelli, Torino 2011, p. 333; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino 2012, p. 583; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2014, p. 582-583; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 324-325. In una posizione mediana si colloca R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, cit., p. 123, secondo cui «la regola cautelare non viene quasi mai concepita con un contenuto consistente nel dovere di astensione dall'esercizio dell'attività, ma come regola modale».

Da una parte, il quinto comma dell'art. 1 ha finalmente messo fine alla *querelle* sulla questione se l'individuo sia titolare, o meno, del diritto a non essere curato [57], prevedendo a chiare lettere che la sua volontà di rinunciare alla sottoposizione a trattamenti sanitari, anche se già iniziati, vincoli il medico, consentendo a quest'ultimo di ometterne l'esecuzione o di sospenderla anche mediante condotte attive di disattivazione delle macchine, senza per questo essere imputato del delitto di omicidio del consenziente [58]. Il fatto poi che l'art. 4 abbia disciplinato le dichiarazioni anticipate di trattamento, consentendo al paziente di manifestare la sua rinuncia alle cure anche molto tempo prima che la questione si profili come attuale, rappresenta la più forte consacrazione del diritto dell'individuo di effettuare scelte consapevoli sulla propria salute.
D'altra parte, di fronte alle predette aperture, risulta eccentrica la decisione legislativa di privare il malato terminale del diritto di richiedere l'applicazione di "cure attive" (e non, si badi bene, di "cure palliative") nelle ipotesi coperte dal divieto di cui all'art. 2, comma 2, cioè quando il medico preveda che sia inutile o sproporzionato applicare i trattamenti o irragionevole ostinarsi nella somministrazione delle stesse cure. La *ratio* dell'opzione normativa si fonda sul perseguimento di uno scopo precauzionale di protezione dell'integrità psicofisica del paziente, ritenuto in grado di controbilanciare adeguatamente la compressione del suo diritto alla libertà di autodeterminazione, alla luce della mancanza di significative o ragionevolmente perseguibili prospettive di sopravvivenza che, ove invece presenti e prevalenti sui rischi dell'intervento, renderebbero doverosa l'azione del medico.
A variare, dunque, è la considerazione complessiva del ruolo assegnato al consenso del malato nell'intero corpo della normativa: da un lato, la libertà di autodeterminazione del paziente prevale sulle esigenze di tutela della sua stessa vita, essendo quello legittimato a rifiutare le cure necessarie alla sua sopravvivenza; dall'altro, la sua libertà soccombe di fronte alla tutela della sua integrità psicofisica, in quanto al medico è comunque proibito eseguire trattamenti ritenuti in grado di cagionare al malato più danni che benefici.
Guardando criticamente all'annichilimento del ruolo della volontà del paziente nei casi riconducibili al divieto di accanimento terapeutico, giova richiamare le parole di Palazzo: «L'opzione terapeutica è anche condizionata da una valutazione comparativa dei suoi costi e benefici per la salute complessiva del paziente. Certamente, tale valutazione non può che essere rimessa al consenso del paziente, che assume così su di sé il rischio dell'opzione terapeutica» [59].
Per comprendere, allora, se sia stata opportuna la scelta del legislatore, bisogna ricordare che l'art.

---

[57] Prima della legge, erano contrari alla configurabilità di tale diritto: M. RONCO, *L'indisponibilità della vita*, cit., p. 1-2, 8-9; V. PATALANO, voce *Omicidio (Diritto penale)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano 1979, p. 967; L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato*, cit., p. 253. Hanno tradizionalmente sostenuto l'esistenza di un diritto a non essere curati: F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1018-1019; A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. del dir.*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, p. 1284 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., p. 692 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 90 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"?*, cit., p. 10; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita"*, cit., p. 73 ss.; L. RISICATO, *Autodeterminazione del paziente*, cit., p. 442 ss.
[58] Sulle questioni dogmatiche inerenti al fondamento dell'irresponsabilità del medico, in queste ipotesi, si veda *supra*, § 4.
[59] F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1236. Conf. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per* medical malpractice, in *Corr. merito*, 2006, p. 973.

