

**LUISS**



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto Sanitario**

**LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO  
DAL PUNTO DI VISTA DEL  
DIRITTO COSTITUZIONALE ALLA SALUTE**

Chiar.ma Prof.ssa Donatella Morana

---

RELATORE

Chiar.mo Prof. Nicola Lupo

---

CORRELATORE

Maria Alessandra Raffaele matr. 145873

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2019/2020

## INDICE

<b>Introduzione .....</b>	<b>p.3</b>
---------------------------	------------

### CAPITOLO I

<b>1. La Legge sulle disposizioni anticipate di trattamento del 22 dicembre 2017, n. 219: elementi essenziali.....</b>	<b>p.4-9</b>
<b>1.1. Progetti di legge e proposte di intervento: l'iter che ha portato alla Legge 219/2017.....</b>	<b>p.9-13</b>
<b>2. La disciplina costituzionale e la configurabilità delle DAT.....</b>	<b>p.14-18</b>
<b>2.1 La centralità del consenso informato.....</b>	<b>p.18-21</b>
<b>2.2 Evoluzione della giurisprudenza italiana sui temi del fine vita.....</b>	<b>p.21-24</b>
<b>3. La disciplina codicistica degli atti di disposizione del corpo e i diritti della personalità.....</b>	<b>p.24-27</b>
<b>3.1. Il diritto all'integrità fisica e agli atti di disposizione del proprio corpo alla luce dell'art.5 c.c.....</b>	<b>p.27-29</b>
<b>4. Le norme di riferimento nel contesto europeo.....</b>	<b>p.29-33</b>

### CAPITOLO II

<b>1. Il diritto a non soffrire nella prospettiva costituzionale.....</b>	<b>p.33-35</b>
<b>1.1. Il caso Welby.....</b>	<b>p.35-39</b>
<b>1.2. Il caso Englaro.....</b>	<b>p.39-41</b>
<b>1.3. L'accanimento terapeutico e l'eutanasia.....</b>	<b>p.42-44</b>
<b>2. L'intervento additivo della Corte Costituzionale: la Sentenza n. 242 del 25 settembre 2019.....</b>	<b>p.44-48</b>
<b>2.1 Ricostruzione della vicenda.....</b>	<b>p.48-51</b>
<b>2.2 Le cure palliative: la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale.....</b>	<b>p.51-52</b>
<b>3. La sottile linea tra diritto a morire e diritto a non soffrire: differenze alla luce del quadro normativo interno e cenni comparatistici.....</b>	<b>p.53-59</b>
<b>3.1. Prospettive future.....</b>	<b>p.59-64</b>

### CAPITOLO III

<b>1. L'evoluzione del rapporto medico-paziente alla luce della L. 219/2017.....</b>	<b>p.64-66</b>
<b>1.1. Alcuni profili problematici: la volontà presunta.....</b>	<b>p.66-70</b>
<b>1.2. Alcuni profili problematici: l'obiezione di coscienza.....</b>	<b>p.70-74</b>
<b>2. Il rapporto di cura: come e cosa cambia rispetto alle DAT.....</b>	<b>p.74-79</b>
<b>3. L'assistenza infermieristica nel rapporto con il paziente.....</b>	<b>p.79-81</b>

<b>Bibliografia.....</b>	<b>p.82-94</b>
--------------------------	----------------

<b>Elenco delle sentenze.....</b>	<b>p.95-96</b>
-----------------------------------	----------------

## INTRODUZIONE

Il presente elaborato è frutto di una ricerca sulle Disposizioni Anticipate di Trattamento svolta dal punto di vista del Diritto Costituzionale alla Salute. L'analisi cerca di contestualizzare l'istituto, introdotto con la Legge n.219/2017, e valorizzarne gli aspetti costituzionalistici in una prospettiva d'insieme.

Nel testo ci si propone di indagare la tematica, utilizzando la novella normativa come filo conduttore; innanzitutto inquadrando la materia nel contesto normativo-giurisprudenziale in cui si inserisce, affrontando poi aspetti che con essa si intrecciano, quali il trattamento del dolore e l'eutanasia, per, in fine, osservare come questa modifica abbia inciso sugli equilibri del rapporto di cura.

Attraverso tale analisi si cerca di sostenere diverse tesi, prima delle quali quella secondo cui la conformità costituzionale dell'introduzione di tale atto dispositivo di autodeterminazione anticipata sia cosa differente dall'affermare la sua diretta desumibilità costituzionale. A sostegno di tale assunto il confronto tra la l'art.32 della Costituzione e la fisionomia stessa delle disposizioni anticipate. Difatti, mentre da una parte la norma costituzionale prevede come suo contenuto prescrittivo un obbligo di non interferenza dei consociati nella fruizione della libertà di salute dell'individuo, le DAT, all'opposto, prevedono una serie di prescrizioni specificamente dirette a medico e fiduciario i quali, quindi, non si limitano ad un contegno inattivo, ma sono destinatari anche di obblighi di *facere*.

Proprio il contenuto prescrittivo delle disposizioni anticipate è quello che si vuole mettere in luce, al fine di valutare come e in che modo queste siano intervenute nel modo di intendere il rapporto tra paziente, personale e struttura sanitaria. La relazione di cura, invero, si basa su un rapporto sinergico tra medico e paziente che si inserisce in un contesto di alleanza terapeutica, alla quale la legge n. 219/2017 conferisce rilevanza, le DAT, quindi, nella loro vincolatività, rischiano di interferire consistentemente in tale equilibrio solidaristico a sacrificio dell'autonomia del medico.

Ultima tesi che si vuole sostenere è relativa ad un aspetto che collateralmente interessa la materia, ovvero sia le istanze eutanasiche che promanano dai medesimi soggetti che hanno la facoltà ex art.4 L.219/2017 di redigere le DAT. A tal fine si vuole portare l'attenzione, in primo luogo, sull'inesistenza nell'ordinamento italiano di un "diritto a morire", sostenuta anche da una serie di distinguo operati attuando un approccio comparatistico; per poi evidenziare la possibilità di venire incontro a situazioni di sofferenza con una più accurata disciplina relativa alle cure palliative, ipotesi caldeggiata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207 del 2018, prima, e poi ribadita nella sentenza n. 242 del 2019.

L'esito di questa ricerca non sarebbe stato possibile senza il decisivo sostegno della Prof.ssa Donatella Morana e della Dott.ssa Michela Tresca alle quali vanno i miei più sentiti ringraziamenti.

## CAPITOLO I

### 1. La Legge sulle disposizioni anticipate di trattamento del 22 dicembre 2017, n. 219: elementi essenziali

Il 31 gennaio 2018 è entrata in vigore la legge n. 219, varata il 22 Dicembre 2017,<sup>1</sup> recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”. Tale legge si prefigge l’obiettivo di tutela del “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”, nel rispetto dei principi della Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

La normativa affronta in senso lato il tema del rapporto medico-paziente principiando<sup>2</sup> con la disciplina del consenso informato, la quale designa in capo al paziente il diritto di conoscere tutte le informazioni rilevanti attinenti al proprio stato di salute, di essere messo a conoscenza dei trattamenti sanitari disponibili, degli effetti e delle possibili alternative e, sulla base di ciò, scegliere o meno di sottoporvisi<sup>3</sup>. Tale disciplina è strettamente correlata all’efficacia delle Disposizioni anticipate di trattamento, il cui regime è definito all’articolo 4 di detta Legge.

Il quadro normativo in cui sono inserite le DAT concorre ad evidenziare come queste, nell’ambito della relazione di cura, rappresentino un momento cruciale dell’alleanza terapeutica tra medico e paziente<sup>4</sup> in quanto quest’ultimo, per il tramite di un fiduciario, affida al medico la realizzazione di queste in previsione di una futura incapacità di autodeterminarsi.

Una previsione simile era, invero, già contenuta, prima della legge 219/2017, nell’ art. 38 del Codice di deontologia medica, il quale disciplina le “dichiarazioni” anticipate di trattamento. Quest’ultime devono essere prese in considerazione qualora “espresse in forma scritta”, una volta compiuta una verifica sulla loro

---

<sup>1</sup> Tra i primi commenti alla legge n.219 del 2017, D’AVACK L., *Il dominio delle biotecnologie. L’opportunità e i limiti dell’intervento del diritto*, Torino, 2018, pp. 140 ss.; LIBERALI B., *prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?* in *Rivista di Diritti comparati*, 3/2017, pp. 262 ss. ; LIBERALI B., *la problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle Dat*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 Giugno 2018; RODOLFI M., CASONATO S., PENASA S., *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018.

<sup>2</sup> La disciplina del consenso informato è contenuta nell’art.1 L. 219/2017

<sup>3</sup> BALDININI G., *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2018, in cui l’A. considera: “senza equivoci e ambiguità la sussistenza in capo al soggetto di un diritto a sapere (e a non sapere) riguardo ad informazioni rilevanti sulla propria salute e su diagnosi, prognosi, benefici rischi e possibili alternative dei trattamenti sanitari cui eventualmente sottoporsi” (pp.110)

<sup>4</sup> Così il Documento del CNB, del 18.12.2003 pag. 19 in cui il Comitato Nazionale Bioetica ha affermato che : “Le dichiarazioni anticipate di trattamento tendono a favorire una socializzazione dei momenti più drammatici dell’esistenza e ad evitare che l’eventuale incapacità del malato possa indurre i medici a considerarlo, magari inconsapevolmente e contro le loro migliori intenzioni, non più come una persona, con la quale concordare il programma terapeutico ottimale, ma soltanto come un corpo, da sottoporre ad anonimo trattamento”

“congruenza logica e clinica con la condizione in atto”, dal medico che, in relazione alle condizioni cliniche del paziente, “procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili”. La disposizione, però, seppur affine, differisce dalla disciplina introdotta dall’art. 4, in quanto, pur tentando un bilanciamento tra il diritto alla vita e quello alla libertà, riconosce al primo un rilievo prioritario<sup>5</sup>.

L’articolo 4 della legge 219/2017 detta, quindi, una prima<sup>6</sup> disciplina di dettaglio sul tema più controverso e innovativo dell’intervento normativo, sbloccando una situazione che aveva visto arenate precedenti analoghe iniziative intraprese nelle legislature anteriori.

Può osservarsi, già ad una valutazione *prima faciae*, che la struttura normativa nel suo nucleo essenziale fa emergere la natura di negozio dispositivo di tale atto. La norma, infatti, subordina la validità delle DAT all’integrazione di requisiti di carattere sia oggettivo che soggettivo.

Per ciò che attiene all’ambito soggettivo (art.4, comma 1), quest’ultime possono essere rese solamente da un soggetto “maggiorenne capace di intendere e di volere in previsione di un eventuale futura incapacità”.

La norma prevede, quindi, due elementi, entrambi essenziali per l’integrazione del requisito soggettivo, la mera capacità di agire, infatti, di per sé non è sufficiente, ma è altresì necessario che colui che intende redigere tale atto si trovi nella situazione di prevedere un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, ed è proprio tale prospettiva che legittima il soggetto ad esprimere le proprie volontà pro futuro attraverso le DAT.

Per l’espressione di una “volontà consapevole”<sup>7</sup> del soggetto, pertanto, risulta necessaria una puntuale conoscenza del proprio stato clinico, la quale non può che realizzarsi attraverso un’informazione accurata da parte del personale medico che permetta al paziente di acquisire dati adeguati, ivi comprese eventuali alternative terapeutiche, sulla base dei quali potrà fondare le sue determinazioni. Il grado di dettaglio osservato dal medico nell’informare il paziente, oltre che influire su un eventuale responsabilità, è cruciale ove al momento dell’esecuzione delle DAT si presentino concrete possibilità di miglioramento non prevedibili al tempo della formulazione (art. 4, co. 5).

---

<sup>5</sup> IULIANO F., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, Pubblicato in *Diritto e Difesa in Ostetricia e Ginecologia* a cura di D. Arduini e A. Oliva – CIC Edizioni Internazionali, 15 Aprile 2019. In cui L’A. paragona la L. 219/2017 alla situazione passata, considerandola come una legge rispettosa di entrambi i diritti: quello alla vita e quello all’autodeterminazione.

<sup>6</sup> Una prima fonte legislativa era contenuta nella legge del 20.5.2016 n. 76 (c.d. Legge Cirinnà) ove si prevedeva, nell’ambito della convivenza di fatto, la possibilità per il convivente di fatto di “designare l’altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati [...] in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute” mediante dichiarazione in forma scritta e autografa oppure effettuata alla presenza di un testimone.

<sup>7</sup> Cass., Sez. III, sent. 14/03/2006, n. 5444, cfr. anche Cass Sez. III 20/08/2013, n. 19220, con la quale la Corte afferma l’insufficienza della mera sottoposizione firma sul modulo prestampato al fine di desumere l’avvenuta corretta informazione: “ l’informazione deve sostanziarsi informazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente [...] Il consenso deve però essere sempre completo, effettivo e consapevole ed è onere del medico provare di aver adempiuto tale obbligazione, a fronte dell’allegazione di inadempimento da parte del paziente”; Cass., Sez. III, ord. 15 maggio 2018, n. 11749, con cui la Corte ribadisce l’obbligatorietà dell’acquisizione del consenso informato del paziente e la risarcibilità del danno da inadempimento del personale medico.

La doverosità dell'informazione tesa ad un consenso informato, però, non limita il suo ambito di operatività alla mera efficacia delle disposizioni anticipate. Difatti, seppure la disciplina del consenso informato trovi luogo nella legge n.219/2017<sup>8</sup> insieme a quella relativa alle DAT, questo non comporta un nesso finalistico tra i due ambiti disciplinati tale da essere esclusivo. Il consenso informato, invero, opera come “presupposto di liceità del trattamento medico chirurgico”<sup>9</sup> ed è posto a presidio del diritto, costituzionalmente tutelato<sup>10</sup>, all'autodeterminazione terapeutica. A conferma di ciò il fatto che una siffatta disciplina non rappresenta una novità sistematica, in quanto la portata prioritaria del consenso informato è stata largamente riconosciuta anche prima della legge n. 219/2017 da una consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione.<sup>11</sup>

Per quanto attiene al contenuto dell'atto, integrante l'ambito oggettivo, questo non è standardizzato<sup>12</sup> e attiene a tutto ciò che riguarda il trattamento sanitario in senso lato: “in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari” (art.4, comma 1).

Altro elemento caratterizzante delle disposizioni anticipate di trattamento è l'indicazione da parte del disponente di una persona di fiducia, avente piena capacità di agire, denominato “fiduciario”, per farne le veci e rappresentarlo nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie nel momento della sopravvenuta incapacità dello stesso.

L'accettazione dell'incarico da parte del fiduciario, si formalizza con la sottoscrizione delle DAT o con atto separato ad esse allegato. Questa non rappresenta un atto irrevocabile, infatti, sia il fiduciario, con atto scritto di cui è data comunicazione al disponente, sia il disponente stesso con revoca in qualsiasi momento e senza

---

<sup>8</sup> Sebbene la normativa è stata introdotta in tempi recenti, il consenso informato non rappresenta affatto una novità sistemica in quanto diretta espressione dell'art.32 e antico principio deontologico cfr. FIORI A., *Per un riequilibrio tra dovere di globale beneficalità nella prassi medica ed esigenze del diritto in tema di consenso informato*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 1144., nel quale l'A. contesta la “presunta novità dell'esigenza deontologica del consenso informato, che viene contrapposto all' «obsoleto paternalismo» dei tempi antichi” osservando, invece, che “risale addirittura al Corpus Ippocratico il 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”. Di segno opposto l'opinione di MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, 2008, pp. 3 ss., secondo il quale c'è una netta discontinuità tra il concetto storico di consenso – limitato al fatto “che l'operato medico dovesse essere approvato dal malato” – e quello attuale che si esprime nel consenso informato.

<sup>9</sup> GROSSI P. *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I,1, II ed. ampl., Giappichelli, Torino, 1999, p.246. Il quale sottolinea che un soggetto non è “legittimato a porre in essere negozi giuridici perché titolare di una o più libertà costituzionali”, ma [...] il godimento di queste “può materialmente consentire l'esercizio del potere di autonomia negoziale”. Da uno spunto di G. ABBAMONTE, *Libertà di convivenza*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1953, I, pp. 312 ss.

<sup>10</sup> MORANA D. *La salute come diritto costituzionale*, lezioni, ed.III, pp. 129-130.

<sup>11</sup> Tra le molteplici pronunce Cass., Sez. IV, sent. 11/07/2001, n. 1572. Nella quale la Corte sottolinea l'infedeltà del consenso informato come presupposto al trattamento medico.

<sup>12</sup> Con parere n. 1991/2018 del 31.7.2018, il Consiglio di Stato, a seguito della formulazione di specifici quesiti del Ministero della salute, in particolare circa la possibilità di imporre, ai fini della conservazione elettronica, la standardizzazione delle DAT, ha chiarito che, in via generale, vada mantenuta la possibilità che l'interessato scelga di limitarle ad una determinata malattia, di estenderle a tutte le future malattie, di nominare un fiduciario o di non nominarlo. Ha così escluso la previsione di una vera e propria standardizzazione delle DAT. Ed inoltre, l'organo consultivo ha chiarito che le stesse debbano dare atto delle informazioni ricevute dall'interessate, e ciò perché vi sia certezza in ordine alla “adeguatezza” delle informazioni mediche acquisite e riguardanti le conseguenze delle scelte effettuate.

obbligo di motivazione, possono interrompere tale vincolo. In caso di rinuncia o impossibilità del fiduciario, perché deceduto o divenuto incapace, o in caso di assenza di indicazione nell'atto stesso di un soggetto designato per fare le veci del disponente, le DAT non perdono efficacia (comma 4). In caso di necessità è comunque prevista dalla norma la possibilità di intervento del giudice tutelare al fine della nomina di un amministratore di sostegno, secondo quanto disposto dal libro I, capo I, titolo XII del codice civile.

Il giudice tutelare è il giudice naturale in materia di disposizioni anticipate di trattamento anche relativamente a ipotesi di conflitto nell'applicazione tra medico e fiduciario delle DAT o in caso di disaccordo sul disattenderle. Il compito del giudice in una materia di questo tipo, fortemente connotata da caratteri etici, è particolarmente gravoso, in quanto non si presta ad una definizione analitica. I giudici saranno, quindi, chiamati ad adattare la genericità della norma al caso concreto, nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e del diritto europeo, come richiamato all'articolo 1<sup>13</sup>.

Per quel che attiene alla vincolatività delle DAT, il comma 5 dell'articolo 4, statuisce come regola, l'obbligo del medico al rispetto delle stesse, ma, prevede altresì ipotesi derogatorie.

In ragione del rapporto, di regola a eccezione, che intercorre tra la doverosità dell'attinenza alle DAT e la possibilità di disattenderle, le disposizioni possono non essere osservate, totalmente o parzialmente, dal medico, solo in accordo con il fiduciario e in ipotesi di carattere tassativo. Il primo ordine di motivi possibili attiene a situazioni dalle quali non deriva alcun *vulnus* per le volontà del disponente, ovverossia: "qualora esse appaiano manifestatamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente". L'altra deroga prevista, invece, si verifica quando sopravvengano "terapie non prevedibili al momento della sottoscrizione capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita del paziente". Possibilità questa che rappresenta un punto di equilibrio tra il diritto all'autodeterminazione del paziente e l'autonomia del personale sanitario.<sup>14</sup>

Tale situazione si caratterizza per la sua peculiare eccezionalità, infatti, prende in considerazione uno scenario clinico non prevedibile né conoscibile dal disponente al momento della redazione delle DAT, se così non fosse, disattendendole, si andrebbe a violare la disposizione integrando una condotta illecita<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Ex art.1, comma 1, L.n.219/2017 "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".

<sup>14</sup> Corte Costituzionale sent. N.282/2002. giudizio di legittimità costituzionale della legge Regione Marche n.26/2001 recante "Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia". La Corte in questa sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale della legge regionale sulla base di un rilievo che non attiene al riparto delle competenze, ma perché "incide sui diritti fondamentali della persona senza fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate, ma caratterizzandosi invece come una scelta legislativa dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di non meglio precisati, futuri accertamenti" [...] inoltre se pur tale determinazione fosse stata compiuta sulle basi della miglior scienza disponibile "non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e quali condizioni" la regola è costituita dal fatto che sia "dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera scelte professionali basandosi sullo stato di conoscenze a disposizione" Cfr. anche Corte Cost., sent. N. 8/2011, in merito ai farmaci "off label".

<sup>15</sup> Norme in materia di responsabilità inerente alla violazione di un obbligo contrattuale ex art. 1218 cc.

Vengono per tale ragione richieste delle condizioni, innanzitutto l'accordo tra paziente e fiduciario, il quale, facendo le veci del disponente, si vede trasferito il diritto ad essere opportunamente informato sul trattamento che dovrà essere intrapreso, pena la responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 cc.<sup>16</sup> <sup>17</sup> La seconda condizione attiene alla possibilità di miglioramento delle condizioni di vita del paziente, tale eventualità deve essere valutata dal medico in considerazione della miglior scienza disponibile<sup>18</sup>, attenendosi alle linee guida e adeguandole al caso concreto<sup>19</sup>.

Dato il contenuto vincolante, le DAT prevedono dei rigidi requisiti di forma. Esse devono essere redatte per atto pubblico o scrittura privata autenticata, ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del medesimo<sup>20</sup>, che provvede all'annotazione in apposito registro.

---

<sup>16</sup>CALLIPARI N. *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*. Milano, 2012; pp. 127. In cui l'A. ritiene la responsabilità fondata sul contratto di ospitalità, sul contatto sociale, oppure sul contratto d'opera professionale a seconda che il medico operi in struttura ospedaliera o come un libero professionista.

<sup>17</sup> Decisione n. 2847 del 2010, in cui la Corte di Cassazione ha ribadito che “la responsabilità professionale del medico – ove pure egli si limiti alla diagnosi ed all'illustrazione al paziente delle conseguenze della terapia o dell'intervento che ritenga di dover compiere, allo scopo di ottenerne il necessario consenso informato – ha natura contrattuale e non precontrattuale [...]”. Autorevole dottrina ha sostenuto, inoltre, che “La questione riguarda cioè lo stabilire se la lesione della libertà personale integri di per sé una responsabilità precontrattuale in quanto violazione del dovere di chiarezza imposto alle parti dalla buona fede ovvero come conseguenza della violazione di un obbligo di protezione da osservarsi sin dall'inizio delle trattative a riguardo di ogni situazione soggettiva della controparte messa a repentaglio dalla trattativa stessa. [...] Come sembra più ragionevole, l'obbligo di informazione non si reputi generato dalla buona fede precontrattuale bensì da quella contrattuale, alla stregua dell'idea che il rapporto contrattuale è già iniziato sin dal momento in cui il paziente si è affidato alle mani del medico o alla struttura sanitaria”, CASTRONOVO C. *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, in *Responsabilità civile e tutela dei diritti*. Milano, 1998; pp. 126-128. Anche in relazione di responsabilità da violazione degli obblighi di protezione si esprime SFORZA R. *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. Merito*. 2008; pp.367 e ss.

<sup>18</sup> Cass., sez. IV penale, sent. n. 15258/2020 in cui la Corte sintetizza i vari principi in materia di responsabilità medica sintetizzabile nel fatto che le attività professionali richiedono l'uso di perizia, cioè il rispetto delle regole che disciplinano il modo in cui quelle attività devono essere compiute per raggiungere lo scopo per il quale sono previste. Ciò non esclude che l'evento possa essere stato determinato da un errore originato da negligenza o da imprudenza ma in tal caso sarà necessario isolare con precisione l'errore, sulla scorta di pertinenti dati fattuali che ne attestano la ricorrenza. Cfr. anche Cons. Stato, sez. III, sent. 14/02/2018 n.962. in tema di vaccinazioni obbligatorie.

<sup>19</sup> Cass., sez. unite penali sent n. 8770/2018. In questa sentenza le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla responsabilità medica, a causa dei contrasti interpretativi sorti in seguito all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco. La previgente normativa prevista dal Decreto Balduzzi (decreto-legge 158/2012, convertito con modificazioni dalla legge n.189/2012) escludeva la responsabilità penale per condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Le nuove norme introdotte dalla cd. Legge Gelli-Bianco (L. n. 24/2017) regolano in modo più articolato il valore delle linee guida, quale parametro per la valutazione della colpa per imperizia. L'articolo 6 della legge n. 24 del 2017, inoltre, elimina la distinzione tra colpa lieve e colpa grave. La Corte, a seguito di un complesso ragionamento interpreta la legge sulla base dei seguenti principi di diritto: “l'esercente la professione sanitaria è responsabile penalmente per morte o lesioni a titolo di colpa se: 1) l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da negligenza o imprudenza; 2) l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia nell'ipotesi di un caso concreto non regolato da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali; 3) l'evento si è verificato per colpa (anche lieve) da imperizia nella individuazione di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate allo specifico caso concreto; 4) l'evento si è verificato per colpa grave da imperizia nell'esecuzione di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico”.