2, co. 2, disciplina il comportamento del medico non soltanto in caso di inutilità dei trattamenti, ove i benefici si diano per assenti, ma anche in caso di sproporzione dei trattamenti e di irragionevole ostinazione delle cure: in quest'ultima ipotesi, è innegabile che alcuni significativi benefici possano essere tratti dall'intervento, ma non sarebbero perseguibili se ritenuti dal sanitario sbilanciati rispetto ai prevedibili rischi. Da una parte, dunque, può ritenersi accettabile che il medico sia considerato arbitro nel valutare la doverosità del suo intervento nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso stretto", trattandosi di un giudizio vertente esclusivamente sulla prospettabilità di benefici in capo al paziente, a prescindere da ulteriori valutazioni attinenti alla loro significatività e al loro rapporto con eventuali controinteressi. D'altra parte, è discutibile che la decisione se intervenire sia esclusivamente demandata al suo giudizio, senza tenere conto del volere del malato, nel caso dell'accanimento terapeutico "in senso ampio", cioè quando siano prevedibili dei benefici discendenti dai trattamenti o dalle cure, ma non si ritengano rilevanti al punto da prevalere sui rischi. In questo caso, la questione sulla collocazione dell'accanimento terapeutico fuori o dentro del limite esterno del rischio consentito, non dovrebbe prescindere dalla considerazione della volontà del paziente, in quanto è lui il soggetto più idoneo a determinare il peso da attribuire ai previsti rischi e benefici, e a procedere al loro bilanciamento, essendone il diretto destinatario.

Il problema del recupero del ruolo dirimente del consenso del malato si appalesa addentrandoci nell'interpretazione del carattere di terapeuticità che deve connotare gli interventi medici consentiti dall'ordinamento, la cui assenza li collocherebbe al di fuori del "limite esterno" del rischio consentito, giustificandone il divieto. Come rilevato qualche tempo fa in un Rapporto dell'Hastings Center, e come ribadito dal Comitato nazionale per la bioetica, a una prima e più risalente concezione oggettiva che individuava gli scopi della medicina in «modelli intrinseci alla medicina stessa», ispirati dal «bisogno di guarire, aiutare, assistere e curare», si è progressivamente sovrapposta una concezione soggettiva che li ha identificati in «costruzioni sociali»: è il dialogo con la società, in altre parole, a ridefinire gli scopi della medicina, attribuendole il compito di «occuparsi (per contribuire a risolverli con i propri mezzi) anche delle "angosce della vita quotidiana", dei problemi esistenziali, psicologici e spirituali che le persone necessariamente incontrano nel corso della loro vita» [60].

Parecchi anni prima, questa evoluzione in senso soggettivo del concetto di "terapeuticità" era stata profeticamente intuita da Stella, proprio in relazione al tema dell'accanimento terapeutico, che affermava a chiare lettere – forse temendo un sovvertimento nel bilanciamento dei beni in gioco, tale da svalutare il consenso del malato – che «quando il paziente richieda la prosecuzione delle cure e dell'assistenza, non è ipotizzabile alcun limite ad ogni possibile "sforzo medico". La verità

[60] Comitato nazionale per la bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, in *http://bioetica.governo.it*., p. 22 ss.; Hastings Center, *Gli scopi della medicina: nuove priorità*, in *Notizie di Politeia*, n. 45, 1997, p. 3 ss. Sul punto, si veda M. REICHLIN, *Etica delle neuroscienze: il caso del potenziamento cognitivo*, in C. VIAFORA – A. GAIANI (a cura di), *A lezione di bioetica. Temi e strumenti*, FrancoAngeli, Milano 2014, p. 352, secondo cui «L'unico vero argomento in favore di una concezione puramente terapeutica della medicina è quello storico, per cui questa è di fatto la comprensione tradizionale che l'arte medica ha coltivato di sé; ma naturalmente il fatto che storicamente sia stato così non dimostra che non possa essere diversamente, soprattutto in un contesto sociale, scientifico e tecnologico radicalmente mutato. Inoltre, va anche osservato che, di fatto, diversi obiettivi non terapeutici sono stati stabilmente accettati tra quelli pertinenti per la prassi medica: ad esempio, la contraccezione, certe forme di procreazione assistita e la stessa chirurgia estetica».