<sup>20</sup> Circolare del Ministero dell'Interno n. 1/2018 attraverso cui il Ministero dell'interno, in accordo con il Ministero della salute, ha fornito alcune indicazioni riguardo le modalità di consegna delle DAT presso l'Ufficio di stato civile dei Comuni. In particolare si chiarisce che le DAT possono essere presentate esclusivamente dal disponente e solo presso il



Tra le varie forme di espressione delle DAT, quella notarile crea un rilevante affidamento sul tempo, sulla consapevolezza del volere e sulla libertà del disponente. Il notaio, infatti, assicurerà la libertà e provenienza della dichiarazione, anche attraverso idonee allegazioni sanitarie<sup>21</sup>, e la verifica che il disponente abbia previamente acquisito le adeguate informazioni mediche, di cui al comma 1 dell'art. 4.

Nei casi in cui il paziente versi in condizioni fisiche tali da impedirne la redazione canonica, le DAT possono essere raccolte mediante videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Gli atti di modifica, rinnovazione o revoca delle DAT devono essere espressi con medesimi requisiti formali. Qualora, per ragioni di emergenza e urgenza, non fosse possibile procedere alla revoca delle DAT con le forme previste, la procedura revocatoria può essere sostituita con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, alla presenza di due testimoni.

Con norma transitoria è, inoltre, stabilito che la disciplina di cui alla legge 219/2017 si applica anche a documenti contenenti disposizioni depositate presso il Comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della legge medesima.

Le Disposizioni anticipate di trattamento dovranno, in fine, essere depositate con decorrenza dal 31 Marzo 2020 direttamente presso l'Archivio Nazionale, istituito dal recente decreto ministeriale n.168 del 10 Dicembre 2019, attraverso cui si è data applicazione dell'art. 1, comma 418, della legge del 27.12.2017, n. 205 (legge di bilancio 2018)<sup>22</sup>, andando ad arginare le problematiche applicative della disciplina.

### **1.1. Progetti di legge e proposte di intervento: l'iter che ha portato alla Legge 219/2017**

La legislazione in materia di disposizioni anticipate di trattamento non nasce *ex abrupto*, ma deriva da un percorso tortuoso costellato di tentativi di legiferazione. Il volgarmente detto “testamento biologico”, infatti, è stato al centro di un acceso dibattito, in quanto ad esso sono connaturati elementi di rilievo etico-filosofico

---

Comune di residenza. Si chiarisce anche il ruolo dell'ufficiale di stato civile che non partecipa alla redazione delle DAT né fornisce al proposito informazioni. Alla consegna viene rilasciata una ricevuta.

<sup>21</sup>ROMANO C., *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*. In *Notariato*, 2018; 1.15.

<sup>22</sup> L'art. 1 comma 418 della legge del 27.12.2017, n. 205 (legge di bilancio 2018): ai commi 418 e 419 dell'articolo 1 ha previsto e finanziato l'istituzione presso il Ministero della salute di una Banca dati destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento, il Ministero della Salute, quindi, realizzando la disposizione di cui all'art.4 l.219/2017 ha con il Decreto n. 168 del 10 dicembre 2019, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 13 del 17 gennaio 2020, disciplinato le modalità di registrazione delle DAT nella Banca dati nazionale. Il Decreto ministeriale del 10 dicembre 2019, che ha stabilito le modalità di raccolta delle Disposizioni anticipate di trattamento prevede che i comuni possano predisporre l'elenco nominativo delle persone che hanno espresso delle DAT antecedentemente al 1° febbraio 2020 ed inviarlo entro il 31 marzo, termine ordinatorio dalla quale mancata osservanza non discende alcuna sanzione per l'ente locale. L'8 aprile 2020, però, il Ministero ha previsto un'ipotesi derogatoria al termine per i Comuni che, a causa della situazione di emergenza Covid-19, non hanno potuto trasmettere gli elenchi nominativi delle DAT entro il 31 marzo, i quali, quindi, potranno trasmettere i dati anche dopo questa data, cercando di effettuare tale trasmissione sollecitamente, appena le condizioni operative lo consentiranno.

che non hanno lasciato indifferenti né dottrina né giurisprudenza, non solo italiane ma anche dei più importanti paesi europei e non <sup>23</sup>.

Il lungo percorso, risultato dell'unificazione di oltre 20 proposte legge<sup>24</sup>, affonda le sue radici in quella che lo studioso Immacolato chiama la “rivoluzione silenziosa”<sup>25</sup> della medicina contemporanea, avvenuta attraverso un progressivo, ma radicale, cambiamento del modo di intendere il rapporto medico-paziente sviluppato attraverso un importante lavoro che ha visto protagonista l'intera comunità medica e giuridica.

Procedendo a tracciare questo sfondo, dal quale emerge, ma al contempo si inserisce la legge n.219/2017, occorre sicuramente citare il Codice di deontologia medica il quale nelle sue diverse versioni ha recepito le istanze di autodeterminazione <sup>26</sup>.

I codici deontologici si sono mossi, già da prima del legislatore, con la previsione di una “dichiarazione”<sup>27</sup> anticipata di trattamento, nell'affermare un progressivo rafforzamento della valenza dei desideri espressi dal paziente. Il Codice deontologico, già nel 1998, prevedeva, infatti, che il medico in caso di pericolo di vita del paziente incapace di esprimere la sua volontà, avrebbe dovuto tenere conto di ciò che lo stesso aveva precedentemente manifestato<sup>28</sup>.

Il tema del “fine vita” ha avuto una forte risonanza presso l'opinione pubblica e ciò ha spinto, negli ultimi decenni, all'iniziativa diversi parlamentari.

Fu presentata nel 1999 una prima proposta di legge<sup>29</sup> presso la Camera dei Deputati concernente “Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari” e l'anno successivo, sullo stesso tema, fu presentato da alcuni senatori un disegno di legge<sup>30</sup>, seguito, a distanza di una settimana, da un altro disegno di legge, presentato dagli stessi senatori, sulla promozione delle terapie

---

<sup>23</sup> L'Italia, infatti è arrivata tardi nella normazione su questa materia la quale ha interessato gli studiosi di tutta Europa e non solo, sul punto relativamente ai maggiori stati europei cfr. LOSURDO F., *L'ultima scelta. Dogmatiche dell'autodeterminazione e fine vita*, in *Koreuropa*, Rivista online del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna, 2018.

<sup>24</sup> La prima di tali proposte fu presentata già dalla 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.

<sup>25</sup> Termine con cui M. IMMACOLATO prende atto di come nel volgere di pochi anni il consenso informato, in particolare, avesse guadagnato il campo e fosse entrato nella pratica senza eccessive controversie. IMMACOLATO M. *La rivoluzione silenziosa nella medicina italiana: consenso informato e comitati etici*, in *Notizie di Politeia*, anno XX, n. 75, 2004.

<sup>26</sup> BORSELLINO P., *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano, 2009, pp. 131-132: “Non meno che dalle norme, collocate a diversi livelli dell'ordinamento giuridico, il modello di relazione di cura improntato alla rivalutazione, in direzione anti-paternalistica, del ruolo da riconoscere alla volontà del paziente nel processo decisionale clinico, viene delineato dai codici deontologici degli esercenti le professioni sanitarie”.

<sup>27</sup> Contenuta nell' Art. 38 C.D.M.

<sup>28</sup> Art. 34 Cod. deon. Med. “il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tener conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso”.

M. IMMACOLATO, L'autodeterminazione del paziente si afferma anche grazie ai giudici, in «Notizie di Politeia», anno XXIII, n. 88, 2007, pp. 26.

<sup>29</sup> La proposta è stata presentata presso la Camera da parte di 16 deputati del partito dell'Ulivo il 10/02/1999. L'iniziativa, però si è conclusa con un nulla di fatto, arenandosi al primo vaglio della Commissione presso la Camera.

<sup>30</sup> La proposta fu presentata presso il Senato dai senatori del partito dei Verdi: Manconi, Carella e Pettinato il 29/06/2000

antalgiche, la vicenda, però, si concluse con la promulgazione l'8 febbraio 2000 della legge n.12 inerente solamente a quest'ultima materia.

Successivamente, il 18 Dicembre 2003 il Comitato nazionale per la bioetica aveva evidenziato l'opportunità di una normativa sull'autodeterminazione anticipata, indicando alcuni criteri applicativi<sup>31</sup>. Nella XV legislatura furono presentati diversi progetti di legge, e si cominciò a discutere di testamento biologico presso la Commissione Igiene e Sanità del Senato su iniziativa del suo Presidente, Sen. Ignazio Marino, ma, la fine anticipata della legislatura interruppe quello sforzo.

Nell'inerzia del legislatore, vista l'importanza che tale materia riveste per coloro i quali si trovano in situazioni di irreversibilità patologica, alcuni cittadini hanno intrapreso vie alternative per vedersi riconosciuto il diritto di poter rifiutare trattamenti di fine vita lesivi della propria dignità.

Nel 2007, per la prima volta, il Comitato Bioetico dell'ospedale San Martino di Genova ha consentito ad un paziente di subordinare il suo consenso ai trattamenti al rifiuto della respirazione e alimentazione forzata<sup>32</sup>. Il documento scritto, che prendeva le forme del Consenso informato, non è assimilabile, però, all'odierna Disposizione anticipata di trattamento, in quanto colui che lo ha redatto non integrava i presupposti soggettivi richiesti dall'articolo 4 della L.219/2017. Il richiedente, infatti, non versava in una situazione tale da prevedere un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi data da una condizione patologica potenzialmente irreversibile. Il requisito anagrafico, con ciò che esso comporta, addotto come motivazione dal richiedente, non integra, infatti tale situazione.

Analoga situazione è quella oggetto del decreto del tribunale di Modena, depositato il 5 novembre 2008, con il quale è stata accolta la richiesta di un uomo che, ancora in buone condizioni di salute, ha chiesto di nominare la moglie proprio amministratore di sostegno, di modo che potesse essere "garante delle sue volontà di fine vita", per il caso di malattia invalidante, ipotesi questa, però, del tutto putativa.

Il medesimo tribunale con un precedente decreto, del maggio dello stesso anno<sup>33</sup>, aveva consentito la configurabilità di un'amministrazione di sostegno pro futuro in caso di sopravvenuta incapacità. In questo caso però la situazione presa in considerazione dal giudice era ben diversa. Il soggetto destinatario del decreto, infatti, era una donna con più di settanta anni affetta da sclerosi laterale amiotrofica il quale decorso aveva subito un rilevante peggioramento, per cui, il sopravvenire di una situazione di perdita dell'incapacità di autodeterminarsi, non si poneva come meramente putativa ma come un'eventualità concreta.

Il giudice tutelare vide come configurabile l'amministrazione di sostegno in entrambi i casi sulla base di un vaglio basato sulla disciplina costituzionale, sostenendo la tesi secondo cui, anche in assenza di una

---

<sup>31</sup> Documento del CNB, del 18.12.2003 pag. 19 in cui il Comitato Nazionale Bioetica ha affermato che: "le dichiarazioni anticipate siano legittime, [...], solo quando [...] non contengano disposizioni aventi finalità eutanasiche, che contraddicono il diritto positivo, le regole di pratica medica, la deontologia. Comunque il medico non può essere costretto a fare nulla che vada contro la sua scienza e la sua coscienza"

<sup>32</sup> Il protagonista di tale vicenda fu uno psicologo in pensione tale Bruno La Piccirella Cfr. anche Corriere della Sera 13/02/2007.

<sup>33</sup> Trib. Modena, giudice tutelare decr. 13/05/2008.

legislazione in materia, sarebbe stato un obbligo per il giudice interpretare le norme in maniera costituzionalmente orientata<sup>34</sup>.

Di analogo avviso anche il giudice tutelare del Tribunale di Cagliari che il 22 ottobre 2009<sup>35</sup> si è pronunciato sul ricorso di una donna, non affetta da alcuna patologia, che chiedeva la nomina di un amministratore di sostegno in caso di sua eventuale futura incapacità. Il ricorso, anche in questo caso, viene accolto e l'amministratore di sostegno nominato al fine di far rispettare le dichiarazioni anticipate di trattamento della ricorrente, fornite dalla stessa per mezzo di scrittura privata. Il giudice in questo caso però subordina la nomina all'insorgenza dell'incapacità e la limita alla durata della patologia.

Tali interventi della giustizia di merito, però, seppur hanno concorso alla determinazione della disciplina attuale, non sono pienamente condivise. Lo sforzo compiuto dal giudice è sicuramente apprezzabile, ma si atteggia più a giudizio di *equity*, volto a conferire comunque sostegno a situazioni altrimenti scoperte perseguendo un "bisogno di giustizia"<sup>36</sup>, che ad un intervento di un giudice di un ordinamento di diritto positivo.

I decreti prendendo in considerazione situazioni eterogenee, una delle quali accoglie un'istanza di carattere meramente eventuale provocando un'impossibilità dell'attivazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno. La finalità della legge n.6 del 2004 è indicata nell'art.1 come quella di "garantire la tutela delle persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana" e questo rappresenta il presupposto identificativo del combinato disposto degli artt.404 e 408 cc.

Difatti, sulla scorta di queste motivazioni la Corte di Cassazione nella sentenza. n. 23707 del 2012<sup>37</sup> ha rigettato il ricorso di una donna che in primo e secondo grado di giudizio si era vista respingere la richiesta di nomina di un amministratore di sostegno perché la perdita di capacità era futura e meramente eventuale<sup>38</sup>.

Altra tappa significativa, nell'iter verso la legge 219/2017, che ha visto sempre come protagonista la giurisprudenza, è rappresentata dalle sentenze della Corte di Cassazione n. 21748 del 2007 e n. 27145 del 2008 riguardanti, rispettivamente, il caso Welby e il caso Englaro, con le quali si è aperta una strada per far valere

---

<sup>34</sup>Nella parte motiva di dec. 13/05/2008 il giudice sostiene, inoltre, "l'assoluta superfluità di un intervento del legislatore volto a introdurre e disciplinare il c.d. testamentario biologico", in quanto già esistono nel nostro ordinamento il diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), lo strumento per mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà (l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408, comma 2°, c.c.) e, infine, l'istituto processuale di cui avvalersi (l'amministrazione di sostegno, legge n. 6 del 2004).

<sup>35</sup> Trib. Cagliari Decr. n. 1575 del 22/10/2009.

<sup>36</sup> Tipico del diritto degli ordinamenti di *Commun Law*, il giudizio compiuto dalle corti di "*equity*" muove le sue origini proprio da una giustizia alternativa a quella delle corti di *Commun Law* regie e del sistema dei "*Writ*". Tale sistema nasce per dare un sostegno alle situazioni giuridiche altrimenti scoperte, ma, comunque bisognose di giustizia. Cfr anche VARANO V., BARZOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, 2018, pp.267 e ss.

<sup>37</sup> Interpretazione sostenuta anche in altre sentenze come Cass. Sent. n. 4211/2007 e Cass. Sent. n.23676/2008 nelle quali la Corte prende in considerazione il diniego di trasfusioni da parte di testimoni di Geova.

<sup>38</sup> Cass. sez. I civ. - sent. n. 23707/2012. In cui la Corte evidenzia come "questo scrutinio non potrà però prescindere dalla verifica circa l'attualità della volontà del soggetto in stato di incapacità che, sino al momento della perdita della coscienza, ha il potere di revocare la scelta [...]. È ovvio che [...] siffatto strumento necessita per la sua attuazione della nomina da parte del giudice tutelare della persona designata che, intanto può disporsi, in quanto si realizza a sua volta la finalità indicata nell'art.1 della stessa legge istitutiva n.6 del 9 gennaio 2004".

le proprie volontà di autodeterminazione davanti a un giudice. Una possibilità autorevolmente riaffermata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che nel 2015 è stata chiamata a pronunciarsi sul caso di un cittadino francese<sup>39</sup>.

Tali sentenze hanno interessato fortemente l'opinione pubblica, portando la Chiesa cattolica e la Commissione Nazionale Bioetica a mutare atteggiamento, dichiarandosi favorevole a una legge purché “depotenziata”, per ciò intendendosi una legislazione che operasse una scelta atta a scongiurare qualsiasi possibilità di interruzione di terapie di sostegno vitale<sup>40</sup>. In questo contesto durante la XVI legislatura viene predisposto il c.d. DDL Calabrò, il quale però è rimasto un progetto di legge.

Il DDL prevedeva una disciplina del consenso informato e delle Dichiarazioni anticipate di Trattamento ponendo l'accento sul concetto di alleanza terapeutica, affermando la piena contrarietà all'eutanasia, al suicidio assistito e all'accanimento terapeutico.

Per quel che attiene specificamente alla disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento l'ambito soggettivo, come nella legge 219/2017, ricadeva su un soggetto in possesso della piena capacità di agire nella previsione concreta di un eventuale perdita della capacità di autodeterminarsi, il quale, perché potessero essere fatte le sue veci, avrebbe dovuto indicare una persona di fiducia per poter rappresentare tali scelte relative ai trattamenti sanitari che su di esso si sarebbero dovuti compiere. La differenza sostanziale con la normativa attuale attiene proprio a quali trattamenti includere nella nozione di “terapie”. Si escludeva, infatti, la possibilità per il disponente di rigettare l'alimentazione e l'idratazione medicalmente assistite, considerandole come forme di sostegno vitale e non terapie, sulla scorta dell'assunto che esse non curano una patologia, ma sono funzionali al mantenimento in vita di una persona in stato vegetativo.

Ad oggi, invece, il legislatore del 2017 ha operato una scelta diversa, qualificandoli come “trattamenti medici” anziché come “sostentamenti ordinari di base”<sup>41</sup>. Le DAT, difatti, non possiedono alcun vincolo di contenuto, pertanto il diretto interessato è libero di rifiutare alimentazione e idratazione medicalmente assistite, come è altresì libero di limitare il suo disposto ad una determinata malattia o estenderlo a tutte<sup>42</sup>.

## 2. La disciplina costituzionale e la configurabilità delle DAT

---

<sup>39</sup> Corte EDU sent. N. ric. n. 46043/14 5/06/2015 con la quale Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sul cosiddetto “*affaire Lambert*”. La *Grand Chamber* ha affermato (con una maggioranza di dodici a cinque) che non sussiste violazione dell'articolo 2 (diritto alla vita) della CEDU in riferimento all'attuazione della decisione del *Conseil d'État* francese del 24 giugno 2014, con la quale era stata autorizzata l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale a Vincent Lambert. PULICE E., *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - Lambert v. Francia: esclusa la violazione dell'articolo 2 CEDU in relazione alla decisione di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale*, in rivista *BioDiritto*, 19/06/2019. Cfr. anche GIROLAMI P. *l'“affaire Vincent Lambert” e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Un breve promemoria per il futuro legislatore italiano*, in *Pratica Medica & Aspetti Legali*, 2015.

<sup>40</sup> cfr. rivista *CEI A ragion veduta* 23 settembre 2008 e 30 settembre 2008.

<sup>41</sup> secondo la definizione del Comitato Nazionale per la Bioetica.

<sup>42</sup> Gruppo di studio sulla Bioetica Custodire le relazioni: *la posta in gioco delle DAT in Aggiornamenti Sociali*, 8-9, 2017, p. 585-587; TUROLDO F., *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, un testamento per la vita*, Padova, 2006, p. 125.

In via preliminare, occorre fare un distinguo tra i concetti di configurabilità costituzionale e diretta desumibilità costituzionale. Il primo attiene al profilo della compatibilità con le norme costituzionali di un testo di legge la quale redazione rappresenta esercizio di discrezionalità legislativa. Il secondo sta, invece, ad indicare un diritto che in quanto direttamente discendente dalla norma prima dell'ordinamento, non necessita di alcun *interpositio legislatoris* per essere considerato esigibile. Da ciò discende che, in quest'ultimo caso, l'intervento legislativo è pleonastico se non per l'effettività della tutela di tale diritto, di modo che esso sia maggiormente fruibile dal soggetto che ne è titolare.

Le disposizioni anticipate di trattamento constano in un negozio di tipo dispositivo e sono per tanto frutto dell'esercizio di un potere giuridico. Questo è reso evidente dall'analisi della stessa norma che le introduce, la quale subordina la possibilità di redigerle al possesso della piena capacità di agire del disponente, il quale, delegando un fiduciario, si assicura che le sue volontà, espresse secondo determinati requisiti formali, vengano realizzate. La previsione normativa, di cui all'art.4 della 219/2017, non sembra, quindi, introdurre una disciplina necessitata dalla tutela di un diritto costituzionalmente tutelato, ma rappresenta, più coerentemente, il prodotto dell'esercizio della discrezionalità del legislatore.

Quest'ultimo con una siffatta disciplina prevede una delle tante possibili modalità di governo della vita, che si trovano un loro fondamento nel diritto all'autodeterminazione, ma non si pongono come corollario naturale dello stesso<sup>43</sup>. Le DAT, difatti, mirano alla creazione di specifici vincoli nei confronti di soggetti determinati, attività questa che non si attegga ad obbligato riflesso di un diritto di libertà, quale il diritto alla salute, per il quale godimento è sufficiente un generale dovere di astensione e non un *facere*<sup>44</sup>.

Detto ciò, fermo restando che la disciplina delle DAT non sia direttamente desumibile dal disposto dell'art.32 Cost., questa comunque è "espressione della libertà di cura"<sup>45</sup> e pertanto è configurabile a livello legislativo non collidendo con il disposto costituzionale, il quale, sancendo che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, afferma un diritto alla libertà di cura. Tale articolo, invero, non contiene un riferimento esplicito al principio di autodeterminazione terapeutica, né al principio del rispetto della vita

---

<sup>43</sup> "In realtà, il testamento biologico rappresenta una delle tante modalità di governo della vita, tutelata all'art. 2 della Costituzione italiana, che hanno il loro fondamento nella libertà personale e nell'autonomia della persona. È un itinerario che si scorge limpidamente nella Costituzione italiana, tra l'art. 13, la libertà personale, e l'art. 32, il diritto alla salute" NANIA D. *Il testamento biologico*, in rivista La terza via, Roma, 2009, pp.25.

<sup>44</sup> MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, op.cit. pp.124. "La libertà di salute, al pari di tutte le libertà giuridiche, non consiste in un potere, bensì nella pretesa del soggetto titolare, protetta dall'ordinamento, a che tutti gli altri si astengano dall'intervenire nell'ambito materiale rappresentato dalla condizione psicofisica, in ordine alla quale egli è abilitato ad adottare, momento per momento, le scelte preferite" Cfr anche GROSSI P., *Diritti di libertà ad uso lezioni*, op. cit., pp.285.

<sup>45</sup> Così la Corte Costituzionale nella sent. n.262/2016 nella quale sentenza la corte ha dichiarato incostituzionale la legge della regione Friuli-Venezia Giulia, introduttiva di una disciplina in merito alle DAT, sulla base di un difetto assoluto di competenza, in quanto la materia ricade nell'ambito dell'"ordinamento civile" competenza esclusiva dello Stato ex art.117 co.2, lett. 1), Cost.

privata e familiare dal quale, nell'esperienza giuridica nord-americana e dalla corte EDU, è fatta discendere tale disposizione<sup>46</sup>.

Il secondo comma dell'art. 32 Cost. definisce la libertà di cura in forma negativa di divieto di subire un determinato trattamento sanitario contro la propria volontà. Il godimento di tale libertà è subordinato, quindi, alla pretesa di non interferenza nella sfera personale ed è opponibile *erga omnes* e va, dunque, riconosciuta anche nel rapporto medico-paziente implicando, da parte del primo soggetto, un semplice dovere di inattività<sup>47</sup>. Sempre quest'ultima disposizione costituzionale è sufficiente anche ad integrare un altro aspetto fondamentale relativo alla relazione medico-paziente, ossia "il diritto del paziente di essere sufficientemente informato ed il collegato obbligo del medico di informarlo"<sup>48</sup>

La norma, quindi, appare, nelle sue molteplici sfaccettature, idonea da essere considerata cardine unico e sufficiente sul quale trova fondamento il diritto-libertà alla salute in tutte le sue declinazioni, in quanto può essere intesa come quelle disposizioni che, non fotografano meramente la situazione esistente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, ma come quelle norme aperte a prospettazioni future. Da ciò non discende la minore intensità cogente delle prescrizioni in essa contenute, ma una maggiore attitudine plastica ai mutamenti della società contemporanea. Mutamento che si può ravvisare sicuramente nella nuova

---

<sup>46</sup> Il diritto alla *privacy* sul quale fanno leva gli ordinamenti liberali per affermare il diritto all'autodeterminazione individuale. Anche la Corte di Strasburgo, riconosce il principio di autodeterminazione come espressione, specialmente, dell'art. 8 della CEDU sul rispetto della vita privata e familiare. Cfr CRIVELLI E., *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, *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. Altresì la corte EDU fa discendere dal medesimo diritto indicato dall'art.8 CEDU, il diritto all'autodeterminazione, tale da consentire, secondo i giudici di Strasburgo anche l'aiuto al suicidio, considerando l'intervento statale atto a non consentire la scelta di togliersi la vita di un individuo, un'ingerenza nella sfera di autodeterminazione del soggetto che compiendo tale atto non cagiona alcun danno alla collettività. Ipotesi sostenuta da una risalente giurisprudenza della Corte: Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sent. 29/04/2002.