è che, quando sia cosciente, solo il paziente – ed anche, ovviamente, il paziente incurabile – può dire se un prolungamento della vita gli offra anche solo una possibilità di realizzare se stesso, fosse unicamente per pochi istanti soltanto; e di fronte alla decisione del paziente, l'obbligo di garanzia del medico permane in tutta la sua integrità: *voluntas aegroti suprema lex*» [61]. Gli fa eco, più di recente, Pulitanò, che, dopo aver premesso che la volontà del paziente non può obbligare il medico a scelte insostenibili in quanto ricadenti al di fuori della nozione di "terapeuticità", afferma poi, evidentemente assecondando un'interpretazione estensiva del concetto, che «Finalità della terapia non necessariamente è la guarigione […]. Può essere anche il mero mantenimento in vita, persino in condizioni fortemente compromesse e/o di grave sofferenza: se il paziente lo chiede, tale sua volontà è idonea a fondare il dovere del medico di fare tutto il possibile per il mantenimento in vita, cioè tutto ciò che può servire» [62].

Il precipitato che possiamo trarre da questa asserita soggettivizzazione degli scopi della medicina, è che se l'individuo trova realizzazione nel prolungamento, anche breve, della propria esistenza, a costo di correre dei rischi per la sua integrità psicofisica, la medicina avrebbe il dovere di continuare a porsi al suo servizio, e la legge non dovrebbe precluderglielo demandando al solo medico il compito di effettuare quel bilanciamento preventivo tra rischi e benefici, che è insito nelle nozioni di "ostinazione irragionevole" nelle cure e di "sproporzione" dei trattamenti. Estendendo il concetto di terapeuticità in senso marcatamente soggettivo, dunque, si potrebbe ricondurre l'intervento del medico su un paziente con prognosi di morte imminente o a breve termine – per cui ci siano ancora delle *chances* di prolungamento, anche breve, della sopravvivenza, a cui lo stesso malato aspiri – entro l'area del rischio consentito, così restituendo dignità alla volontà dello stesso di perseguire un pur effimero progetto di vita.

La soluzione più auspicabile per un legislatore avveduto, dunque, sarebbe quella di ridurre il campo applicativo della norma sull'accanimento terapeutico, in modo da ricomprendervi il solo divieto dei trattamenti inutili; o, alternativamente, di mantenere il suo attuale tenore, apponendo però una precisa deroga al principio dell'irrilevanza della volontà del paziente, per come attualmente disposto dall'art. 1, co. 6. Difatti, non dovrebbe potersi parlare di sproporzione dei trattamenti e di irragionevole ostinazione nelle cure, prima di avere informato e consultato il paziente: in queste ipotesi, che qui abbiamo etichettato come accanimento terapeutico "in senso ampio", dovrebbe essere il suo consenso a segnare il limite esterno del rischio consentito.

Ciò detto, va ribadito che al medico spetterebbe comunque il compito di scegliere con scienza e coscienza, nell'ambito del suo rapporto di alleanza terapeutica con il malato, le modalità di intervento più idonee a consentire che i potenziali pericoli per la salute di quello non superino i benefici previsti in relazione al prolungamento della sua aspettativa di vita: non si potrà cioè prescindere dal rispetto delle regole precauzionali atte a garantire che non venga travalicato il

[61] F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., p. 1020. Come sottolineato dall'A., gli stessi sostenitori dell'impraticabilità dell'accanimento terapeutico sostenevano che «è comunque certo che alla base di ogni considerazione giuridica e deontologica deve sussistere il cosciente rifiuto terapeutico, posto che il desiderio del paziente di continuare a vivere magari per pochi giorni od ore, deve esaltare ogni sforzo, anche inane del medico»: cfr. M. BARNI – G. DELL'OSSO – P. MARTINI, *Aspetti medico-legali e riflessi deontologici del diritto a morire*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, p. 40. Conf. C. CUPELLI, *Responsabilità colposa*, cit., p. 2944.

[62] D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, II ed., Giappichelli, Torino 2014, p. 45.

"limite interno" del rischio consentito, cioè che non venga aumentato il rischio di eventi lesivi conseguenziali all'esercizio dell'attività *lato sensu* terapeutica.