<sup>47</sup> ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Riv. AIC*, 2011, 4, p. 6, sottolinea la "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".

<sup>48</sup> RESCIGNO G.U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art.32 co.2, al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Riv. Dir. Pub.*, I, 2008, p. 91, il quale osserva: «il diritto alla sufficiente informazione è implicitamente contenuto nella Costituzione e non è necessaria alcuna legge di attuazione per renderlo esigibile». Sulla necessaria correlazione tra il principio del consenso all'atto medico e il diritto a ricevere un'adeguata informazione cfr. MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008 p. 4975, in cui l'A. sottolinea come sia configurabile un vero e proprio "diritto all'informazione per la tutela della salute". Sul punto anche PEZZINI B., *Il diritto alla salute. Profili costituzionali*, in *Dir. e soc.* 1985, pp. 42-43.

concezione del rapporto medico-paziente, un tempo di tipo paternalistico<sup>49</sup>, oggi di tipo solidaristico basato sull'alleanza terapeutica.

A conferma di ciò, *conditio sine qua non* dell'agire medico è il consenso informato, al quale il medico deve necessariamente uniformarsi, non prescindendo dalla volontà del paziente, tranne in casi eccezionali.

L'art. 32, infatti, legittima restrizioni alla volontarietà dei trattamenti solo per espressa disposizione di legge, postulando una riserva assoluta. In questi casi si fa riferimento ad ipotesi in cui l'intervento *sine voluntate* o *contra voluntate* del paziente è giustificato dalla necessità di salvaguardare l'interesse alla salute della collettività e non un generico interesse pubblico.

L'art.32 ha, quindi, un'intrinseca bidimensionalità, individuale e collettiva, e a garanzia del fatto che si operi un bilanciamento degli interessi, da un lato della libertà di cura e dall'altro della salute pubblica, e non una compressione di uno a favore di un'ultrattività dell'altro, il legislatore deve operare nei limiti della proporzionalità<sup>50</sup> e dell'adeguatezza, ma soprattutto nel rispetto della persona umana<sup>51</sup>.

La Costituzione, dunque, non riconosce un'assoluta e incondizionata libertà di non sottoporsi a cura o a trattamenti sanitari obbligatori, per il fatto che, come è stato reso evidente dall'emergenza provocata dal COVID-19, soprattutto nelle patologie ad alta diffusione, la decisione individuale di non curarsi, o non rispettare gli obblighi prescritti, potrebbe danneggiare la salute di molte altre persone e in particolare dei soggetti più deboli.

La salute non è solo oggetto di un diritto, ma è anche un interesse della collettività<sup>52</sup>, per cui, secondo autorevole dottrina, il godimento del diritto-libertà alla salute impone un dovere di solidarietà, alla luce del principio cardine dell'ordinamento di cui all'art.2 della Costituzione. Questo si estrinseca nel fatto che il diritto alla salute dovrebbe essere inteso, non solo nella accezione di libertà di scegliere se sottoporsi o meno a un

---

<sup>49</sup> Cfr. PEZZINI B., *il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, p.87.

<sup>50</sup> Tra le tante sentenze Cons. Stato, sez.III, sent.n.968 del 14/02/2008. Sentenza avente ad oggetto il principio di precauzione nelle scelte pubbliche in materia di vaccinazioni obbligatorie : “il principio di precauzione non obbliga affatto alla scelta del “rischio zero”, semmai impone al decisore pubblico, in contesti determinati, di prediligere tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile; la selezione di tale soglia, tuttavia, può compiersi unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile” cfr. anche Cons. Giust. Amm. Rg. siciliana sent. n.581/2015, Comunicazione interpretativa della Commissione europea COM/2000/01 del 2/02/2000 (va ricordato che il principio di precauzione è di derivazione sovranazionale) : “l'attuazione di una strategia basata sul principio di precauzione dovrebbe iniziare con una valutazione scientifica, quanto più possibile completa, identificando, ove possibile, in ciascuna fase il grado di incertezza scientifica”. Sulle vaccinazioni obbligatorie cfr. MORANA D., *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in *Diritto e salute*, 3/2018, pp.48 e ss.

<sup>51</sup> PIZZETTI F.G., *Alle Frontiera della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano,2008, pp.68 “nessuna volontà espressa né della collettività, né del Parlamento può sostituirsi all'interessato. La legge che prescrive un determinato trattamento sanitario non può violare le opinioni, le credenze, i convincimenti del singolo che rappresentano il patrimonio più geloso del singolo e della sua dignità”.

<sup>52</sup> Così la Corte Cost. sent. n.218 del 2/06/1994 l'interesse della collettività alla salute implica.: “il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza con il principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri”.



determinato trattamento sanitario, ma anche nel “dovere inderogabile alla sua conservazione”<sup>53</sup>. Tale principio, alla stregua di tutti i principi costituzionali, e a maggior ragione in quelli configurabili come diritti di libertà, però, non può essere considerato in maniera ultrattiva, tale da privare il diritto alla salute della sua inalienabile matrice individualistica, trasformandolo in un “dovere di buona salute”. La limitazione alla libertà di salute va prioritariamente individuata nell’art.32 e non in un generico dovere solidaristico<sup>54</sup> o nei limiti di cui all’art.13 Cost<sup>55</sup>.

L’intervento della legge, pertanto, deve essere proporzionato alle esigenze collettive, ma deve altresì avvenire nel rispetto del limite della “normale tollerabilità” delle eventuali conseguenze negative del trattamento obbligatorio, per tale intendendosi, come chiarito dalla Corte Costituzionale<sup>56</sup>, solo se considerabili temporanee e di scarsa entità. Di conseguenza, qualora sia cagionato danno al soggetto che si sottopone al trattamento sorge un onere di indennizzo in capo allo Stato, e nel caso in cui non fossero rispettati i cogenti limiti imposti dalla Costituzione, quello di risarcire il danno sulla base di un rilievo soggettivo<sup>57</sup>.

L’interesse della comunità alla salute, quindi, non può travalicare il limite sancito dall’articolo 32 del “rispetto della persona umana”, permettendo l’imposizione di trattamenti idonei ad arrecare un danno alla salute individuale di colui che vi si sottopone.<sup>58</sup> Generalmente, infatti, il trattamento obbligatorio è atto ad un miglioramento della salute anche del singolo e, qualora non sia così l’interesse pubblico dovrà essere “specificamente qualificato” e sottoposto a “più rigorosa ponderazione” come ribadito in più occasioni dalla giurisprudenza costituzionale<sup>59</sup>.

Da tale profilazione generale, risulta evidente che corollario naturale e indefettibile di un siffatto diritto non può essere la previsione delle DAT, bensì il consenso informato. Sicuramente la pianificazione di un piano terapeutico in generale può essere considerata attinente al principio di autodeterminazione, scaturente dalla

---

<sup>53</sup> Concetto sostenuto da autorevole dottrina: MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione Italiana*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.* 1961, I, 2. Cfr. Anche GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padova, 1972.

<sup>54</sup> MORANA D. *La salute come diritto costituzionale*, lezioni ed.III, pp.41. cfr. anche BARILE P. *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp.68.

<sup>55</sup> 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, MORANA D., *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, pp. 4972 ; SIMONCINI A.– LONGO E., *Commento all’Art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Giappichelli, 2006, p. 665 ss.

<sup>56</sup> Corte Cost., sent. n. 307/1990.

<sup>57</sup> Così come disciplinato dalla L. 210 del 25/02/1992.

<sup>58</sup> Importante sottolineare che qualora si “considerasse la libertà ex art.32 come tutelata non *con il limite* dell’interesse della collettività, ma riconosciuta in vista di tale interesse, quest’ultimo andrebbe considerato quale reale scopo dell’attribuzione della corrispondente libertà in capo al singolo. Ne conseguirebbe una immediata ed inevitabile “degradazione” della libertà stessa, la quale non rappresenterebbe più un “valore in sé”, ed in quanto tale oggetto di specifica tutela, ma si porrebbe come meramente strumentale al congiunto perseguimento di livelli di buona salute e del singolo e della collettività” (p.40) MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, lezioni, ed.III, op. cit.

<sup>59</sup> Corte Cost. sent. n. 210/1994, 438/1995, 439/1995. PEZZINI B., *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in GALLO C.E-PEZZINI B. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 36.

libertà di cura, ma è altresì vero che la conformazione stessa delle DAT non si atteggia ad espressione diretta di un diritto di libertà. Ciò non toglie che l'intervento legislativo è pienamente legittimo.

## 2.1. La centralità del consenso informato

Il consenso informato riveste un ruolo centrale, non solo nella previsione della redazione di disposizioni anticipate di trattamento, ma assume un ruolo più ampio in generale nella pratica medica, in quanto opera come “presupposto di liceità del trattamento medico chirurgico”<sup>60</sup>. Difatti quest'ultimo ha una duplice valenza funzionale, da una parte rappresenta l'elemento essenziale del contratto concluso con il medico, come indicato dalla legge istitutiva del servizio nazionale<sup>61</sup>, dall'altra rappresenta il presupposto di legittimità del suo intervento<sup>62</sup>.

Il consenso informato, invero, esprime la manifestazione dell'adesione consapevole del paziente al trattamento sanitario ed è stato assunto dalla Corte costituzionale quale criterio ispiratore dell'attività medica, in quanto, prestare il proprio consenso ad un trattamento medico è espressione del diritto della persona a curarsi non del dovere di farlo; per cui l'esigenza di salute non può determinare una lesione della libertà di autodeterminarsi. Per far sì che la volontà del soggetto che presta il consenso sia consapevole è fondamentale che sia colmata l'asimmetria d'informazione tra medico e paziente, questo sia nell'espressione attuale che per una determinazione pro futuro attraverso le DAT. Tale onere informativo, per effetto di quanto stabilito anche dal Codice di deontologia<sup>63</sup>, grava sul medico che deve fornire informazioni “più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta del paziente”<sup>64</sup> tanto più che tale onere è posto a salvaguardia del diritto, costituzionalmente tutelato, “all'informazione per la tutela della salute”<sup>65</sup> il quale, per disposto

---

<sup>60</sup> GROSSI P. I diritti di libertà ad uso di lezioni, op.cit. pp.246 ss.

<sup>61</sup> Legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del SSN.

<sup>62</sup> Cass., 24 febbraio 1997, n. 1661, in tale sentenza la Corte ha statuito che in mancanza del consenso dell'interessato, il prelievo di sangue, pur necessario per le indagini genetiche nell'ambito di un procedimento per la dichiarazione giudiziale di paternità, non può essere effettuato. Cfr. anche Cass., 15 settembre 2008, n. 23676 per la quale è legittimo il dissenso all'emotrasfusione manifestato dal testimone di Geova.

<sup>63</sup> Art. 33 C.D.M.: “Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta. Il medico deve, altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di prevenzione. Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza. La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto all'informazione deve essere rispettata”.

<sup>64</sup> Così la Corte Costituzionale nella sent. n.438 del 2008.

<sup>65</sup> MORANA D., *la salute code diritto costituzionale*, lezioni, ed.III, op. cit. pp.134. Il diritto “all'informazione per la tutela della salute” si configura come un diritto autonomo direttamente esigibile dal disposto costituzionale, cfr. anche RESCIGNO G.U., *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. Pub., I, 2008, pp.91.

della stessa Corte Costituzionale, rappresenta “un diritto diverso e propedeutico rispetto alla libertà di cura, sebbene trovi fondamento costituzionale nel medesimo art.32<sup>66</sup>”.

Per ciò che attiene al fondamento costituzionale del diritto al consenso informato, l’anno seguente alla Sent. n.21748/2007 della Corte di Cassazione relativa al caso di Luana Englaro, la Corte Costituzionale si è pronunciata con la Sent. n. 438/2008. In quest’ultima la Corte, compiendo uno scrutinio di costituzionalità relativo alla legge n.21/2007 della Regione Piemonte<sup>67</sup>, ha avuto modo di affrontare la questione del fondamento costituzionale del principio anzidetto.

Considerare il consenso come naturalmente necessitato dal dettato costituzionale, difatti, oltre ad essere una generale garanzia per il paziente, è condizione indispensabile per la possibilità di prevedere una norma che legittimi la decisione di chi preventivamente, in specifiche condizioni, disponga pro futuro di quei trattamenti che voglia o non voglia ricevere. Il chiarimento, poi, relativo a ciò che si identifica come norma su cui si fonda il consenso informato rende possibile identificare il comportamento direttamente esigibile da detta norma, perimetrandone l’operatività e, nel caso di specie, distinguere tale contegno dalla disciplina delle DAT.

Il Giudice delle Leggi identifica come fondamento del diritto al consenso informato il combinato disposto degli artt.2, 13 e 32 Cost., attribuendo al principio un ruolo di sintesi dei diritti fondamentali all’autodeterminazione e alla salute<sup>68</sup>. Questa impostazione, però, lascia perplessi sotto diversi punti di vista come ravvisato da autorevole dottrina<sup>69</sup>. Il primo aspetto critico che si mette in risalto è relativo all’inclusione dell’art.2; anche qualora si accogliesse la tesi secondo la quale questo rappresenterebbe una clausola aperta, nel caso di specie a rilevare, non è uno di quei diritti suggestivamente denominati “*penumbra rights*”<sup>70</sup> o

---

<sup>66</sup> Tratto dalla sent. n.438 del 2008 Corte Cost.

<sup>67</sup> Oggetto dello scrutinio della Corte Costituzionale la L. Reg. Piemonte, n.21 del 6/11/2007 recante: “norme in materia di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti”, relativamente alla previsione di cui all’art.3, la quale prevedeva “il trattamento con sostanze psicotrope, e nello specifico farmaci psicostimolanti, antipsicotici, psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici su bambini e adolescenti fino a 18 anni può essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati esprimono un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto. Per le finalità di cui al comma 1, la Giunta regionale predispone un modulo per il consenso informato attraverso il quale il medico di medicina generale, il pediatra di libera scelta, lo psichiatra o il neuropsichiatra infantile interessato fornisce, in forma scritta e in modo dettagliato, oltre ai vantaggi presunti, esaurienti informazioni in ordine agli effetti collaterali del farmaco consigliato, ai possibili trattamenti alternativi ed alle modalità di somministrazione. La Giunta regionale, con proprio provvedimento, individua strumenti e modalità per favorire l’accesso a terapie sia alternative sia integrative alla somministrazione delle sostanze psicotrope di cui al comma 1. L’assenso del genitore o tutore nominato per il minore interessato è scritto ed allegato a ciascuna prescrizione del farmaco stesso”.

<sup>68</sup> Corte Cost. sent. n.438/2008: “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, in quanto, severo che ogni individuo ha il diritto di essere curato, e gli 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 punto e, informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale conformemente all’articolo 32, secondo comma, della Costituzione ”.

<sup>69</sup> 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*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4970 ss.

<sup>70</sup> Termine utilizzato dalla tradizione giuridica statunitense per identificare i diritti desumibili dal testo costituzionale e non ivi espressamente previsti.

“nuovi diritti”<sup>71</sup>, il che secondo tale impostazione giustificherebbe il ricorso a tale articolo, ma un diritto radicato ed espressamente previsto dal testo Costituzionale. Questo è reso evidente dalla stessa argomentazione della sentenza, la quale identifica come base del diritto al consenso informato anche gli artt.32 e 13. Altresì relativamente all’inserimento di quest’ultimo articolo possono essere ravvisate perplessità. Difatti appare dubbia la necessità di ricorrere all’art. 13, il quale si occupa della libertà personale in senso lato e non nello specifico della libertà di salute, oggetto dell’art.32, il quale non può che essere per la sua specialità fondamento necessario e sufficiente del principio di consensualità<sup>72</sup>. Tale impostazione della Corte trova probabilmente la sua giustificazione in un’influenza subita dalla vicina sent. n.21748/2007, la quale aveva utilizzato analogo impianto<sup>73</sup>, anche essa frutto di una sorta di retaggio storico-interpretativo<sup>74</sup> che tende ad utilizzare l’art.2 come disposizione che “tutela e promuove i diritti fondamentali” nel loro complesso, sulla scorta di un ragionamento che ritiene sinonimiche le espressioni di “fondamentale” e “inviolabile”<sup>75</sup>. Quale che sia la motivazione che ha spinto il più alto consesso a ritenere necessaria l’individuazione del fondamento costituzionale del consenso informato in una serie di norme non perfettamente coincidenti con quest’ultimo, appare più condivisibile una visione critica di siffatta profilazione, la quale andrebbe, se accolta, inevitabilmente a sminuire la portata dello stesso art.32 Cost.

In ogni modo, la diretta desumibilità costituzionale del consenso informato concorre a far emergere il nuovo modo di intendere il rapporto medico-paziente, nel quale si supera la concezione paternalistica<sup>76</sup> a favore di un “alleanza terapeutica” in cui il paziente non è più destinatario inerte della cura medica, ma protagonista

---

<sup>71</sup> Considerevole parte della dottrina si dimostra critica nella prolifica individuazione di “nuovi diritti”, tra cui PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, pt. Generale, cfr. anche PIROZZI L., *Aspetti costituzionalistici dei “nuovi diritti”*, Roma, 2007; MORANA D., *La salute come diritto Costituzionale*, lezioni, ed.III, pp.129 e ss.

<sup>72</sup> PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, p.te generale, III ed. agg. Modif., Cedam, Padova, 2003; 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*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4970 ss.; RESCIGNO G. U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32 Cost., al principio di auto determinazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pub.*, I, 2008, p.91.

<sup>73</sup> Impianto condiviso dalla L.219/2017, art.1, co.1, primo periodo “La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 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”.

<sup>74</sup> Confermato dalle recenti sentenze: Corte Cost. sent. n. 85/2013 e Corte Cost. sent. n.58/2018.

<sup>75</sup> MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, lezioni, ed.III, op. cit. pp.64 e ss.: “il carattere di fundamentalità non deve essere confuso con quello di inviolabilità dei diritti; assegnando a taluni diritti quest’ultima caratteristica, infatti, la Costituzione [...] ha inteso conferire a talune posizioni giuridiche una maggiore “protezione” e “stabilità” nei confronti dell’esercizio del potere di revisione costituzionale” ( pp.64) mentre il carattere fondamentale, a rigore letterale della norma, è attribuito al solo diritto alla salute. Ugualmente critiche su tale confusione terminologica anche le posizioni di LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. Soc.*, 1980, pp.774 e BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991, pp.23 e ss.

<sup>76</sup> Comitato Nazionale Bioetica, *rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico paziente*, parere 24/10/2008 cfr. anche C.N.B., *informazione e consenso all’atto medico*, parere 20/06/1992.

della scelta del trattamento che è sempre frutto di un percorso concordato con il medico<sup>77</sup> come disposto dall'art.5 della legge 219/2017<sup>78</sup>.

L'aspetto collaborativo che emerge nella determinazione della terapia è sicuramente l'aspetto di più evidente contatto tra le discipline del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento. Solo in presenza di un rapporto sinergico medico-paziente, infatti, si potrà assistere ad un atto realmente posto a garanzia delle consapevoli determinazioni del paziente. Tale rapporto, però, non sottintende una parità di ruolo, né tantomeno pretende un'utopistica completa simmetria informativa. Per cui il compito del medico è quello di cercare di dimezzare tale gap informativo, veicolando informazioni che siano quanto più scevre da proprie convinzioni ideologiche atte ad un convincimento del paziente.

## **2.2. Evoluzione della giurisprudenza italiana sui temi del fine vita.**

Gli ultimi anni sono stati scanditi da una serie di sentenze, che hanno contribuito ad arricchire il dibattito italiano sull'autodeterminazione e, senza le quali il cambiamento culturale, che ha investito la medicina, avrebbe fatto fatica ad affermarsi<sup>79</sup>. La giurisprudenza, così facendo, ha contribuito significativamente al progressivo abbandono della concezione asimmetrica e paternalistica del rapporto medico-paziente, per lasciare spazio ad un rapporto solidaristico basato sul concetto di "alleanza terapeutica".

Tale processo ha iniziato ad interessare il panorama giuridico soprattutto a partire dagli anni novanta. Tra le tante sentenze, fondamentali sono state quelle della Corte Costituzionale, non solo per l'autorevolezza della fonte, ma anche perché hanno posto le basi interpretative sia per il diritto all'autodeterminazione, sia per il diritto alla salute come diritto costituzionale nella sua complessità.

Nello specifico, con la sentenza n. 471/1990, il Giudice delle Leggi ha sancito per la prima volta il principio di cui all'articolo 13 della Costituzione. Tale affermazione non è di portata secondaria per l'interpretazione dell'articolo 32 comma 2, il quale si pone rispetto all'articolo 13 in un rapporto di *species a genus*. Da tale relazione deriva che il trattamento sanitario coercitivo per essere conforme al disposto costituzionale deve soddisfare previamente e in maniera piena le garanzie specifiche previste dall'articolo 32 e non dal solo articolo 13. La Carta Costituzionale, difatti, pretende un *quid pluris*, quando entra in gioco il diritto fondamentale alla salute, ovvero sia che il trattamento debba essere determinato, non pregiudizievole per la salute di colui che vi è sottoposto e la quale imposizione, non sia determinata da un qualsiasi interesse collettivo, ma finalizzata alla tutela dell'interesse della collettività alla salute.

---

<sup>77</sup> MORANA D., *La salute code diritto costituzionale*, lezioni, ed.III, op. cit. pp.135.

<sup>78</sup> Art.5.co.2 l. 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'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".

<sup>79</sup> IMMACOLATO M., *L'autodeterminazione del paziente si afferma anche grazie ai giudici*, in *Notizie di Politeia*, anno XXIII, n. 88, 2007, p. 26.

La Corte costituzionale, poi, con la sentenza n. 238/1996 completa il quadro statuendo il principio secondo cui ognuno ha la libertà di disporre del proprio corpo anche rifiutando un intervento sanitario indesiderato, in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga. Il diritto alla salute stesso, infatti, nella sua complessità deve, essere inteso come un “diritto di libertà”<sup>80</sup> e per tanto implica, per il suo godimento, la pretesa di un generalizzato dovere di astensione da un intervento atto ad alterare le condizioni psicofisiche del titolare del diritto, quanto nello stato attuale quanto nel suo divenire.<sup>81</sup>

Per quel che attiene, invece, più specificamente al tema del “fine vita”<sup>82</sup> due vicende hanno, più delle altre, attirato l'attenzione: i casi Welby ed Englaro. Questi hanno sicuramente il merito di aver sensibilizzato l'opinione pubblica su argomenti di delicata portata etica.

I giudici di merito hanno, con un notevole sforzo interpretativo, valorizzato il principio di autodeterminazione dell'individuo costruendolo sull'evolversi del rapporto di cura<sup>83</sup>. Il riconoscimento prestato a tale principio, tuttavia, non fece automaticamente ammettere la legittimità di scelte in ordine al “fine vita”.

Elemento comune ad entrambe le sentenze è costituito dall'importanza che in queste riveste il mutamento del modo di intendere il rapporto medico-paziente, la cui bidimensionalità è resa evidente dalla centralità del consenso informato il quale “ha spostato il potere di decisione dal medico al paziente, in cui quest'ultimo è diventato protagonista del processo terapeutico”, conferendo, assoluta primarietà al principio di autodeterminazione<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso lezioni*, I,1, II ed. Ampl., Giappichelli, Torino, 1991, pp.167 e ss., In cui L'A. definisce la *silhouette* tipica di un diritto di libertà si sostanzia in un contenuto “costituito dal permanente interesse a non essere costretto od impedito da altri in un certo settore della vita materiale” (p.264). Nega, invece, la possibilità di riconoscere una “libertà di salute” PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, pt. Generale, pp.95 e ss. Il quale ritiene “sostenibile la rinunciabilità al bene dell'integrità psico-fisica come conseguenza di una mancata cura della propria salute”, ma la qualifica come “frutto di una libera scelta rientrante nella libertà individuale” (p.99).

<sup>81</sup> MORANA D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte, l'art.23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, pp. 243.

<sup>82</sup> Cfr. sul punto, NICOLUSSI A, *Testamento biologico e problemi del fine - vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà*, in rivista Europa e dir. priv, fasc. 2, 2013, p. 457.

<sup>83</sup> Evoluzione quasi necessitata dall'evolversi della scienza moderna. La creazione di nuove cure capaci di intervenire anche su patologie o situazioni relativamente alle quali, fino a poco tempo fa, risultava impossibile agire ha portato, pedissequamente un uso di trattamenti sempre più invasivi, che in quanto tali portano anche delle conseguenze significative. Cfr. PISU A., *Quando il “bene della vita” è la morte*, nota a Trib. Cagliari, 16 luglio 2016, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2017, p. 911.

<sup>84</sup> Trib. di Roma, Sez. I civile, Ordinanza 16/12/2006 “Il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista delle società culturalmente evolute; esso permette alla persona, in un'epoca in cui continue conquiste e novità scientifiche nel campo della medicina consentono di prolungare artificialmente la vita, lasciando completamente nelle mani dei medici la decisione di come e quando effettuare artificialmente tale prolungamento, con sempre nuove tecnologie, di decidere autonomamente e consapevolmente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se e a quali cure sottoporsi”; aggiungendo che “nel corso degli anni è profondamente mutato il modo di intendere il rapporto medico - paziente, e il segno di questa trasformazione è proprio nella rilevanza assunta dal consenso informato, che ha spostato il potere di decisione dal medico al paziente, in cui quest'ultimo è diventato protagonista del processo terapeutico” [...]. “Qualsiasi atto invasivo della sfera fisica, sia di natura terapeutica che non terapeutica, non può avvenire senza o contro il consenso della persona interessata, in quanto l'“inviolabilità fisica” costituisce il nucleo essenziale della stessa libertà personale, mentre l'imposizione di un determinato trattamento sanitario può essere giustificata solo se previsto da una legge che lo prescrive in funzione della

Nonostante ciò, mentre nel caso relativo alla vicenda di Eluana Englaro la Corte di Cassazione valutò ammissibile la richiesta dei parenti della ragazza di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, all'opposto la medesima istanza presentata da Piergiorgio Welby fu rifiutata, sulla scorta di un diverso apprezzamento in ordine al risvolto letale del diniego di respirazione artificiale. Difatti, il Tribunale di Roma nell'ordinanza del 16 dicembre 2006 valutò decisiva, ai fini del rigetto, l'assenza di una previsione normativa che puntualmente consentisse il rifiuto del trattamento salvavita, in quanto, a parere del giudice, sarebbe stata proprio quest'assenza a rappresentare ostacolo per l'integrazione del *fumus boni iuris* necessario per ammissibilità della misura cautelare atipica, ex art.700 cpc., sulla scorta della interinalità della pronuncia in esame rispetto alla sentenza di merito<sup>85</sup>.

Numerose sono state poi le pronunce, sebbene meno risonanti dal punto di vista mediatico, che si sono confrontate, in assenza di un chiaro quadro normativo<sup>86</sup>, con il problema del consenso dell'incapace, ipotizzando sovente il ricorso all'istituto dell'amministrazione di sostegno quale possibile tramite per esprimere scelte in ordine a trattamenti sanitari e percorso terapeutico.

Il Tribunale di Cosenza, con la pronuncia del 24 ottobre 2004, reputò legittima la nomina di un amministratore di sostegno per esprimere il consenso in ordine al trattamento terapeutico per conto di un paziente disabile. In tale sentenza, in particolare, veniva valorizzata la duttilità dell'istituto, considerata tale da configurare la possibilità di esprimere le scelte esistenziali in luogo del paziente incapace.

Di analogo avviso il Tribunale di Bari che nel 2006<sup>87</sup> autorizzò l'amministratore di sostegno ad esprimere il consenso in ordine all'inserimento coatto dell'amministrata in una struttura residenziale o ospedaliera. Il Tribunale di Modena con decreto 5 novembre 2008, poi, si espresse non solo conformemente a tale impostazione, ma anche ampliandone ulteriormente la portata, considerando ammissibile la nomina di

---

tutela di un interesse generale e non a tutela della salute individuale e se comunque garantito il rispetto della dignità della persona (Art. 32 Cost.)."

<sup>85</sup> Trib. di Roma, Sez. I civile, Ordinanza 16 dicembre 2006 pronunciando sul ricorso ex artt. 669-ter e 700 c.p.c. proposto dal Sig. Piergiorgio Welby nei confronti della Antea Associazione Onlus e del Dott. Giuseppe Casale dichiara la inammissibilità del ricorso sulla scorta delle seguenti motivazioni: "non prevede nessuna disciplina specifica sull'orientamento del rapporto medico - paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio dell'autodeterminazione per la fase finale della vita umana, allorché la richiesta riguardi il rifiuto o l'interruzione di trattamenti medici di mantenimento in vita del paziente" L'assenza di un quadro normativo di riferimento "lascia il posto alla interpretazione soggettiva ed alla discrezionalità nella definizione di concetti di altissimo contenuto morale e di civiltà e di intensa forza evocativa (primo tra tutti la dignità della persona), ma che sono indeterminati ed appartengono ad un campo non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia ed ai principi generali dell'ordinamento. In altri termini, in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato "accanimento terapeutico", va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito e, di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell'azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria del futuro giudizio di merito".

<sup>86</sup> Per un'analisi del tema in dottrina, prima dell'emanazione della nuova legge, cfr. FIMIANI P., *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Giust. Civ.* 2010, pp. 93 e ss.; SALITO G., *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico*, in *Iustitia*, 2009, pp. 207.

<sup>87</sup> Trib. Bari, decreto. 27 dicembre 2006.

amministratore di sostegno in previsione di una possibile futura incapacità del soggetto, in buona salute al momento della domanda.

Rispetto a quest'ultima profilazione si esprime contrariamente la Corte di Cassazione, con la sent. n. 23707/2012, la quale ritenne indispensabile, per la nomina dell'amministratore di sostegno, l'attualità dell'incapacità di intendere e di volere. Secondo la Corte, difatti, ai sensi dell'art. 408 c.c. e delle finalità della legge istitutiva, "non è legittimata a proporre ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno la persona che si trovi nella piena capacità psico-fisica, presupponendo l'attivazione della procedura la sussistenza della condizione attuale di incapacità, in quanto l'intervento giudiziario non può essere che contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto"<sup>88</sup>.

Per completezza della trattazione occorre fare riferimento all'ultima pronuncia in materia precedente alla legge 219/2017, del Tribunale Cagliari che, il 16 luglio 2016 si è pronunciato individuando l'amministratore di sostegno <sup>89</sup>come il soggetto incaricato di esprimere il consenso all'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale per l'eventualità di sopravvenuta incapacità del paziente.

Il percorso giurisprudenziale descritto costituisce il substrato <sup>90</sup> su cui si inserisce la legge 219/2017. In particolare, da tale iter emerge come sia stata accolta dal legislatore l'individuazione nel rappresentante legale, che nella legge è identificato nel fiduciario, come colui il quale ha il compito di interloquire con il personale medico facendo le veci del paziente. Esercitando la propria discrezionalità il legislatore, però, facendo propria l'interpretazione della Corte di Cassazione, operata nella sentenza n. 23707/2012, perimetra l'operatività dell'art.4 della legge 219/2017 ad una situazione di concreta eventualità di perdita di capacità di autodeterminarsi del paziente.

### **3. La disciplina codicistica degli atti di disposizione del corpo e i diritti della personalità**

La disciplina delle DAT, quali atti di disposizione del corpo, rileva particolarmente al fine di sottolineare un passaggio culturale che si è verificato rispetto al modo di intendere le potenzialità del diritto nell'ambito di dinamiche quali la nascita, la vita e la morte. Questi fenomeni, precedentemente non particolarmente posti all'attenzione del diritto<sup>91</sup>, oggi sono oggetto di numerose norme.

---

<sup>88</sup> Nello stesso senso: Trib Verona, 4 gennaio 2011. Cfr. SCOTTO G., *Testamento biologico e Amministrazione di sostegno: il Giudice tutelare compie un passo indietro*, nota a Trib Verona, 4 gennaio 2011, in *Corr. giur.*, 2011, 9, pp. 1290 e ss. La possibilità che la nomina dell'amministratore di sostegno avvenga anche in mancanza del requisito dell'incapacità attuale, è stata invece accolta dal Trib. Firenze, 22 dicembre 2010; Trib Cagliari, 22 ottobre 2009; Trib Modena 23 dicembre 2008. I quali provvedimenti hanno considerato l'attualità del consenso non come presupposto necessario per la nomina giudiziale, ma solo per l'efficacia del relativo provvedimento.

<sup>89</sup> Cfr. FERRANDO G., *Amministratore di sostegno e rifiuto di cure*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 285.

<sup>90</sup> GENNARI G., *La via giurisprudenziale al testamento biologico*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 9, pp. 1828 ss.

<sup>91</sup> Cfr. ANZANI G., *Gli "atti di disposizione della persona" nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2009, p.14: il diritto precedentemente "li assumeva essenzialmente come fatti ai quali ricollegare determinati effetti giuridici".



Il progresso scientifico-tecnologico, ha influito in maniera determinante il modo di intendere il corpo, e, l'intensificarsi di interventi sullo stesso, ha reso necessaria una conciliazione tra progresso e tutela dei diritti inviolabili, la quale può verificarsi attraverso la delimitazione degli atti di disposizione del proprio corpo. Si pone, dunque, il problema della regolamentazione di fattispecie coinvolgenti interessi, strettamente inerenti alla sfera personale, che non possono trovare adeguata tutela nelle regole relative ai beni di carattere patrimoniale.

Questa tipologia di interessi, come la conosciamo noi oggi, si è affermata, difatti, in un tempo relativamente recente, rispetto alle più antiche categorizzazioni privatistiche, anche grazie all'apporto di atti di derivazione sovranazionale, quali a Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948<sup>92</sup> e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo 1950<sup>93</sup>. Quest'ultimi hanno concorso al cambiamento del modo di intendere i "beni giuridici", considerando configurabile l'esistenza di beni altri rispetto a quelli passibili di valutazione patrimoniale<sup>94</sup>, come i diritti della personalità, i quali si caratterizzano proprio per il loro carattere non patrimoniale. Quest'ultimi sono beni morali rappresentativi del c.d. *ius naturalia*, e, perciò, connaturati al fatto stesso di essere uomo. Considerare tali diritti atti alla tutela di caratteristiche immanenti nella persona fisica, quindi, rende i beni tutelati oggetto di una peculiare disciplina a cui consegue la loro esclusione dai rapporti dal mercato ed una serie di limitazioni alla disponibilità.

Il dibattito sull'elaborazione della categoria è però ancora attuale; la dottrina risulta divisa tra chi considera il diritto della personalità come un unico diritto onnicomprensivo di ogni aspetto umano, a prescindere dalla esistenza di una specifica norma<sup>95</sup>, e chi invece sostiene che vi siano tanti diritti della persona quanti previsti da legge<sup>96</sup>. Naturale corollario di tali differenti considerazioni è considerare l'art.2 Cost. come catalogo chiuso o aperto. Tale questione interpretativa, non ha un valore meramente speculativo, ma ha comportato una serie di conseguenze sul piano fattuale, che hanno avuto una loro incidenza sull'operato del Giudice costituzionale. Una prima considerazione a cui è giunta la dottrina è quella avverso la concezione dell'art. 2 come clausola di apertura al "diritto naturale", giacché "gli istituti della libertà, ancorati ad un diritto naturale, estraneo all'esperienza giuridica contemporanea, assumerebbero connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto". Da ciò discende il rifiuto della tesi dell'art. 2 come "clausola aperta", in quanto, in assenza di una base positiva che sorregga tale assunto, a rilevare è il fatto che "tutte le libertà che abbiamo chiamato aggiuntive rampollano dal tronco di quelle che si leggono in Costituzione"<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo è stata adottata dalle nazioni Unite il 10 novembre 1948.

<sup>93</sup> Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è stata sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 dagli allora 13 stati membri ed è entrata in vigore tre anni dopo, il 3/09/1953.

<sup>94</sup> BARBAZZA A., *Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità*, in *I diritti della personalità*, Ruscica S. (a cura di), Cedam.2013.

<sup>95</sup> Ad esempio GIAMPICCOLO G., *La tutela giuridica della persona umana, il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, pp.466 e ss.

<sup>96</sup> Ipotesi sostenuta anche dalla Corte di Cassazione a sezioni Unite con sentenza 26973/2008.

<sup>97</sup> BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p.54.

Conseguentemente, la dottrina ha inteso porre un limite principalmente destinato alla modalità attraverso cui si riconosce l'estensione della garanzia costituzionale<sup>98</sup>. Difatti, conferire indiscriminato riconoscimento a pretese e diritti, renderebbe quest'ultimi protagonisti delle dinamiche di bilanciamento che si vanno ad innestare nel caso di collisione tra i diritti medesimi, provocando un conflitto almeno ipotetico con quei diritti espressamente riconosciuti dalla Carta costituzionale e rispetto ai quali, per il tramite dell'art.2, risulterebbero paritetici. La tesi dell'art. 2 come clausola chiusa, però, non sostiene un'esclusione *tout court* del fatto che la norma possa essere intesa come un rinvio ai "diritti che la tradizione ha tramandato", ma che tali diritti formerebbero "oggetto del richiamo di cui all'art. 2 Cost. solamente se ed in quanto, siano stati costituzionalmente positivizzati se ed in quanto, cioè, attraverso una formale previsione in Costituzione, siano entrati a comporre in modo rigido la fisionomia del sistema vigente"<sup>99</sup>. In questa prospettiva, pertanto, il riconoscimento di eventuali "nuovi diritti" s'intende circoscritto a quelli, sì frutto dell'iter in divenire che interessa la coscienza sociale, ma che vengono espressamente codificati nel sistema attraverso la legge costituzionale<sup>100</sup>.

Infatti, le disposizioni costituzionali che disciplinano i diritti inviolabili, non vanno meramente a fotografare la situazione esistente al tempo della redazione della Costituzione, ma presentano una portata normativa più ampia ed elasticamente predisposta a comprendere anche le future prospettazioni di sviluppo di tali diritti, provocate dal naturale mutamento della coscienza sociale<sup>101</sup>. In questa prospettiva, dunque, il ruolo dell'art. 2 Cost. non sarebbe sminuito, anche al livello interpretativo, ma estrinsecerebbe il suo ruolo maieutico e di garanzia dei diritti conseguenti a quelli enumerati<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup>PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, p.te generale, III ed. agg. Modif., Cedam, Padova, 2003, pp. 4, "Le ipotesi di diritti non previsti in Costituzione sono assai più limitate di quel che a prima vista potrebbe pensarsi: o perché tali ipotesi rientrano in fattispecie normative concernenti i diritti espressamente riconosciuti dalla stessa Costituzione [...] oppure perché un loro eventuale riconoscimento porrebbe delle insanabili antinomie con altre norme costituzionali".

<sup>99</sup>GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, op.cit. pp.160, per il quale "i diritti proclamati inviolabili dalla disposizione suddetta sarebbero, quindi, in una prima approssimazione, quelli che la coscienza giuridica ha da tempo ormai saldamente acquisito come diritti dell'uomo senza i quali altre affermazioni come quelle sul principio della sovranità popolare o sulla democrazia (...) costituirebbero mere espressioni verbali prive di un effettivo e coerente significato".

<sup>100</sup> GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, op. cit. pp.160 "il rinvio di cui all'art. 2 cost. non dovrebbe intendersi come fisso, ma mobile in senso unilaterale e garantistico; non chiuso e concluso in riferimento, cioè, ai soli diritti originariamente accolti nella Carta costituzionale, ma aperto anche agli altri che successive leggi costituzionali o di revisione costituzionale eventualmente introducano".

<sup>101</sup>BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, pp.20 ss., in cui l'A. considera le disposizioni costituzionali relative ai diritti inviolabili come predisposte alla previsione di "qualsiasi ipotesi che lo sviluppo della coscienza sociale o della civiltà giuridica [...] propongono come 'nuovi diritti'. Pertanto, questi nuovi diritti sarebbero, per un verso, "diritti impliciti" essendo inclusi nel contenuto semantico di diritti già espressamente riconosciuti in Costituzione; per l'altro, "diritti strumentali" ovvero, diritti definiti per dare concreto significato e garanzia ai diritti specificamente previsti" (op. cit. pp.20).

<sup>102</sup> BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984., p.56: l'art. 2 non aggiungerebbe "nuove situazioni soggettive a quelle concretamente previste dalle successive particolari disposizioni, ma" potrebbe riferirsi "anche ad altre potenziali e suscettibili di essere tradotte in nuove situazioni giuridiche positive. L'art. 2 sotto il profilo qui considerato va inteso perciò come avente la sola – anche se fondamentale – funzione di conferire il crisma dell'invulnerabilità ai diritti menzionati in Costituzione: diritti peraltro da identificare [...] non solo in quelli

Da tale disamina emerge, quindi, come, anche se il legislatore è intervenuto, stabilendo la possibilità di redigere le disposizioni anticipate di trattamento, il suo intervento, non è derivato da un'ipotetica pretesa costituzionale giustificata da un nuovo diritto a morire, ma è frutto dell'esercizio discrezionale della potestà esercitata dal Parlamento.

### **3.1. Il diritto all'integrità fisica e agli atti di disposizione del proprio corpo alla luce dell'art.5 cc.**

L'art. 5<sup>103</sup> del codice civile, riguardante gli atti di disposizione del proprio corpo, rappresenta la prima norma introduttiva dei cd. diritti della personalità. Tale articolo, infatti, è stato introdotto dal Codice approvato il 16 marzo del 1942, e ha posto alcune delle basi sulle quali, pochi anni più tardi, la Costituzione repubblicana ha costruito la tutela di tali diritti. Già secondo l'ideologia del regime fascista risultava, difatti, essenziale tutelare i valori dell'individuo, sebbene impedire determinati atti di disposizione del corpo mirasse, in un'ottica patrimonialista<sup>104</sup>, non tanto ad attribuire all'individuo dei diritti inviolabili, ma a non indebolire l'integrità del singolo, e quindi rafforzare la potenza dello Stato.

Per la formulazione del presente articolo sono state determinanti le dispute teoriche sulla qualificazione del diritto all'integrità fisica, le quali si sono focalizzate su una lettura liberale che riconosce la titolarità del proprio corpo, modellandola sull'istituto proprietario<sup>105</sup> ed una visione dello stesso diritto, e in generale dei diritti della personalità, caratterizzata dall'attribuzione di un fondamento pubblicistico<sup>106</sup>. La norma, invero, rappresenta il fondamento del potere di disposizione sul corpo poiché, vietando solo determinati atti di disposizione, riconosce implicitamente la liceità di tutti gli altri<sup>107</sup>. Ad oggi, però, l'art.5 cc. non può essere più letto limitandosi alla dimensione corporea dell'integrità fisica, ma necessita, a seguito di un iter di trasformazione

---

dichiaratamente enunciati in Costituzione, ma anche in quelli ad essi conseguenti". L'articolo 2, quindi sarebbe "in una parola matrice e garante dei diritti di libertà, non fonte di altri diritti al di là di quelli contenuti in Costituzione".

<sup>103</sup> Art. 5 cc. "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge (579 c.p.), all'ordine pubblico o al buon costume (32 Cost.)". La norma va letta alla luce della legge 22 dicembre 2017, n. 219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", in vigore dal 31 gennaio 2018, e altresì dell'art. 1 della L. 19 settembre 2012 n. 167, il quale prevede, in deroga al divieto di cui a questo articolo l'ammissibilità del disporre, a titolo gratuito, di polmone, pancreas e intestino al fine esclusivo di trapianto tra persone viventi.

<sup>104</sup> D'ADDINO SERRAVALLE P., *Atti di disposizione del Corpo*, in P. Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, 2003 pp.530. L' A. rileva che il concetto normativo di persona si in ottica patrimonialista si distacca dal concetto biologico-psicologico di uomo dato che "persona è una qualificazione formale dell'ordinamento giuridico, connessa al riconoscimento di diritti e doveri giuridici, che va a sovrapporsi ad un sostrato fattuale, costituito dall'uomo o da realtà diverse dall'uomo, e, nella costruzione kelseniana, ove non esiste alcuna entità data, la persona è i suoi doveri e i suoi diritti, ovvero la loro unità personificata".

<sup>105</sup> Questo al fine di garantire un valore patrimoniale di scambio alle parti del corpo, di modo che potessero essere validi alcuni atti di disposizione, socialmente apprezzati, come il contratto di balia, la vendita dei capelli, delle unghie, il lavoro nel circo. In particolare, capelli, denti ed unghie vengono da sempre considerati parti legittimamente staccate dal corpo e possibile oggetto di atti di disposizione. Cfr. GIGLIOTTI F., *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, in Commentario al codice civile, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2015, pp.178 e ss.

<sup>106</sup> Cfr. CAGGIA F., *sub art. 5*, in G. ALPA – V. MARICONDA (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 2005, p. 238.

<sup>107</sup> DOGLIOTTI M., *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p.241.

sia sociale che giuridico, di prendere in considerazione anche gli altri interessi della persona riguardanti la dimensione immateriale dell'identità personale<sup>108</sup>.

La norma prevede due limiti agli atti dispositivi uno specificamente indicato, rappresentato dalla diminuzione permanente o menomazione irreversibile dell'integrità fisica<sup>109</sup>, e uno generico, posto ricorrendo alla tecnica normativa delle clausole generali, rappresentato da legge, ordine pubblico e buon costume<sup>110</sup>. Per quanto attiene al ricorso alle clausole generali è uno degli strumenti giuridici atti far fronte alla pluralità di valori culturali presenti all'interno di un'organizzazione sociale, non litizzando un determinato concetto ma rimandando ad una legislazione in divenire<sup>111</sup>. Mentre per ciò che riguarda il limite specifico, contenuto nella prima parte della norma, questo è frutto del retaggio storico da cui proviene il Codice civile e si inserisce nel programma di tutela della sanità della stirpe tipico del regime fascista<sup>112</sup>.

Relativamente, invece, alla valutazione avverso la possibilità di disporre del proprio corpo, questa viene svolta a seguito di una verifica sulla meritevolezza degli interessi prospettati dalle parti negli atti di autonomia privata, secondo quanto previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c. e ribadito, con riferimento specifico alla disposizione del corpo, dall'art. 5 c.c. La sanzione che, pur se non espressamente prevista dalla disposizione

---

<sup>108</sup> La norma in esame viene considerata da ROMBOLI R., *Sub art. 5, in Commentario Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1988, p. 225: «tra le più controverse e tormentate, forse in assoluto la più discussa» del codice civile. Le problematiche principali attengono alla formula sintetica ed ambigua in relazione al fondamento del potere di disposizione ed il significato da attribuire alle espressioni «atti di disposizione», «diminuzione permanente», «integrità fisica» cfr. D'ADDINO SERRAVALLE P., *Corpo (atti di disposizione del)*, op.cit. pp.532 e ss. Come emerge dai lavori preparatori, gli atti di disposizione del corpo a cui si riferisce l'art. 5 c.c. sono quelli di consenso all'offesa dell'integrità fisica, diritto della personalità che ha in comune con gli altri i caratteri dell'essenzialità e dell'assolutezza, ma si distingue per una limitata disponibilità. Cfr. sempre D'ADDINO SERRAVALLE P., op. citata.

<sup>109</sup>D'ARRIGO C.M., *Autonomia privata e integrità fisica*, Giuffrè, 1999, pp. 339 ss.

<sup>110</sup> DE CUPIS A., *Integrità fisica (diritto alla)*, in Enc. giur. Treccani, Roma, XVII (1988), cfr. anche D'ARRIGO C.M., *Autonomia privata e integrità fisica*, op. cit., p.338. In cui precisa che la tecnica normativa delle clausole generali interessa il tema degli atti di disposizione del corpo, non solo per l'art. 5 c.c., ma anche in generale particolarmente ricorrente nella legislazione speciale in materia di tutela alla salute. La dottrina ravvisa unitariamente nell'indeterminatezza il tratto caratterizzante le clausole generali dal punto di vista strutturale, ma non ugualmente concorde è per la nozione stessa di indeterminatezza e su quella di clausola generale, sulla delimitazione dei suoi confini rispetto alle "altre figure giuridiche che ruotano attorno alla (maggiore) indeterminatezza della norma" rappresentati da standards e principi generali. FABIANI E., *Clausola generale*, in Enc. dir., Annali, Milano, ed.V ,2012, pp. 183 ss., e pp. 213 e ss. Quella delle clausole generali è "una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta" così PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 225. Cfr. anche DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp.540 ess; FEMIA P., *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p.126 (nota n. 254).

<sup>111</sup> Secondo RODOTÀ S., *Conclusioni: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p.258: "in una società articolata, "di minoranze", è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità".

<sup>112</sup> ROMBOLI R., *Sub art. 5, in Commentario Scialoja-Branca* (a cura di), Bologna - Roma, 1988. p. 229: "il modo come è stato affrontato e risolto il tema degli atti di disposizione del corpo mostra con evidenza ancora maggiore la concezione accolta con riguardo al rapporto tra l'individuo ed il proprio corpo. Quest'ultimo viene visto non come elemento inscindibile della persona umana, ma come oggetto autonomo e separato da essa su cui esercitare i propri poteri e i diritti reali e personali".

in esame, viene comminata in caso di violazione del divieto è l'invalidità, la quale, però, inibisce gli effetti del contratto, ma non la possibilità che allo stesso possa darsi spontanea esecuzione<sup>113</sup>.

Infine, per ciò che attiene alla disponibilità del proprio corpo in senso lato, bisogna sottolineare il fatto che dall'art.5 c.c. non si desume una disponibilità *tout court* relativa agli atti operanti al di fuori del limite normativo, ma, invero, esistono anche delle previsioni derogatorie, sia in negativo che in positivo. Rappresenta un esempio di queste ultime la cd. "disponibilità controllata", cioè l'ambito dell'indisponibile valutato positivamente dall'ordinamento, come nel caso dei trapianti di organo<sup>114</sup>, ovvero il diniego di un trattamento sanitario, il quale può portare finanche alla morte. Oppure deroghe in negativo come "indisponibilità assoluta", dove la valutazione negativa è rimessa a interpretazione conforme all'ordinamento nel suo complesso, come nel caso della sterilizzazione volontaria<sup>115</sup>, o a singole disposizioni che, anche se non perfettamente attinenti al diritto civile, spiegano i loro effetti anche in tale ambito<sup>116</sup>.

#### **4. Le norme di riferimento nel contesto europeo.**

Sono numerosi i riferimenti normativi in tema di diritto all'autodeterminazione ravvisabili nel panorama giuridico globale, sia relativi a strumenti di diritto interno che al diritto sovranazionale in cui si inserisce la legge 219 del 2017 in materia di disposizioni anticipate di trattamento.

Il dibattito legato alle questioni bioetiche del fine vita è stato affrontato, infatti, quanto dai più importanti paesi Europei, quanto dalle stesse organizzazioni europee<sup>117</sup>, i quali interventi sono di particolare rilievo, non solo per il legame con l'ordinamento italiano, ma anche per la loro genesi pattizia, in quanto inclini per natura, proprio perché frutto di un processo convenzionale, al recepimento di istanze differenziate sovente sintetizzate in una normativa dotata di un'intrinseca duttilità. Questa caratteristica che permea le organizzazioni plurinazionali dotate di poteri imperativi, però, se da una parte permette agli stati aderenti una più agevole assimilazione di una normativa di principio, piuttosto che di una codificazione particolareggiata, dall'altra lascia un ampio margine, ove previsti, agli organi giurisdizionali competenti per l'applicazione e

---

<sup>113</sup> Così FEMIA P., *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, op. cit., pp.556 e ss.

<sup>114</sup> Prevista dall'art. 1 della L. 19 settembre 2012 n. 167.

<sup>115</sup> Tradizionalmente si è soliti distinguere tra terapeutica e non terapeutica, la prima, diretta alla cura dei processi morbosi in atto o dal rischio che alla salute o alla vita potrebbe arrecare una futura gravidanza; la seconda invece è la sterilizzazione conseguente ad episodi accidentali, fatti criminosi o esplicitamente richiesta senza che ricorrano le ipotesi precedenti. In siffatta, ultima circostanza si parla di sterilizzazione volontaria. Nell'ordinamento italiano a rilevare è sia l'art.5 cc. che l'articolo 583 cp., che tra le lesioni personali gravissime annovera anche la perdita della capacità di procreare. Per cui, dal comm. disp. di questi due articoli la sterilizzazione volontaria dovrebbe essere considerata illegale ma gli orientamenti giurisprudenziali sono indirizzati nel senso di fare salvo il diritto del soggetto a privarsi della capacità di procreare, anche nell'ottica della cd. "procreazione cosciente e responsabile" e della tutela della propria salute. Fermo restando che in entrambe le ipotesi, ma soprattutto per la sterilizzazione volontaria, l'intervento è subordinato al consenso libero ed informato della persona che vi si sottoponga.

<sup>116</sup> DI ROSA G., *Biodiritto. Itinerari di ricerca*, Torino, 2009, p. 131, il quale delinea il sistema dei rapporti tra corpo umano e disponibilità giuridica.

<sup>117</sup> Cfr. STEFANINI E., *Directive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, pp. 688 ss.

l'interpretazione di tali norme, come la Corte EDU o la Corte di Giustizia Europea. Questi organi sono intervenuti spesso sui più svariati settori del diritto, portando avanti interpretazioni non di rado poco attenti alle caratteristiche intrinseche dell'ordinamento a cui si riferivano, quanto più concentrate al rispetto del proprio "primato", nell'ottica, non di un sistema complesso nel quale confluiscono diversi livelli ordinamentali, i quali mantengono tutti delle loro prerogative di sovranità, ma di un sistema gerarchico.

Per quel che attiene al diritto alla salute, le posizioni e le possibilità di intervento del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea sono diversi, in ragione della diversità anche dei poteri di queste istituzioni, per cui, se è riferibile alla Corte EDU una cospicua giurisprudenza sul tema, non si può affermare lo stesso per l'EUCJ, proprio perché nell'Unione, dopo il Trattato di Lisbona del 2007, sono state ridefinite nettamente le competenze in favore di una caratterizzazione quasi del tutto nazionale della materia salute.

Per quanto riguarda, nello specifico, la disciplina a livello dell'Unione Europea, i Trattati prevedono un limitato ambito di azione in tema di "tutela della salute"<sup>118</sup>, difatti, nel Trattato di Lisbona, è prevista per l'Unione una mera competenza di sostegno, inibente la possibilità di adottare atti vincolanti che possano comportare un qualsiasi effetto di armonizzazione<sup>119</sup>. Mentre, per quanto riguarda la "sanità pubblica", l'Unione gode di una competenza di tipo concorrente, agendo quando il suo operato è volto al completamento delle politiche nazionali, con specifico riguardo alle "minacce per la salute a carattere transfrontaliero", quali ad esempio la diffusione di malattie infettive, proprio in quanto l'azione dell'Unione è volta all'incoraggiare una più stretta cooperazione tra Stati membri, funzionale al miglioramento dei loro servizi sanitari<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Sono molteplici, però, i richiami al valore della tutela della salute nelle norme di diritto dell'Unione europea, come nell'art. 9 TFUE, il quale lo indica come valore di riferimento per la definizione e l'attuazione di tutte le politiche e azioni europee; o l'art. 191 TFUE, in ambito ambientale, e all'art. 169 TFUE, relativo alla protezione dei consumatori, i quali ribadiscono, in ambiti specifici, la sua portata di clausola generale orientante le istituzioni nel perseguimento degli obiettivi posti dal Trattato.

<sup>119</sup> Come indicato dall'art. 2, par. 5, co. 2, TFUE.

<sup>120</sup> In ogni caso, l'art. 168, par. 7, TFUE specifica che: "L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate". L'art. 114, paragrafo 3, TFUE<sup>120</sup>, inoltre, sempre in tema di "sanità", prevede la possibilità, per Parlamento e Consiglio, di adottare atti di armonizzazione finalizzati al perseguimento degli obiettivi di instaurazione e funzionamento del mercato interno, anche in tale ambito. A tal fine la Commissione dovrà, però, operare formulando proposte aventi un livello di protezione elevato, alla luce di eventuali elementi innovativi fondati su riscontri scientifici. Tanto più che l'art.9 TFUE, in via generale, e gli artt. 191 e 169 TFUE, rispettivamente in materia di protezione dell'ambiente e dei consumatori, elevano a clausola generale del sistema il rispetto della salute, ovverosia identificandolo quale valore fondamentale a cui l'Unione deve necessariamente conformarsi per la definizione e l'attuazione delle sue politiche e azioni *latu sensu*. Sulla base dell'ART.114 paragrafo 3 TFUE, ad esempio, è stata adottata la direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. L. n. 88, 4 aprile 2011. Per ciò, mentre per la "tutela e miglioramento della salute umana" l'Unione europea non può adottare misure di armonizzazione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, par. 5, e 6 TFUE, ciò è, invece, consentito per quanto riguarda la "sanità", in virtù dell'art. 114, par. 3, TFUE. Il sistema delineato a livello trattatistico, per cui, manifesta dei profili di ambiguità, è controversa, infatti, la concreta estensione dei poteri delle istituzioni dell'Unione, vista la non facile distinzione tra azioni in campo di "salute" o di "sanità" dalla quale deriva una diversità sostanziale delle rispettive discipline.

Non vi è invece alcuna competenza espressa dell'Unione in tema di questioni aventi una profilazione strettamente bioetica. Quest'ultime, invero, continuano ad essere riservate alla competenza statale, proprio perché la discrezionalità legislativa in tale ambito si muove su principi spesso riflettenti i valori fondanti le singole collettività, i quali, non di rado, differiscono anche radicalmente da Stato a Stato, per cui solo il legislatore statale potrebbe, più coerentemente, interpretare tali valori e compiere scelte che mal si prestano ad essere armonizzate.

Tuttavia norme di questo tipo si ritrovano nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, entrata a far parte dell'ordinamento europeo, per il tramite art. 6, par. 1 TUE<sup>121</sup>, così come modificato dal Trattato di Lisbona<sup>122</sup>. Invero, l'intero titolo I della Carta ruota intorno al concetto di rispetto della dignità della persona nella sua integralità. Nello specifico, il secondo paragrafo dell'art. 3 elenca diversi principi da rispettare, in ambito medico-sanitario, a tutela del diritto all'integrità psico-fisica<sup>123</sup>

Il diritto dell'Unione, quindi, per il tramite dell'art.6 TUE, va ad occuparsi degli aspetti inerenti strettamente alla tutela del valore della salute, esplicitamente configurata come una tutela da erogare a livello statale, salvo un intervento marginale e solamente di sostegno dell'Unione. Tale *escamotage* è sicuramente atto a dare comunque una tutela corretta ed effettiva a questo diritto, la quale fundamentalità è considerata tale da dover essere garantita prioritariamente, come sancito dalla Corte di giustizia nella sentenza Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio<sup>124</sup>.

Ciò nonostante, il diritto primario dell'Unione, difetta di disposizioni specificamente inerenti alla questione del fine vita e del cd. "testamento biologico" che in questa sede rileva. Per cui anche tale argomento concorre a delineare come il diritto alla salute comprenda come suo corollario naturale di effettività quello del consenso libero ed informato, e non del "testamento biologico" o della possibilità di porre fine alla propria vita attraverso l'eutanasia. Materie queste che anche nell'ottica sovranazionale di tutela di un diritto considerato indefettibile, sono frutto di interventi discrezionali del legislatore statale, che si riferiscono, non all'inalienabile rispetto della libertà di salute, ma all'esercizio di poteri di scelta differenziati.

Per quel che attiene, invece, all'altra organizzazione europea, il Consiglio d'Europa, il testo fondamentale di riferimento concernente il diritto all'autodeterminazione terapeutica è sicuramente la Convenzione sui diritti

---

<sup>121</sup> Art. 6, par. 1 TUE: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati."

<sup>122</sup>La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata pubblicata il 18 dicembre 2000, dopo essere stata proclamata a Nizza. Il 12 dicembre 2007 la Carta è stata nuovamente proclamata dai presidenti della Commissione europea, del Parlamento e del Consiglio a Strasburgo, in previsione della firma del Trattato di Lisbona, ed il testo, modificato ed aggiornato per renderlo coerente con il Trattato di Lisbona, è stato pubblicato in GUUE C 303, 14 dicembre 2007.

<sup>123</sup> Art.3 par.2, Carta dei diritti fondamentali dell'unione: "a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani".

<sup>124</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2001, causa C-377/9, Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio.

umani e la biomedicina, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, la quale è stata elaborata al fine di introdurre principi comuni per la tutela della persona, alla luce del progresso scientifico-tecnologico intervenuto nella medicina e nella biologia.

La Convenzione ruota intorno ad un polo centrale rappresentato dalla tutela dell'essere umano, la quale è considerata prioritaria e sovraordinata rispetto a qualsiasi interesse della società e della scienza, e il quale rispetto può essere garantito soltanto attraverso la prestazione di un consenso, libero e informato, della persona a qualsiasi intervento sanitario. La Convenzione detta, poi, anche norme di carattere più specifico inerenti alla ricerca scientifica, al trattamento del genoma umano e ai trapianti. Sono quest'ultime ad essere state destinatarie delle maggiori critiche da parte della comunità scientifica, in quanto esprimono dei principi etici di natura cogente diretti alla scienza medica e alla biologica.

Con specifico riguardo al tema delle disposizioni anticipate di trattamento, la Convenzione, all'art. 9, prevede una disciplina frutto di un compromesso tra la volontà di includere la legittimazione pro futuro delle proprie determinazioni terapeutiche e le concrete difficoltà attuative. La norma nella sua formulazione definitiva, difatti, non fa esplicita menzione alla legittimità di un documento scritto, redatto nel momento di possesso di piena capacità del disponente, né tantomeno all'istituto delle procure permanenti<sup>125</sup>, prevedendo letteralmente: "i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione". Particolarmente problematico risulta, quindi, il ruolo del medico, in quanto i desideri del paziente devono essere "presi in considerazione", ma non necessariamente seguiti. La *ratio legis*, individuata dal rapporto esplicativo, risiede nel fatto che consistendo in una determinazione a lungo termine, dal momento della disposizione al momento del verificarsi dell'evento, potrebbero essere cambiate le circostanze di fatto. Il medico quindi potrebbe trovarsi ad operare in una situazione e rispetto ad un quadro clinico anche molto diverso da quanto preveduto a suo tempo dal paziente.

L'Italia, comunque, non è vincolata al rispetto di tale Convenzione, in quanto una volta firmata non è stato depositato lo strumento di ratifica presso il Segretario generale del Consiglio d'Europa, anche se nonostante ciò, nel marzo 2001 il Parlamento ne ha adottato la legge di ratifica ed esecuzione<sup>126</sup>, in cui si prevedeva anche una delega governativa per l'adattamento dei principi convenzionali all'ordinamento interno. Anche alla

---

<sup>125</sup> Cfr. Rapporto prof. Roberto Andorno al Consiglio d'Europa basato sull'"*Exploratory Workshop on Advance Directives*", del 18-22 giugno 2008, organizzato dall'*Institute of Biomedical Ethics* dell'Università di Zurigo con il supporto della *European Science Foundation* (ESF).

<sup>126</sup> L. 28 marzo 2001, n. 145, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani. Nella quale prima veniva prevista la "piena e intera esecuzione è data alla Convenzione" (art. 2) veniva fatta delega al Governo per "adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione (...)".



delega, però, non è stato dato seguito, provocando irrilevanza della Convenzione di Oviedo sul piano internazionalistico del vincolo.

La giurisprudenza italiana<sup>127</sup>, tuttavia, si è sovente servita di questa convenzione, per dare conferma alle interpretazioni precedenti all'introduzione legge 219/2017, sia legittimanti la previsione del “testamento biologico”, sia atte a dedurre l'esistenza di principi generali dell'ordinamento in materia<sup>128</sup>. In ogni caso, visto il mancato deposito dello strumento di ratifica della Convenzione, i riferimenti ad essa compiuti dalla giurisprudenza non hanno costituito un automatico obbligo per il legislatore italiano, la quale determinazione compiuta con la legge 219/2017 non rappresenta in alcun modo uno strumento di ratifica.

## CAPITOLO II

### 1. Il diritto a non soffrire nella prospettiva costituzionale

La normativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento ha riaperto il dibattito sul tema del fine vita. Quest'ultimo è un argomento di innata portata etica, che trova un suo punto di contatto con la legge n. 219/2017 nella possibilità di rifiuto delle cure, possibilità questa di cui il paziente non può essere in alcun modo privato, neanche qualora dal diniego del trattamento derivi la fine certa dell'esistenza dello stesso.

Il legislatore, infatti, ha operato una scelta ben precisa, superando il *topos* centrale del dibattito sull'autodeterminazione anticipata invalso prima dell'entrata in vigore della legge 219/2017<sup>129</sup>, quella di qualificare gli atti di idratazione e alimentazione artificiale come trattamenti terapeutici e, per tanto, liberamente rifiutabili dal paziente a prescindere da ciò che dal rifiuto possa derivare. Tale assunto, tuttavia, non si traduce in un incondizionato dovere di tutela del dogma della volontà, ma in presidio della libertà di autodeterminazione operante entro i limiti di meritevolezza attribuiti dall'ordinamento. Invero, l'imperialismo

---

<sup>127</sup> Sul punto cfr. PALOMBINO F. M., *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 4811 ss.

<sup>128</sup> Nello specifico tra le altre la celebre Cass. Civile sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 129 ss., sul caso Englaro, ove si afferma che, se la Convenzione si trova in conflitto con norme interne, essa “può e deve essere utilizzat[a] nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad ess[a] conforme”.

<sup>129</sup> La questione, prima della legge 219/2017, ruotava principalmente intorno alla possibilità del rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali l'idratazione e l'alimentazione artificiale. Da una parte vi erano alcuni che asserivano la funzione sanitaria e non terapeutica, di questi trattamenti, in quanto considerati presidi facilitanti le funzioni vitali. Tra cui IADECOLA G., *Note critiche in tema di “testamento biologico”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 3-4, pp. 473 ss., 479 ss., il quale in op. cit. sottolinea che il paziente non potrebbe esercitare il diritto di morire dinanzi al medico, essendo costui titolare di una posizione di garanzia della salute del malato affidato alle sue cure, approcciandosi alla questione da un punto di vista ancora vicino alla concezione paternalistica del rapporto medico-paziente. Dall'altra parte, invece, vi erano coloro i quali, all'opposto, affermavano che si trattava comunque, prescindendo dalla qualifica di trattamento terapeutico o sanitario, di terapie inevitabilmente incidenti sulla sfera fisica del paziente, e in quanto tali illecite se praticate senza il consenso libero e informato dello stesso. Tra cui FERRANDO G., *Testamento biologico*, pp. 1015-1016; CRICENTI G., *Il diritto di rifiutare le cure. Critica delle distinzioni irrilevanti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 3, pp. 681 ss.

della volontà, proprio delle logiche proprietarie, non si presta ad essere esteso al diritto all'autodeterminazione terapeutica, il quale viene posto in essere con un atto dispositivo lungi dall'essere classificato come negozio di proprietà<sup>130</sup>. La facoltà di disporre del proprio corpo è subordinata, quindi, a dei limiti, essendo le scelte in ordine all'autodeterminazione anticipata frutto del discrezionale intervento legislativo. Difatti, come più volte ribadito, le disposizioni anticipate di trattamento non si sostanziano in un atto posto a presidio di un diritto direttamente esigibile dalla norma costituzionale.

La tutela apprestata dall'ordinamento agisce entro un perimetro ben preciso che consente le DAT in specifiche condizioni, permettendo altresì la possibilità di rifiutare anticipatamente un trattamento sanitario essenziale. Questo, però, non legittima *opa lege* l'eutanasia, così come giuridicamente intesa, ma permette il trasferimento degli obblighi del medico, dal paziente al fiduciario, il quale è anch'esso vincolato alle determinazioni del disponente, così come descritte nell'atto dispositivo. Questo vale ad indicare, da una parte l'onere di informare il fiduciario, dall'altra quello di quest'ultimo di prestare il consenso o meno in luogo dell'incapace.

Questo apre al considerare se alla luce del quadro normativo vigente e delle novelle apportate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 242/2019, possa essere considerato esistente un diritto del paziente a morire. Per fare ciò appare opportuno analizzare il quadro Costituzionale confrontandolo con la disciplina normativa. L'art. 32 della Costituzione prevede: "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" da qui deriva che, perché possa compiersi un determinato atto, che vada ad ingerire sulla sfera psicofisica del paziente, è necessario che esso presti il suo consenso e che quest'ultimo sia attuale, liberamente ritrattabile in qualsiasi momento e, soprattutto, consapevole; da qui l'ulteriore diritto del soggetto all'essere compiutamente informato di modo da formare consapevolmente la sua decisione.

Non prestare il proprio consenso a un determinato trattamento non comporta, però, automaticamente un generalizzato rifiuto ad ogni altro trattamento come anche la c.d. "terapia del dolore". L'art. 2, della legge 219/2017<sup>131</sup>, invero, prevede la legittimità dell'adozione da parte del medico, previo consenso del paziente, di un protocollo di sedazione profonda e continua. In accordo con questo assunto anche la Raccomandazione n. 2 del 29/02/2016 del Comitato nazionale bioetica relativa alla sedazione, nella quale il CNB asserisce che "anche il paziente che s'inserisce in un processo di fine vita a seguito del rifiuto o rinuncia di uno o più

---

<sup>130</sup> La configurabilità del diritto sul proprio corpo come diritto proprietario è invalsa soprattutto nell'ordinamento statunitense dove il diritto *right to refuse medical treatment* viene fatto derivare dal diritto alla privacy, quest'ultimo, infatti, viene considerato strettamente connesso al diritto di proprietà.

<sup>131</sup> Art.2 l.219/2017 rubricato "Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita" prevede: "1. 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. 2. Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza della 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. 3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico".

trattamenti sanitari o all'uso di tecniche strumentali di sostegno delle funzioni vitali ha diritto di beneficiare della terapia del dolore e in caso di sofferenze refrattarie della sedazione profonda e continua"<sup>132</sup>.

Coerentemente con il contesto in cui tale previsione si inserisce, appare evidente come questa sia funzionale a garantire al paziente che il decorso della malattia avvenga senza che esso debba provare sofferenza, anche qualora sia stato rifiutato, anche attraverso le DAT, un dato trattamento che permetteva il mantenimento in vita del soggetto o che avrebbe rallentato il sopravvenire della sua morte.

A conferma di ciò, la legge 219/2017 non riconosce un diritto all'autodeterminazione in funzione della scelta di porre fine alla propria vita, ma realizza il disposto dell'art.32 Cost., il quale sancisce il diritto al rifiuto di qualsiasi trattamento anche essenziale per il mantenimento in vita, tali situazioni non sono equiparabili<sup>133</sup>, comune è solo l'esito fatale. Nello specifico, quest'ultimo è causato, nella fattispecie presa in considerazione dal legislatore, dal naturale decorso della malattia che affligge il soggetto che, esercitando il suo diritto costituzionalmente tutelato, rifiuta i trattamenti o presidi sanitari che impedivano alla malattia di fare il suo corso. Nell'ipotesi eutanasi, invece, il decesso è determinato da una condotta attiva, come la somministrazione farmaci letali, avente lo scopo di provocare, con il consenso del paziente, la sua morte immediata<sup>134</sup>.

### 1.1. Il caso Welby

Il 23 luglio 2007 il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma ha emesso l'ordinanza<sup>135</sup> di non luogo a procedere nei confronti del medico, il dott. Riccio, che aveva separato Piergiorgio Welby dal macchinario che lo teneva in vita, in quanto ritenuto non punibile per il reato proceduto, nella specie di omicidio del consenziente. Il giudice nonostante abbia considerato integrati tutti gli elementi costitutivi di cui all'art. 579 c.p., reputò operante l'esimente prevista all'art.51 c.p. "adempimento di un dovere", valutando la condotta del medico mera conseguenza del legittimo rifiuto del paziente del trattamento sanitario di sostegno vitale, legittimata dall'art.32 Cost.

Il giudice dell'udienza preliminare arrivò a tale assunto, come si deduce dalla parte motiva del provvedimento, sulla base anche dell'esperienza di vita personale di Piergiorgio Welby, al quale all'età di diciotto anni venne

---

<sup>132</sup> Il CBN ha nelle raccomandazioni del documento *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte* del 29/01/2016 al testo evidenziato però anche la necessità, a suo avviso, della presenza congiunta di tre elementi, affinché, al paziente possa essere operato un trattamento atto alla sedazione profonda e continua: la malattia inguaribile, o comunque in uno stato avanzato; imminenza della morte, per tale intendendosi tendenzialmente entro poche ore o giorni; presenza di uno o più sintomi, adeguatamente verificati, attestanti la refrattarietà alle terapie in corso oppure il verificarsi di eventi acuti terminali che adducano il paziente in uno stato di grave sofferenza psicofisica. Cfr. CANESTRARI V.S., *Principi di biodiritto penale*, pp. 67 e ss.

<sup>133</sup> EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n.219/2017 e la lettura del testo nell'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale dell'art.580 c.p.*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fascicolo n.2, 2018, cit. p. 418 e ss.

<sup>134</sup> CANESTRARI S., *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza al morire e l'aiuto al suicidio*, contributo in: *Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, ESI, Napoli, 2019.

<sup>135</sup> Ord. Di non luogo a procedere, trib. RM, n. 249 23/07/2007.

diagnosticata la distrofia fascio-scapolo-omerale, una malattia degenerativa dei muscoli scheletrici che li porta inevitabilmente ad una progressiva perdita di forza fino all'atrofizzazione, non comportando, però, pedissequa perdita delle funzioni intellettive. Nel 1997, arrivato allo stadio terminale della malattia, il sig. Welby venne tracheotomizzato e, da quel momento, salvi alcuni periodi in cui l'insufficienza respiratoria diede segni di miglioramento, egli visse grazie al sostegno della respirazione e dell'alimentazione artificiale. Anche ad oggi per questa patologia non esistono cure capaci di evitare l'insorgenza dei sintomi ma solamente terapie atte al trattamento del dolore o comunque di mero supporto fisico-riabilitativo e di contenimento dei sintomi refrattari.

Nel corso della sua vita Piergiorgio Welby si era inoltre prodigato, anche attraverso l'impegno politico presso l'associazione "Luca Coscioni", per promuovere iniziative di sensibilizzazione relative al tema dell'eutanasia e negli ultimi anni era giunto alla scelta personale di mettere fine alle proprie sofferenze, lasciandosi morire<sup>136</sup>. Per questo motivo nel 2006 egli adì al tribunale civile di Roma<sup>137</sup>, richiedendo, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., l'emissione di una misura cautelare d'urgenza che obbligasse i medici che lo avevano in cura a interrompere la respirazione artificiale tramite ventilatore polmonare, la quale terapia perpetrava contro la sua volontà, ottemperando in tal modo al legittimo rifiuto di proseguire il trattamento. Il Giudice, però, dichiarò il ricorso inammissibile in quanto ritenne la situazione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente un mero interesse semplice. Quest'ultimo, infatti, pur riconoscendo l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito di poter richiedere l'interruzione delle cure, non lo ritenne sufficiente per essere considerato base giuridica della pretesa adottata in giudizio in forza del rilievo che, in assenza di una specifica legislazione, dalla lettura organica l'ordinamento emergesse una complessiva contrarietà alla disponibilità della vita umana.

Posizione questa sindacata dal Giudice dell'udienza preliminare<sup>138</sup>, il quale ritenne non configurabile la lettura profilata dal Gip. Innanzitutto il Gip ritenne, per una considerazione di carattere generale, non accoglibile

---

<sup>136</sup> WELBY P., *Lasciatemi morire*, Rizzoli, 2006, in cui egli stesso inequivocabilmente rappresenta la sua volontà di rifiutare i trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale. "Io amo la vita. Il mio sogno è l'eutanasia." Messaggio al presidente della Repubblica, 22/9/2006.

<sup>137</sup> Trib. Roma, Ord. 16 dicembre 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 78, con nota di ALPA G., *Il danno da accanimento terapeutico*; in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 292, con nota di CAMPIONE R., «Caso Welby». *il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazione degli interpreti*.

<sup>138</sup> Dopo la morte di Piergiorgio Welby il 20/12/2006 con l'aiuto del dr. Riccio, medico anestesista rianimatore, a carico del quale venne attivato dalla procura di Roma un procedimento penale. A seguito delle indagini e di una perizia medico-legale sul corpo del sig. Welby, il PM formulò al Gip richiesta di archiviazione "ritenendo non rilevante penalmente la condotta del Riccio, in quanto egli aveva agito solo in ossequio della richiesta di interruzione della terapia formulata dal paziente, che a sua volta aveva esercitato un suo diritto riconosciuto e tutelato pienamente dall'ordinamento giuridico italiano". Il Gip rigettò la richiesta ritenendo procedibile il reato ex art. 579 cp. Ritenendo che: "il diritto alla vita nella sua sacralità, inviolabilità ed indisponibilità costituisce il limite per tutti gli altri diritti, che, come quello affermato dall'art. 32, Cost., sono posti a tutela della dignità umana", ravvisando altresì "alcun accanimento terapeutico, in quanto non era stata applicata alcuna terapia in senso stretto, non essendo qualificabile come terapia il mero sostegno vitale costituito dall'applicazione del ventilatore meccanico" e ribadendo, ai fini di una configurabilità del rifiuto, "la necessità di una disciplina normativa che preveda delle regole alle quali attenersi in simili casi, fissando in particolare il momento in cui la condotta del medico rientri nel divieto di accanimento terapeutico; ma, in assenza di disciplina, il principio di cui all'art. 32, Cost., non può essere riconosciuta un'estensione tale da superare il limite insuperabile del diritto alla vita"

andare a considerare una norma secondaria sufficiente a negare la base giuridica di un diritto costituzionalmente tutelato, in quanto, ammettendo ciò, si sarebbe quantomeno sovvertito l'ordine di gerarchia delle fonti<sup>139</sup>; successivamente, il giudice non ritenne condivisibile neanche la motivazione posta a base dall'inammissibilità della richiesta di interruzione del trattamento di respirazione artificiale, motivazione basata su una valutazione dell'esito letale di tale interruzione che, a parere del Gip, sarebbe stato come ammettere l'eutanasia. Tale condotta vietata dall'allora art.35 del Codice di Deontologia medica<sup>140</sup> “non può essere concettualmente assimilata all'espletamento di «un trattamento diretto a provocare la morte» del paziente poiché la prima costituisce mera cessazione di una terapia precedentemente somministrata mentre il secondo è l'attivazione ex novo di un intervento terapeutico finalizzato al decesso del paziente”. Il giudice, inoltre, dichiara insussistente annoverare come norma impeditiva dell'interruzione del trattamento la previsione contenuta nell'art. 37 del vecchio CDM<sup>141</sup>, il quale prevedeva l'obbligo del medico di “proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile”, ipotesi quest'ultima la quale *conditio sine qua non* è rappresentata dal consenso del paziente alla prosecuzione del trattamento. Difatti, la valutazione del medico, in merito all'opportunità di continuare il trattamento senza il consenso, agisce solamente nei casi in cui lo stato di coscienza del soggetto è compromesso e, dall'entrata in vigore della L.219/2017, in assenza di DAT in merito<sup>142</sup>. Ipotesi questa opposta alla situazione di Piergiorgio Welby, il quale rimase cosciente, mantenendo fermo il suo rifiuto. Infatti il giudice confutò, in tal senso, il “rischio di discrezionalità del medico”, addotto nelle motivazioni dei giudizi precedenti, affermando che: “la scelta di rifiutare o di interrompere o meno la terapia [...] spetta e deve essere esercitata unicamente dal titolare del diritto e segnatamente dal paziente”. Infatti, nel caso di specie, “il medico si è limitato a controllare la sussistenza di una richiesta consapevole e informata in Piergiorgio Welby e, soltanto dopo, ha proceduto ad interrompere la terapia, così come gli era stato richiesto” per cui la condotta, non è stata mossa da una scelta discrezionale del

---

inoltre la “possibilità che l'attuazione di un diritto, in assenza di una disciplina normativa, sia rimessa alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta, si è rivelato fondato”.

<sup>139</sup> Ord. Di non luogo a procedere, trib. RM, n. 249 23/07/2007: “quando si riconosce l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale quello di «autodeterminazione individuale e consapevole» in materia di trattamento sanitario, non è, poi, consentito lasciarlo senza tutela, rilevandone, in assenza di una normativa secondaria di specifico riconoscimento, la sua concreta inattuabilità sulla scorta dell'esistenza di disposizioni normative di fonte gerarchica inferiore a contenuto contrario” in quanto “non è consentito disattendere l'applicazione di una norma costituzionale sulla scorta dell'esistenza di norme contrastanti di valore formale inferiore” e “non si può lasciare inattuato un principio costituzionale e senza tutela giuridica il diritto soggettivo che da esso discende”.

<sup>140</sup> Oggi art.36 CDM.

<sup>141</sup> Oggi art.37 CDM:

<sup>142</sup> Ord. Di non luogo a procedere, , in cui il Gip rispetto all' art.37 CDM sottolinea che la norma sia “esplicitamente riferita al «caso di compromissione dello stato di coscienza» del paziente, che è ipotesi del tutto diversa rispetto al caso in esame, nel quale Piergiorgio Welby è stato fino all'ultimo cosciente” e conclude ritenendo che “l'esercizio del diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario, allo stato della legislazione, non ha come presupposto necessario la sussistenza di una situazione riconducibile ad una condizione qualificabile come accanimento terapeutico”.

medico, ma realizza un legittimo diritto del paziente al rifiuto di qualsiasi trattamento anche qualora questo lo mantenga in vita<sup>143</sup>.

Centrale nella disamina del giudice è stato il riconoscimento dell'esistenza di un diritto della persona a rifiutare o interrompere le terapie mediche, discendente dal principio enunciato dal secondo comma dell'art. 32, Cost. Tale diritto, riconosciuto dalla norma prima dell'ordinamento, “nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria, sostanziandosi in una pretesa di astensione, ma anche di intervento se ciò che viene richiesto è l'interruzione di una terapia, da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione.”<sup>144</sup>

Dopo aver riconosciuto la legittimità della richiesta del paziente di interrompere un trattamento di sostegno vitale, il giudice, però, annovera una serie di requisiti che devono necessariamente accompagnare la manifestazione di volontà, soprattutto nei casi in cui a rifiutare il trattamento sia un soggetto particolarmente vulnerabile, affetto da una malattia che con l'assenza della cura porti inevitabilmente all'evento morte. Tali requisiti sono frutto di una assimilazione di concetti già espressi dalla giurisprudenza costituzionale e poi fatti propri anche dalla legge 219/2017, riguardanti il consenso-rifiuto il quale deve essere: informato, consapevole ed autentico, personale, attuale e modificabile in qualsiasi momento<sup>145</sup>.

In tal caso il paziente, quindi, essendo nella piena capacità di intendere e di volere, richiede di vedersi riconosciuto un suo diritto soggettivo. Il fatto che dall'interruzione del trattamento derivi una conseguenza letale, infatti, non costituisce presupposto per l'esperimento della discrezionalità legislativa. Invero, il testo

---

<sup>143</sup> Il Gup configurare il caso in esame come accanimento terapeutico, anche se per motivi diversi rispetto a quelli addotti in giudizio in quanto afferma che “il mantenimento della terapia di ventilazione assistita, nonostante il dissenso del malato, non può essere giuridicamente qualificato come accanimento terapeutico [...], bensì come violazione di un diritto del paziente, costituzionalmente garantito, che aveva espresso la sua volontà consapevole ed informata di interruzione della terapia in atto”. A prescindere dal tale distinguo “non è l'esistenza dell'accanimento terapeutico a connotare di legittimità la condotta del medico che faccia cessare la terapia di sostegno vitale; bensì è la volontà espressa dal paziente di voler interromperla ad escludere la rilevanza penale della condotta del medico che interrompa il trattamento”.

<sup>144</sup> Il Gup nell'ord., trib. RM, n. 249 23/07/2007, sottolinea come: “alla luce del dettato chiarissimo dell'art. 32 comma 2, della Costituzione, nonché alla luce dell'interpretazione che di esso è stata data dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non possano, in nessuna sede, essere disattesi il riconoscimento e la tutela del diritto all'autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario, diritto che contempla ovviamente anche il caso di rifiuto di nuova terapia e lo speculare caso di interruzione della terapia già iniziata [...] il diniego di sottoporsi a cure o la loro interruzione rappresenta una facoltà riconosciuta all'individuo che non può essere negata o ostacolata, sempre che sia stato preventivamente accertato che la volontà del soggetto sia stata espressa liberamente e con piena informazione”.

<sup>145</sup> Secondo il Gup nell'ord., trib. RM, n. 249 23/07/2007, “il rifiuto di una terapia o il rifiuto di continuarla deve innanzitutto essere personale, ovvero deve promanare dal titolare stesso del diritto alla vita che potrebbe essere pregiudicata o che sarà pregiudicata”, “per essere valido deve essere consapevole ovvero informato, incidendo esso su diritti essenziali dell'individuo” inoltre “il rifiuto deve essere autentico ovvero non apparente, non condizionato da motivi irrazionali, [...] deve essere effettivamente attribuibile alla volontà del soggetto e quindi non frutto di costruzione o di suggestione di alcun tipo esercitata da terzi, nonché deve essere strettamente collegato a concrete situazioni personali del malato”. In fine è necessario che il “rifiuto sia reale e, segnatamente, sia compiutamente e chiaramente espresso e non sia semplicemente desumibile dalle condizioni di sofferenza o dalla gravità del male” e che vi sia “attualità del rifiuto, non essendo sufficiente che la persona abbia espresso precedentemente la sua volontà in tal senso”. Infatti “rifiuto di una terapia salvavita può essere revocato in qualsiasi momento e quindi deve persistere nel momento in cui il medico si accinge ad attuare la volontà del malato”.

costituzionale in tal caso non lascia margine all'intervento di una valutazione di opportunità compiuta dal legislatore, anzi ne delimita l'operato in materia di trattamenti sanitari obbligatori in maniera stringente, costruendo un rapporto di regola ad eccezione tra la facoltà di sottoporsi a qualsiasi trattamento e obbligatorietà di sottoporsi ad un determinato trattamento.

Considerando anche la puntualità della norma costituzionale, diversa è la situazione che si verifica qualora le circostanze di fatto non integrino gli elementi essenziali previsti per l'operatività dell'art. 32 Cost., situazione questa che consiste nel redigere un atto dispositivo contenente le proprie volontà terapeutiche future. Tale situazione, difatti, se pur analoga, non può essere considerata coincidente, in quanto, scegliere di determinarsi attraverso le DAT non rappresenta un esperimento postumo del consenso informato. Questo è reso evidente dall'analisi della norma costituzionale, la quale riguarda un diritto di libertà e, proprio per questo, interpretare un contegno attivo richiesto al personale sanitario come un rifiuto attuale del consenso sarebbe improprio per la fisionomia stessa dell'atto.

Altro elemento rilevante in questo caso è rappresentato dalla richiesta stessa di Piergiorgio Welby. Quest'ultimo chiedendo l'interruzione del trattamento di sostegno vitale ai medici che lo tenevano in cura,<sup>146</sup> chiedeva altresì di poter terminare la propria esistenza in maniera dignitosa. Questo perché, qualora avesse interrotto la respirazione artificiale senza l'aiuto dal personale sanitario, sarebbe andato incontro a morte per soffocamento. Il dottor Riccio, infatti, ha compiuto il distacco del paziente dal macchinario per la respirazione artificiale dopo una sedazione palliativa profonda, che ha permesso a Piergiorgio Welby di porre fine alla propria vita senza patire questa traumatica esperienza. Il gesto compiuto dal medico di somministrare la cura palliativa al paziente prima di compiere la sua volontà di interrompere il trattamento di sostegno vitale, però, non consiste in un mero atto di buona carità, ma in un dovere sorgente in capo allo stesso di non abbandonare il paziente<sup>147</sup> fino alla fine della sua vita, e di rivolgere le cure al suo benessere psicofisico, anche quando queste sono volte solamente ad evitarne le sofferenze.

## 1.2. Il caso Englaro

La sentenza della Cassazione n. 21748 del 2007 è una sentenza la cui trattazione riveste particolare importanza, non solo per la sua notorietà, ma anche, e soprattutto, perché rappresenta sotto molti aspetti l'antesignano della legge n. 219/2017 sulle disposizioni anticipate di trattamento.

---

<sup>146</sup> Chiedere l'aiuto della madre Piergiorgio Welby avrebbe creato i presupposti per un caso simile al caso *Petty c. UK* portato all'attenzione della Corte EDU il 29/04/2002, in cui la ricorrente chiedeva allo Stato di permettere al marito di aiutarla a morire e di conseguenza di consentire un'atipicità del sistema ordinamentale del tutto peculiare, creando una sorta di causa di non punibilità per il reato previsto dal *Suicide Act*, legittimata da una norma sovranazionale (nella specie -a parere della ricorrente- artt.2,3,8 CEDU). Tale adempimento statutale è molto più complesso dal punto di vista della legittimità rispetto a quello stante nel richiedere di ottemperare ad un obbligo costituzionalmente previsto.

<sup>147</sup> Disposizioni contenute nel Capo V del nuovo codice di deontologia medica, nella formulazione precedente contenute negli artt.35 e ss. CDM.

La pronuncia muove dal caso di Eluana Englaro, che a causa di un incidente stradale riportò lesioni cerebrali gravi al punto che, uscita dal coma farmacologico, non riprese coscienza, restando in stato vegetativo irreversibile. Una volta presa coscienza dell'irreversibilità della situazione, i familiari di Eluana Englaro chiesero la sospensione dei trattamenti sanitari che artificialmente la tenevano in vita, con l'intento di rispettare in tal modo la volontà della ragazza, la quale precedentemente al verificarsi dell'evento, aveva manifestato la sua contrarietà all'accanimento terapeutico.

Con decreto del 2 marzo 1999 il Tribunale di Lecco dichiarò inammissibile la richiesta di sospensione dei trattamenti, adducendo a motivazione l'indisponibilità del diritto alla vita, la vicenda però non si concluse con tale rigetto, ma questo segnò l'inizio di un lungo iter giurisprudenziale che arrivò fino al giudizio della Corte di Cassazione<sup>148</sup>, il cui impianto argomentativo può essere considerato, sotto molti aspetti, l'antesignano della legge n. 219/2017.

La Corte in tale sentenza compie un'ampia disamina del diritto del paziente a rifiutare di prestare il consenso ad un dato trattamento sanitario, anche qualora quest'ultimo sia fondamentale per il mantenimento in vita dello stesso e anche se il soggetto, a causa di una situazione sopravvenuta che lo abbia portato ad incapacità, non sia in grado di prestare il proprio consenso. Entrambi temi oggetto della sopracitata legge.

In particolare, nella parte motiva viene rimarcata la correlazione tra consenso informato e possibilità di rifiutare le terapie, anche nella fase terminale della malattia. La Corte ribadisce che, qualora ci sia una volontà informata, autentica ed attuale, non sia configurabile un dovere di curarsi. Tale possibilità è conforme, secondo i giudici, al principio personalistico che anima la Costituzione<sup>149</sup>, perciò è escluso che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite nel fatto che da esso consegua il sacrificio della vita. Il diritto del singolo alla salute, come tutti i diritti di libertà, infatti, 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". Questo, però, non comporta identificare il rifiuto delle cure salvavita all'eutanasia, in quanto il rifiuto del trattamento esprime la volontà del paziente che la sua malattia segua il proprio corso naturale, al contrario di quanto invece richiesto nell'istanza eutanasi, la quale prevede la somministrazione di un farmaco atto a cagionare la morte del soggetto in maniera immediata.

Sulla base di questo impianto argomentativo, la Corte affronta un tema cruciale, ovvero quello relativo al soggetto incapace che non abbia anticipatamente manifestato per iscritto la sua volontà, componendo le diverse istanze per il tramite di una analisi ispirata ai principi generali dell'ordinamento<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>149</sup> Il principio personalistico concepisce la persona portatrice di valori morali in quanto tale, poiché intrinsecamente connessi al solo fatto di essere umana e, per ciò, vieta ogni forma di "strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo e assorbente". La Costituzione "concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa". Cit. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>150</sup> "Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso



La Corte di Cassazione, pur in assenza di una specifica disciplina legislativa, statuisce che “il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”. I giudici di legittimità individuano nel tutore il soggetto a cui demandare il ruolo di interloquire con il personale medico, data l’incapacità della paziente, dovuta ad irreversibile stato vegetativo. Questo in quanto tra i compiti del tutore non vi è solo la mera gestione di interessi patrimoniali, ma anche la cura della persona. Tuttavia non è possibile trasferire sul tutore un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. La natura personalissima del diritto alla salute impone, invero, dei limiti all’operato del rappresentante, il quale deve agire “con” l’incapace e non “per” l’incapace<sup>151</sup>. Essenziale a tal fine, quindi, è prendere in considerazione la volontà della paziente, già adulta prima del sopravvenire dello stato di incoscienza, di modo che questa possa essere ricostruita in maniera corrispondente al suo modo di concepire “l’idea stessa della dignità della persona”.

Altro aspetto di continuità con la legge 219/2017 è la qualificazione dell’alimentazione e idratazione artificiale come trattamenti sanitari<sup>152</sup>. Conformemente a quanto indicato nella parte motiva della sentenza, la Corte statuisce che esula dalla competenza del giudice il potere di ordinare il distacco del sondino naso-gastrico, ma è configurabile un controllo sulla legittimità dell’esercizio del potere di rappresentanza. Vengono a tal fine indicati dei criteri direttivi necessari per determinare l’esito positivo di tale controllo: la ricorrenza di stato vegetativo irreversibile e un’istanza espressiva della volontà del rappresentato, dalla quale emergano la sua personalità, i suoi convincimenti e il suo stile di vita. Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte cassa la sentenza d’appello per la non attinenza a quanto statuito<sup>153</sup>.

---

quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza” Cit. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>151</sup> “Nel consentire al trattamento medico e nel dissentire alla 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”, 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” Cit. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>152</sup> Vengono qualificati come “trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere dai medici, anche se poi proseguito da non medici”, differentemente da quanto considerato dal ddl. Calabrò.

<sup>153</sup> La sentenza animò, non solo l’opinione pubblica ma anche la dottrina. Il principale aspetto problematico ravvisato fu relativo all’aver fatto ricorso, in mancanza di dichiarazioni chiare ed univoche, ad una “presunzione di consenso”, fondata su elementi con basso grado di affidabilità processuale, quali i convincimenti e lo stile di vita, formulati in un’epoca risalente in cui la paziente era pienamente in salute. In mancanza di una scelta esplicita, univoca e pienamente consapevole dell’interessato, sembrò ardito a gran parte della dottrina rimettere una decisione tanto delicata al rappresentante legale. Opinione sostenuta tra gli altri da VERDICCHIO V., *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jusconditum e juscondendum)*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2/2017, pp. 637 e ss., ed in particolare pp. 656 e ss.

### 1.3. L'accanimento terapeutico e l'eutanasia

I casi di Eluana Englaro e Piergiorgio Welby hanno concorso a portare all'attenzione dell'opinione pubblica il tema dell'eutanasia. Questo termine, come è deducibile suggestivamente dalla radice etimologica, dal greco εὐθανασία, letteralmente “buona morte”, va ad indicare l'atto che porta alla fine della vita, attuato con l'aiuto di un terzo, senza cagionare sofferenza a colui che vi si sottopone.

In realtà, però, per ciò che attiene al significato letterale della parola, non esiste una definizione univoca di “buona morte”, questa differisce a seconda del significato che alla morte stessa si vuole attribuire, per le maggiori religioni monoteiste, ad esempio, questa non segna la fine dell'esistenza, ma solo la fine della vita terrena, ed è considerata “buona” quella morte che, sopravvenendo spontaneamente, porta alla gloria divina. Cosa significa la morte non ha interessato, tuttavia, solo la religione o la letteratura e la filosofia<sup>154</sup>, ma anche la scienza. Difatti, a seguito della diffusione della pratica della ventilazione meccanica, nel 1968 l'università di Harvard, per la prima volta, elaborò dei criteri atti ad accertare la morte celebrale. Successivamente l'Accademia Scientifica convenne nell'identificare la morte medica con la morte encefalica, ovvero la cessazione irreversibile delle funzioni cerebrali.<sup>155</sup>

Prescindendo dal significato letterale, poi, la dottrina è solita distinguere, muovendo da un approccio teleologico, varie forme di eutanasia: l'eutanasia eugenica, finalizzata al perfezionamento dell'evoluzione della specie umana; l'eutanasia profilattica, atta ad evitare la diffusione pandemica; l'eutanasia solidaristica, volta a tutelare la salute della collettività attraverso l'esportazione di organi dal soggetto; l'eutanasia economica, finalizzata al contingentamento demografico; l'eutanasia sperimentale, diretta al progresso del sapere scientifico; e l'eutanasia terapeutica, che consiste nel determinare la morte di soggetti malati in stato di profonda sofferenza per finalità mediche<sup>156</sup>. Quest'ultima forma è quella che più rileva in tale sede.

Nell'ambito dell'eutanasia terapeutica si operano, inoltre, ulteriori differenziazioni dottrinali, le quali sono mutate sull'intervento dell'agente, l'atto in questione, infatti, comporta necessariamente l'intervento di un terzo altrimenti si tratterebbe di mero suicidio. L'eutanasia, quindi, può essere attiva o passiva, a seconda, rispettivamente, dell'intenzionalità o meno del cagionare la morte; commissiva o omissiva, a seconda della condotta posta in essere e, in fine, volontaria, quando vi è il consenso del paziente, o involontaria, in assenza

---

<sup>154</sup> Molti sono i filosofi e i letterati che si sono interrogati sulla morte, da Seneca (“*In questo noi ci sbagliamo, nel vedere la morte davanti a noi, gran parte di essa è dietro di noi*” - *Epistulae morales ad Lucilium; De brevitae vitae*) a Leopardi, per cui la morte rappresenta una liberazione dalla sofferenza (il “*Dialogo di Tristano e di un amico*”, *Operette Morali*), fino ad Heidegger, per cui è “Esserci” (“la morte è come fine dell'Esserci, la possibilità dell'Esserci più propria, incondizionata, certa[...]indeterminata e insuperabile”, *L'esserci per la morte*).

<sup>155</sup> Le considerazioni dell'università di Harvard furono oggetto di dibattito, tra coloro i quali, come Shumway, accolsero i criteri di Harvard e altri, come Franche che invece vollero distinguere la morte in: a) relativa, quando le funzioni nervose, cardiocircolatorie e respiratorie sono in grado di riprendere; b) intermedia, quando le funzioni cessate sono irrecuperabili; c) assoluta, quando tutte le cellule sono morte. Prima del 1968 veniva dichiarato medicalmente deceduto colui il quale, in assenza di respiro e battito cardiaco, non rispondeva positivamente alle sollecitazioni Cfr. GIUSTI G., *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*. Edizioni Cedam, Padova, 1982, pp. 62 e ss.

<sup>156</sup> ROSSI S., *Corpo (Atto di disposizione sul)*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, Appendice di aggiornamento VII, Torino, 2012, nota n. 212, p. 246.

del consenso<sup>157</sup>. Rispetto a tali classificazioni analitiche, però, la stessa dottrina sottolinea come spesso i confini tra le varie forme non sono così netti. Difatti a rilevare concretamente, in una materia i quali margini delimitativi si mostrano così rarefatti, è la possibilità concreta di esercitare il diritto all'autodeterminazione in merito alla cessazione della propria esistenza. In tale frangente a rilevare è un'ultima importante distinzione che, però, non attiene alla categorizzazione formale della fattispecie, ma all'ordinamento stesso in cui questa si inserisce; a tal fine si distingue tra ordinamenti a modello aperto, e quelli a modello chiuso. Punto comune tra i due modelli ordinamentali è l'esistenza di una limitazione alla pratica eutanasi, rispettivamente relativa o assoluta. Il *discrimen* sta nel fatto che, mentre negli ordinamenti a modello aperto è configurabile un "diritto di morire", ma questo è subordinato ad un'espressa e manifestata volontà dal paziente, alla sussistenza di malattie terminali e al rispetto di determinate procedure; negli ordinamenti a modello chiuso, come l'Italia, non è riconosciuto un analogo diritto, neppure con le opportune limitazioni, ma unicamente il diritto di rifiutare le cure, anche quando queste siano essenziali per il mantenimento in vita del paziente<sup>158</sup>, situazione quest'ultima non passibile di analogia con la prima. Tanto è vero che il fatto che un soggetto sia privato, per suo rifiuto, di un trattamento di sostegno vitale, non significa che su esso sia stata praticata eutanasi. Infatti, la condotta del personale sanitario atta a separare il soggetto dal macchinario che lo teneva in vita, andando a realizzare una volontà dello stesso, rappresenta l'esternalizzazione del diritto del paziente al rifiuto del trattamento riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione.

La stessa normativa in materia di disposizioni anticipate di trattamento non prevede la possibilità di determinarsi della persona in luogo dell'eutanasi, così come medicalmente intesa, ovvero sia la facoltà di esprimere la propria volontà relativamente al fatto che, una volta sopravvenuta incapacità, sia somministrato al disponente un farmaco idoneo a cagionarne la morte. L'elemento distintivo, quindi, tra liceità ed illiceità è costituito, non tanto dalla condotta in sé considerata come attiva o passiva, quanto più dal nesso che tra questa e un dato trattamento medico-terapeutico si va ad instaurare. Come ha mostrato il caso Welby, in cui il malato ha revocato il consenso al trattamento di ventilazione artificiale, sebbene la morte sia intervenuta a seguito di condotta commissiva (la disattivazione del respiratore automatico), il comportamento del medico deve ritenersi lecito, essendo quella condotta conseguenza del rifiuto del malato alla prosecuzione del trattamento sanitario. A venire in rilievo è, quindi, che vi sia, da una parte, la potenziale eventualità di effettuare un trattamento sanitario, e dall'altra la decisione di non effettuarlo, o per il rifiuto del consenso da parte del paziente, o perché questo non ha utilità alcuna.

Il paziente, attraverso lo strumento delle DAT o non prestando il proprio consenso informato, è legittimato a rifiutare, infatti, l'accanimento terapeutico, il quale consta nella somministrazione di trattamenti da cui non possa ragionevolmente essere atteso un beneficio per la salute del malato o un miglioramento della qualità

---

<sup>157</sup>Distinzioni operate tra altri da CHECCOLI T., *Profili costituzionali dell'eutanasi*, in BRECCIA U., PIZZORUSSO A., *Atti di disposizione del corpo*, a cura di Romboli R., Pisa, 2007, p. 302.

<sup>158</sup>CASONATO C., *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in il Mulino, 2017, pp. 597-604.

della vita dello stesso<sup>159</sup>. Se, infatti, l'eutanasia non è preveduta dall'ordinamento italiano, il rifiuto dell'accanimento terapeutico costituisce un legittimo esercizio delle facoltà del disponente, anche ove espresso nelle DAT, in quanto, oltre a prende in considerazione cure che si manifestano come sproporzionate rispetto al beneficio ricavato per la salute, comunque si esprime nell'esercizio di una discrezionalità consentita al paziente e posta anche a salvaguardia della sua stessa dignità. L'accanimento terapeutico è difatti vietato, non solo dai precetti morali della religione cattolica<sup>160</sup>, ma anche dal codice di deontologia medica<sup>161</sup>. In tal caso, la persona che si sottrae all'accanimento terapeutico, o a qualsiasi trattamento di sostegno vitale, anche in via anticipata, non esercita il suo diritto a morire, ma il diverso diritto al rifiuto di una terapia o presidio che prolunghi la sua esistenza artificialmente, rallentando o impedendo il normale decorso della malattia che lo affligge.

## 2. Ricostruzione della vicenda

L'intervento additivo della Corte costituzionale ha tratto origine dai dubbi di legittimità relativi all'art.580 c.p. sollevati dalla Corte di Assise di Milano<sup>162</sup> in luogo del processo a carico di Marco Cappato. Tale caso muove

---

<sup>159</sup> Il Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, con documento del 1995, definisce l'accanimento terapeutico come: "Trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunge 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 risulta chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica". Tuttavia la complessità del concetto di distanasia non si presta ad una definizione esaustiva estendibile univocamente ad ogni situazione; considerando che il giudizio sull'adeguatezza o meno del tipo di intervento deve essere espresso dal medico, con una valutazione caso per caso alla base della quale vi sono le conoscenze, il progresso tecnico-scientifico e l'esperienza medica. Le linee guida in merito comunque evidenziano alcuni elementi dai quali può desumersi una futilità del trattamento quali: documentata inefficacia e/o inutilità della terapia; non proporzionalità dei mezzi terapeutici rispetto agli obiettivi che permettono di raggiungere; somatizzazione del paziente della terapia o degli interventi come una "violenza terapeutica".

<sup>160</sup> Cfr. CANONICO M., *Eutanasia e testamento biologico nel Magistero della Chiesa cattolica*, in Dir. Fam. Pers, 2010, pp. 335 ss., il quale, citando il Magistero ecclesiastico di Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, 25/02/ 1995, n. 65, ricorda che dall'eutanasia "va distinta la decisione di rinunciare al cosiddetto accanimento terapeutico [...]. Si dà certamente l'obbligo morale di curare e di farsi curare, ma tale obbligo deve misurarsi con le situazioni concrete; occorre, cioè, valutare se i mezzi terapeutici a disposizione siano oggettivamente proporzionati alle prospettive di miglioramento. La rinuncia a mezzi straordinari o sproporzionati non equivale al suicidio o all'eutanasia; esprime, piuttosto, l'accettazione della condizione umana di fronte alla morte" p. 335.

<sup>161</sup> Art. 14 codice di deontologia medica: "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." Questo articolo insieme agli artt. 36 e 37 (rispettivamente riguardanti eutanasia e assistenza al malato inguaribile) costituisce regola di base del dovere del medico di fronte al malato inguaribile. Questo articolo in particolare è espressivo del valore, costante in tutto il CDM., del rispetto della personalità del malato e al rapporto paritario medico-paziente. Questo vieta l'accanimento diagnostico terapeutico consistente nel praticare trattamenti non funzionali né a salvare la vita del paziente né a migliorarne la qualità. Mentre il concetto di accanimento terapeutico attiene alla pratica di una terapia, quello di accanimento diagnostico si realizza quando il medico, pur in presenza di una prognosi definita che accerti la fatalità della condizione clinica del paziente, continui a sottoporlo ad esami inutili per l'accertamento della malattia o del suo progresso. A tal fine la soluzione prospettata in caso di certa prognosi che infausta dal cod. deont. è prevista all' art.37: "In caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve limitare la sua opera all'assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutili sofferenze, fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita. In caso di compromissione dello stato di coscienza, il medico deve proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile".

<sup>162</sup> Cort. Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018 di rimessione alla Corte Cost. per l'illegittimità dell'art.580 c.p. rispetto agli artt.3, 13, 117,25 co. 2, 27 co.3 Cost., ravvisando altresì un contrasto con gli artt.2 e 8 CEDU.

dalla vicenda di Fabiano Antoniani, noto come Dj Fabo, il quale, nel giugno 2014, a seguito di un grave incidente automobilistico, rimase tetraplegico, affetto da cecità permanente, non autonomo nell'espletamento delle funzioni vitali e in stato di costante e acuta sofferenza<sup>163</sup>. Nella consapevolezza dell'irreversibilità della sua condizione, avendo conservato intatte le facoltà intellettive, egli espresse la volontà di porre fine alla sua esistenza recandosi all'estero per essere assistito nella morte volontaria. Venuto in contatto con Marco Cappato, a fronte della refrattarietà dei suoi cari nell'appoggiarlo, Fabiano Antoniani gli richiese aiuto per realizzare tale proposito e questi, dopo avergli prospettato inizialmente la possibilità di interrompere i trattamenti di sostegno vitale in Italia, con contestuale sottoposizione a sedazione profonda, decise di assecondare le sue richieste e di accompagnarlo in una struttura specializzata in Svizzera, ove il 27 febbraio 2017 si è compiuto, due giorni dopo il ricovero, il suicidio, intervenuto a seguito della verifica, da parte del personale della clinica, delle sue condizioni di salute, del permanere del consenso e della capacità di assumere in via autonoma il farmaco letale<sup>164</sup>.

Marco Cappato, una volta ritornato in Italia, si autodenunciò ai Carabinieri di Milano che attivarono le indagini a suo carico, a seguito delle quali la Procura richiese l'archiviazione, ritenendo la condotta non punibile. Quest'ultima, però, ravvisando delle perplessità sulla costituzionalità dell'art. 580 c.p., richiese, altresì, che potesse essere portata all'attenzione della Corte costituzionale la questione di legittimità relativa a tale articolo. Il giudice delle indagini preliminari, tuttavia, rigettò entrambe le richieste, disponendo, ai sensi dell'art. 409, co. 5 c.p.p., la formulazione dell'imputazione avverso Marco Cappato, il quale venne chiamato a rispondere, davanti alla Corte di Assise di Milano, della condotta di istigazione ed aiuto al suicidio per aver rafforzato il proposito e materialmente agevolato l'esecuzione del suicidio di Fabiano Antoniani<sup>165</sup>.

La legittimità dell'art. 580 c.p., però, venne messa in discussione anche dalla Corte di Assise di Milano con riferimento a diversi articoli della Costituzione, per la conformazione stessa della norma, la quale, a parere dei giudici, poneva in essere un'impropria equiparazione, a livello applicativo e di trattamento sanzionatorio, di due condotte dissimili, quali l'istigazione e l'aiuto al suicidio<sup>166</sup>. A tale dubbio la Corte rispose con l'ordinanza

---

<sup>163</sup> D'AMICO M., *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 11/2017.

<sup>164</sup> Verifica necessitata dal fatto che il suicidio si è realizzato per mano dello stesso Fabiano Antoniani ed è avvenuto azionando con la bocca uno stantuffo, attraverso il quale è stato iniettato intra vena il farmaco letale.

<sup>165</sup> Marco Cappato, difatti, essendo Dj Fabo, materialmente impossibilitato a recarsi autonomamente in Svizzera, lo ha accompagnato utilizzando un'auto medica attrezzata per il trasporto di soggetti affetti da patologie che li obbligano, per rimanere in vita, a rimanere attaccati a macchinari per alimentazione e respirazione artificiale.

<sup>166</sup> La Corte di Assise di Milano solleva dubbi di conformità dell'art. 580 cp. nella parte in cui: 1) "incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13 comma 1 e 117 Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea Diritti dell'Uomo"; 2) "prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della 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.". Sull'ordinanza di rimessione, nella prospettiva costituzionalistica: D'AMICO M., *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, pp. 737 ss.; PELLIZZONE I., *Aiuto al suicidio, dal codice Rocco alla Carta costituzionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza penale Riv. web*, 17

n. 207 del 2018<sup>167</sup>, il quale contenuto è richiamato espressamente nel “Considerato in diritto” della sentenza n. 204 del 2019.

La Corte, in tale ordinanza, ha dapprima chiarito come la tesi dell’illegittimità costituzionale, così come sostenuta dal giudice a quo, non potesse essere condivisa, in quanto prevedente un’incompatibilità assoluta dell’art.580 c.p. con le norme costituzionali. All’opposto, a parere della Consulta, l’incriminazione dell’aiuto al suicidio non è di per sé incompatibile con la Costituzione, ma anzi trova una giustificazione nella finalità di tutela, avvertita dall’ordinamento, dei soggetti più vulnerabili<sup>168</sup>. Nello specifico, i Giudici costituzionali, sottolinearono il fatto che la fattispecie di reato non possa essere ritenuta in contrasto né con il diritto alla vita, addotto come parametro di incostituzionalità dalla Corte d’Assise rispetto agli artt. 2 Cost. e 2 CEDU, né con il “diritto all’autodeterminazione individuale”, riferibile anche al bene della vita, fatto discendere dal remittente dagli artt. 2 e 13, co. 1, Cost., o tantomeno possa essere considerata collidente con il “diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata” di cui all’art. 8 CEDU.

Ciò nonostante, la Corte ravvisa come possano verificarsi situazioni di fatto non previste né prevedibili al tempo dell’introduzione della norma<sup>169</sup>, tali da incrinare il rapporto tra la previsione del reato di cui all’art.580 c.p. di aiuto al suicidio e le disposizioni costituzionali. Inoltre, al paziente soggetto a trattamenti di sostegno vitale in condizioni di irreversibilità della malattia è prospettata anche la possibilità di richiedere l’interruzione dei trattamenti in atto e la contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Richiesta, quest’ultima,

---

settembre 2018, TRIPODINA C., *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”?* Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2018, 139 ss.

<sup>167</sup> Approfonditamente trattata, sia dal punto di vista penalistico che costituzionalistico, nel volume: *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di MARINI F.S. e CUPPELLI C., Napoli, 2019.

<sup>168</sup> Corte cost. ord. n. 207 del 2018, in cui la corte afferma che la previsione delittuosa dell’art. 580 c.p. sia, in realtà, giustificata in quanto “proteggere il soggetto da decisioni in suo danno”, creando una “«cintura protettiva», inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con lui”.

<sup>169</sup> Corte cost. ord. n. 207 del 2018, sottolinea come il naturale decorso del tempo abbia fatto emergere situazioni “inimmaginabili all’epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali”, nelle quali l’incriminazione dell’aiuto al suicidio collide con i principi costituzionali, facendo cedere “le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell’aiuto al suicidio”. Per sottolineare l’eventualità del verificarsi di queste situazioni la Corte muove dalla vicenda di Fabiano Antoniani, che rappresenta pretesto del giudizio, e fa riferimento a diverse eventualità quali ad esempio quelle in cui a essere agevolato a terminare la sua vita sia un soggetto affetto da una patologia inguaribile -o comunque in una situazione di irreversibilità- che patisca acute sofferenza psico-fisica, che egli percepisce come intollerabili, il quale soggetto, nonostante sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale, resti capace di elaborare in maniera libera e consapevole la sua volontà; in queste circostanze, “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.”

non solo legittima, ma anche vincolante verso i terzi, come riconosciuto dall' art.32 Cost. a parere della stessa giurisprudenza costituzionale<sup>170</sup>, dai giudici ordinari<sup>171</sup> e da ultimo dalla legge n. 219/2017.

La Consulta, difatti, sancisce illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., sulla base di diversi presupposti logico-argomentativi, sottolineando, in primo luogo, come il valore primario riconosciuto alla vita non preveda l'inibizione del legittimo rifiuto a sottoporsi alle cure, diritto costituzionalmente tutelato dall'art.32 Cost., il quale, al contrario, prevede un obbligo di non ingerenza in tali determinazioni terapeutiche, non ingerenza che tal volta necessita di essere accompagnata da una condotta attiva, sul piano meramente naturalistico, da parte di terzi, come il distacco o lo spegnimento di un macchinario al quale viene accompagnata la somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore, in quanto nella maggior parte dei casi è materialmente impossibile per il paziente provvedere all'autonomo distacco<sup>172</sup>.

Da ciò la Corte fa discendere il fatto che la previsione del reato di aiuto al suicidio, a queste circostanze perda il suo valore di garanzia dei soggetti più vulnerabili, se pur vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze non possano non essere considerati tali, nel momento in cui non ci sia un pericolo dal quale tutelarli. Difatti, la Corte rimarca come, una volta che l'ordinamento consideri il paziente soggetto ad un trattamento di sostegno vitale "in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento" non si veda la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri". La Consulta traccia, quindi, da qui il margine di incompatibilità fra il divieto assoluto di aiuto al suicidio e la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, la quale in tal modo risulta "ingiustificatamente nonché irragionevolmente" limitata dalla previsione di "un'unica modalità -lecita- per congedarsi dalla vita". Una volta perimetrata l'area d'illegittimità, la Corte costituzionale, non procede a secca declaratoria di incostituzionalità, ma rinvia al parlamento per non rischiare di creare un vuoto normativo e contestuale rischio di abusi a carico dei soggetti più fragili<sup>173</sup>. A tal proposito, quindi, vengono proposti, dalla stessa Corte, diversi profili, "ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali", rispetto ai

---

<sup>170</sup> In particolare, con riferimento al peso e al valore del consenso informato nell'ambito del trattamento sanitari: Corte cost., sent. 23 dicembre 2008, n. 438. e Corte cost., sent. 26 giugno 2002, n. 282, ivi, 2002, 2012 ss.

<sup>171</sup> In riferimento particolarmente Cass. Sez. I civile, 4 ottobre 2007 con la Corte di cassazione, nella vicenda Englaro, ha autorizzato, nell'ottobre del 2007, la sospensione di nutrizione e idratazione artificiali della paziente incapace; e la sent. 23 luglio 2007, n. 2049 con cui il GUP presso il Tribunale di Roma il 23 luglio del 2007 ha deciso il caso Welby, prosciogliendo l'anestesista Mario Riccio dall'imputazione di omicidio del consenziente.

<sup>172</sup> Corte Cost. ord. n. 207 del 2018, in cui la corte sottolinea come l'attribuzione di un valore prioritario alla vita da parte della Costituzione "non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari [...] non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale".

<sup>173</sup> La Corte nel § 10 dell'ord. n. 207/2018, richiamato al § 2.4 della sent. n. 242/2019, sottolinea come: "in assenza di una specifica disciplina della materia, qualsiasi soggetto potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti".

quali il legislatore non avrebbe potuto astenersi dall'intervenire pena l'incostituzionalità della modifica. Per la stessa ragione, vengono altresì individuate dalle "modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto", la "disciplina del relativo "processo medicalizzato", la "riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale" e "la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura". In fine, vengono enucleate vere e proprie linee guida che il legislatore, esperendo comunque la sua discrezionalità, avrebbe dovuto seguire elaborando una legislazione in materia entro un anno dalla pronuncia, nella quale data fu fissata una nuova udienza in cui la Corte costituzionale si riservava di intervenire nell'inerzia del legislatore. Giunti alla data fissata per la nuova udienza, il 24 settembre 2019, la Corte, quindi, preso atto della inoperatività del legislatore, ha ritenuto di non potersi ulteriormente esimere dal pronunciarsi nel merito delle questioni, "in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato con l'ordinanza n. 207 del 2018", non ravvisando alcun elemento ostativo a una pronuncia additiva<sup>174</sup>. I Giudici, a tal proposito, rinviano all'orientamento tradizionale, il quale prevede che non possa "essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina che da essa può derivarne"<sup>175</sup>; ciò conduce la Consulta a ritenere che "ove i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta in una menomata protezione di diritti fondamentali", la Corte "può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento «secco» della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento".

### **2.1. L'intervento additivo della Corte Costituzionale: la Sentenza n. 242 del 25 settembre 2019**

Con la sentenza n. 242 del 25 settembre 2019, la Corte costituzionale si è pronunciata sull'illegittimità dell'art. 580 c.p.<sup>176</sup>, dando concreta attuazione, completandolo, al quadro già delineato con l'ordinanza n. 207 del

---

<sup>174</sup> La Corte Cost., come precedentemente sottolineato nell'ord. 207/2018, sottolinea come nulla osti alla sua pronuncia nel merito, nonostante la materia possa essere oggetto di discrezionalità legislativa, in quanto: "la decisione di illegittimità costituzionale faccia emergere specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese". Difatti, "decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità", considerando che "posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa, la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio" non essendoci nell'ordinamento "zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale", tantopiù "negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore" Sentenza n. 99 del 2019.

<sup>175</sup> Corte Cost. sent. n. 59 del 1958, principio poi ribadito anche dalle sent. n. 236 del 2016, n. 233 e 222 del 2018 e n. 40 del 2019.

<sup>176</sup> Corte cost. sent. n. 242/2019, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. "nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di



2018<sup>177</sup>, nella quale è stata riconosciuta, se pur non dichiarata, la parziale illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio. La scelta compiuta dalla Corte era stata quella di impostare un dialogo con il Parlamento, in considerazione della discrezionalità esperibile e della delicatezza della materia trattata, attraverso l'invito, rimasto però senza risposta, ad intervenire per colmare il ravvisato *vulnus* costituzionale, seguendo la prospettiva suggerita dalla stessa.

A seguito dell'inerzia del legislatore, la Consulta fa ricorso ad un intervento di tipo additivo, non solo per sopperire alla mancata presa di posizione del Parlamento, ma anche per evitare vuoti di tutela e conseguenti rischi di abusi "per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità" connessi a una declaratoria secca di illegittimità dell'art. 580 c.p.<sup>178</sup> A tal fine, la Corte utilizza come punto di riferimento per il suo intervento la disciplina prevista dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, circoscrivendo il suo agire "in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge stessa: disposizione che, inserendosi nel più ampio tessuto delle previsioni del medesimo articolo, prefigura una "procedura medicalizzata" estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo".

La scelta apprestata dalla Corte di seguire il solco della procedura delineata nella legge n. 219 del 2017 non è sorta *ex abrupto*, ma emergeva come caldeggiata anche nella profilazione precedentemente effettuata dalla stessa nell'ordinanza n.207/2018, apparendo idonea già allora a costituire congrua base per un intervento atto a fronteggiare le esigenze di disciplina messe in luce nell'ordinanza. Sulla base di tali articoli, quindi, vengono enucleate le "modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto". Al fine di evitare possibili abusi ai danni dei più vulnerabili, il soggetto che pone in essere la richiesta deve essere nella piena capacità di agire ed esprimerla nelle forme del consenso informato. Tale rimando prevede, quindi, oltre agli oneri informativi per il medico, anche la possibilità per il paziente di modificare la propria decisione fino all'ultimo; inoltre, della richiesta, espressa in forma scritta o equiparate, deve essere tenuta traccia conservandola nella cartella clinica<sup>179</sup>.

---

prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente".

<sup>177</sup>L'ord. 207/2018 è stata definita dallo stesso presidente della Corte costituzionale di "incostituzionalità prospettata". (LATTANZI F., *Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale*, 21 marzo 2019) cfr. AZZALINI M., *Il «caso Cappato» tra moniti al legislatore, incostituzionalità «prospettate» ed esigenze di tutela della dignità della persona*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 540. Tale successione di pronunce ha sedimentato un rapporto atipico e sempre più frequente di interazione tra la Corte e il parlamento come ravvisato da: PISANÒ A., *Il re è nudo! La «nuova forma di collaborazione» tra potere legislativo e potere giudiziario nel caso Cappato dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *Politica del Diritto*, 1/03/2020, pp. 63-88.

<sup>178</sup> La tecnica utilizzata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 2014/2019 è stata quella di subordinare, nelle more dell'intervento del legislatore, "la non punibilità dei fatti che venivano di volta in volta in rilievo al rispetto di specifiche cautele, volte a garantire un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta". La tecnica è stata già utilizzata dalla Corte anche rispetto ad altri temi sensibili dal punto di vista etico nella sent. n. 27 del 1975 in tema di aborto e nelle sentenze n. 96 e n. 229 del 2015 sulla fecondazione assistita.

<sup>179</sup> Più nello specifico, la sent. n.2014/2019 prevede che la richiesta di essere agevolati al suicidio, proveniente da una persona pienamente capace di agire, dovrà essere: espressa nelle forme del consenso informato "nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente" ferma restando "la possibilità per il paziente di modificare la propria

Per quel che attiene, invece, alla verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio, questa è affidata, in attesa dell'intervento del legislatore, al servizio sanitario nazionale, cui spetta accertare "le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze". Ma, la delicatezza della materia, porta a richiedere alla Corte "l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze", idoneo a "garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità" tale organo è individuato nei comitati etici territorialmente competenti<sup>180</sup>, anche a fronte del particolare rilievo conferito alle cure palliative.

Infine la Corte si occupa dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, limitandosi a sottolineare come la pronuncia si limiti a sindacare "la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici", restando pertanto affidato "alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato"<sup>181</sup>.

La Corte con tale sentenza, però, non legittima l'eutanasia, ma introduce una causa di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Difatti, l'assistenza al suicidio si distingue dall'eutanasia in quanto, a differenza di quest'ultima, è l'interessato che compie l'atto che provoca la sua morte, reso possibile dalla collaborazione di un terzo qualificato, il quale prescrive e porge all'interessato il prodotto letale perché questo se ne serva in un certo lasso temporale e nel rispetto di rigide condizioni. Per cui è il paziente che realizza l'evento morte *latu sensu*, seppur in determinati casi la procedura si compia per il tramite di macchinari che possono coadiuvare il paziente con ridotta capacità fisica ad assumere il prodotto letale predisposto dal personale sanitario. Infatti, è

---

volontà [...] insito nel fatto stesso che l'interessato conserva, per definizione, il dominio sull'atto finale che innesca il processo letale"; il medico, di conseguenza, dovrà prospettare al paziente "le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative" e promuovere "ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica". Inoltre la richiesta deve essere documentata "in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare" e inserita nella cartella clinica, nella quale dal medico deve essere dato conto sia "del carattere irreversibile della patologia", sia delle "sofferenze fisiche o psicologiche", dal momento che "il promovimento delle azioni di sostegno al paziente, comprensive soprattutto delle terapie del dolore, presuppone una conoscenza accurata delle condizioni di sofferenza".

<sup>180</sup> I comitati etici sono inoltre investiti di funzioni di tipo consultivo "che involgono specificamente la salvaguardia di soggetti vulnerabili e che si estendono anche al cosiddetto uso compassionevole di medicinali nei confronti di pazienti affetti da patologie per le quali non siano disponibili valide alternative terapeutiche" (sent.242/2019).

<sup>181</sup> A titolo di esempio, nei paesi bassi, dove è legalizzata l'eutanasia l'atteggiamento verso l'obiezione di coscienza è particolarmente risoluto come emerge da KNMG *position paper*: "*The role of the physician in the voluntary termination of life*", 2011: "i pazienti hanno spesso difficoltà a dire a un medico che hanno un desiderio autentico di morire. I medici, da parte loro, hanno l'obbligo di prendere sul serio tali richieste. Questo significa anche che se un medico non può o non desidera onorare la richiesta di un paziente per l'eutanasia o il suicidio assistito, deve dare al paziente una spiegazione tempestiva e chiara del perché, e inoltre deve riferire o trasferire il paziente ad un altro medico in tempo utile. Le promesse vaghe, il mancato trasferimento dei pazienti durante le assenze, che causano ritardi o che indicano a uno stadio avanzato o troppo tardi che il medico ha riconsiderato la sua decisione di eseguire l'eutanasia, dimostrano tutti una mancanza di professionalità. La KNMG invita quindi tutti i medici ad agire come vorrebbero essere trattati essi stessi o come vorrebbero lo fossero i propri cari".

proprio la presenza del personale sanitario<sup>182</sup> e l'esperimento dell'atto all'interno di un ambiente clinico che caratterizza la fattispecie laicizzata dell'aiuto al suicidio medicalizzato.

Per cui è il paziente che, una volta entrato in possesso del prodotto letale decide liberamente se farne uso o meno, mantenendo quindi intatta la possibilità di questi di modificare fino all'ultimo momento la sua decisione. La Corte costituzionale, infatti, fa riferimento esplicito all'aiuto al suicidio medicalizzato, in quanto ha ritenuto che in questa situazione siano maggiormente rispettati i requisiti e i criteri di accortezza richiesti dalla procedura e che sia garantito a qualsiasi soggetto "un controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti".

## **2.2. Le cure palliative: la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale.**

Nella sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale particolare attenzione è stata riservata al coinvolgimento del paziente, soggetto a trattamento di sostegno vitale, in un percorso di cure palliative, elemento evidenziato anche dal riferimento espresso all'art. 2 della legge n. 219/2017, il quale viene utilizzato come "punto di riferimento", a detta della stessa Corte, per l'intervento. Nello specifico la Corte valorizza particolarmente il fatto che "l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita".

Attraverso una ricostruzione della trama della legge n.219/2017, la Corte ricorda come sia riconosciuto "a ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale"<sup>183</sup> e che "in ogni caso, il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo»"<sup>184</sup>, diritto questo, non solo previsto dall'art. 1 della L.219/2017, ma soprattutto riconosciuto dall'art.32 Cost. e, perciò, direttamente esigibile dalla norma costituzionale.

---

<sup>182</sup> Il CBN nel parere del 18 luglio 2019, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, propone come si possa "anche prevedere commissioni interdisciplinari istituite presso strutture sanitarie o socio-sanitarie, a carico del SSN, ove il ruolo dei medici può essere limitato alla sola constatazione dell'esistenza o dell'assenza di condizioni cliniche per il suicidio assistito, escludendo la collaborazione alla predisposizione e alla somministrazione del farmaco letale" coinvolgendo a tal fine il personale sanitario nel suo complesso o "il ricorso a familiari, amici, o associazioni che offrono aiuto al suicidio in istituti sociosanitari o a domicilio". In questi casi, realizzati fuori dagli ospedali, "la presenza di un medico può essere richiesta soltanto nel momento iniziale della procedura, in cui nel rispetto di rigide condizioni il medico prescrive il prodotto, che sarà poi distribuito dal farmacista". Ipotesi questa riproposta dal Comitato e presentata nell'audizione del 24 maggio 2019 presso il CNB dal Dott. Filippo Anelli, Presidente Nazionale della FNOMCeO. Quest'ultimo ha, però, presentato la possibilità comunque come residuale, difatti l'intervento è stato centrato sul "valore della cura nella professione medica e al cambiamento di paradigma che comporterebbe il suicidio assistito in questo contesto". Posizione riproposta dal Documento conclusivo dei lavori della Consulta Deontologica Nazionale della FNOMCeO, chiamata ad esprimere parre sul suicidio assistito in merito all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, il 14 marzo 2019.

<sup>183</sup> Art. 1, comma 5, L.219/2017.

<sup>184</sup> Art. 1, comma 6, L.219/2017.

La disamina della Corte poi, si concentra sul rammentare come “la richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari possa essere associata alla richiesta di terapie palliative, allo scopo di alleviare le sofferenze del paziente”<sup>185</sup>, avendo altresì la possibilità di fare ricorso alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare i sintomi refrattarie ai trattamenti. Tale possibilità non può essere preclusa a coloro i quali, a seguito del legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, sono in una situazione di sofferenza, provocata al paziente proprio dall’assenza dei trattamenti; tantopiù che a questa interruzione consegue l’effetto di innescare “un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte”. Inoltre, precludere l’accesso al trattamento del dolore, andrebbe ad attivare un processo, non solo “più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care”, ma anche lesivo del personale concetto di dignità del paziente che ne chiede la sottoposizione.

Il concetto di dignità, come suggerisce anche l’aggettivo che accompagna tale parola, è personale, e per tanto differente in ogni individuo; non è detto, quindi, che chiunque voglia sottoporsi alle cure palliative, alla terapia del dolore o alla sedazione profonda e continua o viceversa, considerando, tra l’altro, che quest’ultima provoca la perdita di coscienza. Per cui, non solo da un punto di vista etico-filosofico, ma anche giuridico, essendo comunque questi dei trattamenti sanitari, bisogna lasciare al paziente la facoltà di scelta rispetto alla prestazione del proprio consenso<sup>186</sup>.

La Corte, però, non si limita a tali indicazioni di principio, ma nel fornire le linee guida per il futuro intervento del legislatore nell’ordinanza n.207/2018, e poi riprese nella sentenza n. 242/2019 dalla stessa, inserisce quella relativa all’adozione di “opportune cautele affinché «l’opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a mettere il paziente nella concreta possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza», in accordo con l’impegno assunto dallo Stato con la legge n. 38 del 2010”, considerato “il coinvolgimento in un percorso di cure palliative deve costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente”<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Art. 2, comma 1, L.219/2017.

<sup>186</sup> La Corte costituzionale, infatti, precisa nella sent. n.242/2019 come: “la sedazione profonda continua, connessa all’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale ha come effetto l’annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso”. Per cui si comprende, anche da un punto di vista etico “come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile”, o richiamando quanto detto nell’ordinanza n. 207/2018, § 9, “meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire”.

<sup>187</sup> Proprio con riguardo all’esigenza di rafforzare il peso delle cure palliative, i giudici chiamano in causa, nella sentenza 242 del 2019, il Comitato nazionale per la bioetica, che, nel Parere del 18 giugno 2019 (“Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito”), “pur nella varietà delle posizioni espresse sulla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito, ha sottolineato, all’unanimità, che la necessaria offerta effettiva di cure palliative e di terapia del dolore – che oggi sconta «molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell’offerta del SSN, e nella mancanza di una formazione specifica nell’ambito delle professioni sanitarie» – dovrebbe rappresentare, invece, «una priorità assoluta per le politiche della sanità»”; diversamente, si aggiunge, si ricadrebbe nel “paradosso di non punire l’aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l’effettività del diritto alle cure palliative”.

### 3. La sottile linea tra diritto a morire e diritto a non soffrire: differenze alla luce del quadro normativo interno e cenni comparatistici.

Spesso le espressioni “fine delle sofferenze” e fine della vita” vengono utilizzate sinonimicamente, in realtà, se pur vero che la morte costituisce fine di ogni esperienza terrena, ivi compresa quella del dolore, questa non rappresenta l’unica modalità attraverso la quale può essere data al malato pace dalle sue sofferenze. Per cui, non può rappresentare concetto coincidente l’atto volto alla sottoposizione del paziente alla c.d. terapia del dolore e l’atto eutanasi; tanto è vero che numerosi studi<sup>188</sup> hanno documentato che spesso, alla prestazione di cure palliative o della sedazione profonda e continua corrisponde un forte decremento delle richieste eutanasiche. Inoltre, la stessa sentenza 242/2019 della Corte Costituzionale<sup>189</sup>, trattante proprio il tema del suicidio assistito, sottolinea la necessità di una legislazione aggiornata e ampia in materia di cure palliative, proprio con finalità disincentivanti le istanze di eutanasia attiva.

Considerare l’eutanasia giuridicamente necessitata per consentire al paziente di non perpetrare le proprie sofferenze è una visione che tralascia di considerare le alternative possibili per realizzare il medesimo scopo. Difatti, valutare la scelta di porre fine alla propria esistenza, non come presidio unico della dignità personale del malato, ma come *extrema ratio*, è suffragato anche dalla previsione del reato, di cui all’art.380 c.p., di suicidio assistito, la quale, più che retaggio di una società passata, è finalizzata a tutelare i soggetti più vulnerabili, come possono essere proprio quei soggetti che, scoraggiati da una malattia inguaribile il cui decorso è ad uno stadio terminale, possono vedere la morte come unica alternativa possibile per porre fine alle proprie sofferenze.

Invero, nell’art.32 Cost., trova fondamento costituzionale il diritto al “consenso informato”, proprio perché chiunque, prima di rifiutare o meno un trattamento sanitario, possa essere realmente consapevole della scelta da lui compiuta, dà qui la doverosità per il medico di colmare l’asimmetria informativa quanto più possibile, assicurandosi che le informazioni da lui rese siano effettivamente fruibili dal paziente a cui si riferisce, anche in ragione del suo stato, del suo livello di istruzione o la sua conoscenza della lingua italiana. La consapevolezza della scelta terapeutica e la formazione non viziata della volontà, difatti, risulta problematica nelle ipotesi in cui il paziente scelga un dato percorso terapeutico *pro-futuro*, formalizzando le DAT, non attraverso atto pubblico o scrittura privata autenticata, ma tramite il deposito dell’atto presso lo sportello dell’Asl. L’assenza, infatti, in queste circostanze, di un pubblico ufficiale, accertante la volontà del paziente,

---

<sup>188</sup>Come riportato da SYKES N., THORNS A., *The use of opioids and sedatives at the end of life*, in *Lancet Oncology*, 2003, May, 4(5), pp. 312-318; nell’analisi compiuta sui campioni emerge un rapporto, tra eutanasia attiva e terapia del dolore, di tipo inversamente proporzionale, rappresentando un calo di istanze eutanasiche da parte dei pazienti affetti da malattie nelle fasi terminali, nei paesi i quali ordinamenti hanno consistentemente liberalizzato le cure palliative e la sedazione profonda e continua.

<sup>189</sup> Nella sent. n.242/2019 la Corte Cost. utilizza come parametro del suo intervento in materia di esclusione della punibilità dell’aiuto al suicidio gli artt.1 e 2 della l. 219/2017. La Corte, in riferimento alle cure palliative, inoltre, valorizza particolarmente il fatto che “l’accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita”.

rischia, più che facilitare la redazione delle DAT, di disattendere lo scopo di garanzia sotteso alla previsione di un atto nelle forme dell'art.2700 c.c.

Inoltre, essendo comunque l'ordinamento italiano un ordinamento di diritto positivo, non esiste una norma che imponga necessariamente un intervento in materia della c.d. eutanasia attiva. Partendo dal dato letterale dell'art.32 Cost., ciò che emerge è una libertà di scelta in merito al sottoporsi o meno a qualsivoglia trattamento sanitario da cui discende un generalizzato dovere di astensione anche del personale sanitario dall'interferire in tali scelte terapeutiche, personalissime del paziente, e non un contegno attivo atto ad interrompere la sofferenza cagionando la morte, prevedendo, perciò, alcun "diritto a morire". Questo diritto, come altri cd. "nuovi diritti", che gravita intorno al concetto di autodeterminazione, si è affermato nella giurisprudenza sovranazionale e nella dottrina anche attraverso quelli che potremmo definire trapianti ermeneutici di ordinamenti diversi sulla base di concetti ritenuti universali<sup>190</sup>.

Analizzando la questione utilizzando un approccio comparatistico, appare, però, dall'osservazione dei diversi ordinamenti, che il concetto di autodeterminazione terapeutica non trova in questi una sua base giuridica univoca. Nell'ordinamento italiano, infatti, tale principio trova le sue radici nella libertà di salute ex art.32 Cost., all'inverso di quanto previsto in altri paesi liberali ove esiste una normativa in materia eutanassica; in questi ultimi, assiologicamente rispetto a quanto emerge dalla giurisprudenza dalla Corte EDU<sup>191</sup>, il diritto all'autodeterminazione terapeutica è costruito, invece, sul diritto alla *privacy*<sup>192</sup>. Come diversa è la base

---

<sup>190</sup> Critico a riguardo CAROZZA P., *Il traffico dei diritti umani nell'età postmoderna*, in Antonini L., *Il traffico dei diritti insaziabili*, Milano, 2007, 89, ss.: "La circolazione dei diritti umani si svolge senza alcun riferimento reale al modo in cui la dignità umana e il bene comune sono stati ricostruiti e realizzati in concreto nelle diverse civiltà nel corso della storia ... Si tratta di un mercato di ideologie, e non di ideali. Esso allontana l'interpretazione e l'evoluzione del contenuto dei diritti umani dai fatti concreti di ciò che è favorevole o meno al benessere dell'uomo in tempi e territori diversi. Al contrario, privilegia preferenze culturali e politiche altamente contingenti rispetto alla genuina esperienza umana. In secondo luogo, si tratta di un mercato gestito da una circoscritta élite culturale. Il libero movimento dei diritti umani senza la dignità e l'universalità quali reali e concreti punti di riferimento apre il mercato proprio a ciò che le norme sui diritti umani erano inizialmente finalizzate a limitare e disciplinare".

<sup>191</sup> La Corte EDU spesso ricorre al diritto alla *privacy* in ordine al consentire l'autodeterminazione terapeutica in senso lato, anche in materie che esulano il fine vita. Ad esempio, nel caso *Tysiac c. Polonia* (in ric. n. 5410/2003) La Corte di Strasburgo nel 2007 ha accolto, censurando lo stato polacco, il ricorso della ricorrente, la quale era andata incontro alla cecità dovuta a gravidanza. Lo Stato infatti, non prevedeva la liceità dell'aborto neanche terapeutico, atto ad evitare lesioni gravi o decesso della gestante, e quindi non le avrebbe consentito in applicazione della legislazione statuale, di abortire e pertanto conseguentemente di evitare i danni alla vista che la gravidanza le avrebbe procurato. La Corte ha avallato la richiesta della donna, non in base al diritto all'integrità fisica, ma in base al diritto alla *privacy*, diritto fatto derivare, dalla giurisprudenza stessa della Corte EDU, dall'art.8 della Convenzione. La Corte, quindi, ha ritenuto che la legislazione polacca, fosse illegittima in quanto violante la sfera di autodeterminazione della donna, non consentendole di abortire, non perché aveva finito per compromettere la sua salute.

<sup>192</sup> Questo è il caso del diritto statunitense in cui il diritto alla *privacy* ha costituito la base su cui si è sviluppato il diritto all'autodeterminazione. Prima di arrivare a ciò, il diritto alla riservatezza ha subito un processo di trasformazione con il tempo, che lo ha portato a mutare dal suo significato originario fino a costituire base del diritto all'autodeterminazione e alla libertà individuale. Originariamente, tale diritto, intendeva garantire uno spazio privato entro il quale non potesse ingerire il potere pubblico, oggi, invece, dalla declinazione solamente negativa, si è ampliato ad una dimensione che potremmo definire "positiva", la quale implica per il godimento di tale diritto un *facere* dell'autorità finalizzato ad assicurare il titolare del diritto il soddisfacimento di desideri e aspirazioni riguardanti anche la sfera personalissima, riservata e intima del soggetto. Cfr. WARRWN S.D, BRANDEIS L.D., *Harvard Law Review*, p. 193. in cui il diritto alla *privacy* viene teorizzato e particolarmente promosso. Si tratta di una forma di tutela che riprende la visione di Jhon

giuridica sarà, quindi, altresì diverso anche il comportamento esigibile per il godimento di tale diritto, se da una parte abbiamo un diritto di libertà e, perciò, un dovere di astensione, dall'altra troviamo un dovere di non ingerenza del potere pubblico. La differenza tra le diverse interpretazioni costituzionalistiche costituisce elemento caratterizzante della non estendibilità degli assunti, anche della Corte EDU, in tema di “diritto a morire” nell'ordinamento italiano.

Invero, la nozione di *privacy* ha compiuto un iter evolutivo, soprattutto per il tramite della giurisprudenza statunitense, che ha portato all'affermazione di un siffatto diritto all'autodeterminazione fino all'attestazione della sussistenza di un diritto a morire, dal quale emerge una sostanziale differenza con l'ordinamento giuridico italiano. Primo passo di tale percorso è stato il caso *Griswold*<sup>193</sup>, affrontato dalla Corte suprema federale, in cui, quest'ultima, dichiarò illegittime alcune norme statali vietanti la promozione e l'uso di contraccettivi, sulla base del fatto che esulasse la sfera di competenza dello Stato ingerire in aspetti così privati della vita del singolo. Non molti anni dopo, il medesimo principio, nato per salvaguardare alcuni aspetti inerenti alla sfera della vita privata, è stato oggetto di una considerevole estensione oltre ad essi, operata dalla stessa Corte, al punto che, con la sentenza *Roe*<sup>194</sup>, è stata affermata l'esistenza di un diritto all'interruzione della gravidanza, proprio sulla scorta del diritto alla *privacy*<sup>195</sup>. Tale processo estensivo poi è approdato all'affermazione della sussistenza di un diritto, inteso come costituzionalmente tutelato, di autodeterminarsi in luogo del fine vita. L'indirizzo seguito, in tal senso, dalla giurisprudenza federale è stato quello di riconoscere al soggetto il diritto di decidere in merito alla sospensione dei trattamenti di sostegno vitale, lasciando libertà agli Stati sull'esercizio della discrezionalità legislativa, sia nel regolare il modo e le condizioni in cui questo diritto può essere esercitato, sia eventualmente nel consentire forme di suicidio assistito<sup>196</sup>. La sentenza che

---

Locke e, in generale, propria della cultura illuministica anglosassone, la quale era atta a ricostruire una vera e propria area giuridica d'intangibilità nei confronti di qualsiasi potere, pubblico o privato, nella quale ciascuno ha il diritto ad “essere lasciato solo”. Warren e Brandeis indirizzano, però, la loro analisi sostanzialmente al solo ambito privatistico, con particolare evidenziazione della necessità di garantire a ciascuno la possibilità di tutelare la propria riservatezza, rispettabilità, onore e integrità d'immagine. Tale approccio era dovuto anche al periodo storico in cui tale teoria è emersa, in cui vi era particolare preoccupazione all'invasione mediatica, basti pensare che risale a quegli anni l'episodio dell'irruzione di reporter e fotografi nella sala ove era conservato il corpo del cancelliere Bismarck.

<sup>193</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. Supreme Court 479 del 1965.

<sup>194</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. Supreme Court 113 del 1973.

<sup>195</sup> In realtà il progresso evolutivo, ravvisato dalla sent. *Griswold* e la sent. *Roe*, è un cambiamento che non è stato percepito dalla Corte Suprema, la quale, nell'usare come base giuridica legittimante l'aborto il medesimo principio introdotto nel caso della contraccezione, ha ritenuto indicandolo espressamente, in una decisione analoga successiva, che “per alcuni aspetti decisivi, la decisione di abortire è dello stesso carattere della contraccezione” cfr. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. Supreme Court 833 del 1992. Un altro ambito che ha visto un'estesa applicazione del principio della *privacy* è stato quello del matrimonio omosessuale. Rispetto a quest'ultimo, diverse Corti di ultima istanza statali sono intervenute modificando la tradizionale fisionomia dell'istituto matrimoniale. In particolare, quelle di Massachusetts e California, rispettivamente, in *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 nel 2003; *Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 nel 2008. Quest'ultime ha costruito l'impianto logico concentrandosi sul diritto individuale al matrimonio, ritenendo che attenga all'intimità dell'individuo la scelta del partner, indipendentemente dal sesso.

<sup>196</sup> Indirizzo sostenuto dalla Supreme Court in *Cruzan v. Missouri Department of Public Health*, 497 U.S. 261 nel 1990. Ribadito poi in *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793, (1997), *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) e *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006).

ha inaugurato tale filone giurisprudenziale è stata quella relativa al caso Cruzan, la quale vicenda nasce dalla richiesta di interruzione di trattamenti di idratazione e alimentazione artificiale avvenuta da parte dei genitori di una donna che, a causa di un incidente stradale, era caduta in uno stato vegetativo persistente e, verosimilmente, senza possibilità di modificazioni. La Corte suprema, in quell'occasione, ha ritenuto legittima la legislazione dello Stato del Missouri, addotta in giudizio dai ricorrenti, sulla base della quale era stata negata l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale. La normativa dello Stato prevedeva, infatti, la possibilità di interruzione di tali trattamenti, ma imponeva a tal fine rigide condizioni per ricostruire con certezza la volontà del soggetto precedente al sopravvenuto stato vegetativo, elementi in quella circostanza ritenuti mancanti. Si disponeva, infatti, soltanto di alcune testimonianze di soggetti vicini alla paziente, i quali riportavano il desiderio della stessa di non rimanere in stato vegetativo, non sostenuti, però, da un contributo esplicito con valenza probatoria come previsto dalla legge del Missouri. La Corte suprema non ha dato corso, quindi, alla richiesta d'interruzione, sebbene si trattasse di un diritto ritenuto, dalla stessa sentenza, di rilevanza costituzionale, affermando che la disciplina statale possa legittimamente introdurre le condizioni alle quali è possibile sospendere idratazione e alimentazione artificiali.

La situazione in questione, per cui, risulta differente rispetto a quella presente nell'ordinamento italiano, sebbene il caso sopracitato presenti dei forti punti di contatto, dal punto di vista fattuale, con la vicenda di Eluana Englaro. La diversità, però, sta proprio nella forma della garanzia costituzionale apprestata. Nell'ordinamento statunitense la libertà di salute viene assimilata ai più disparati aspetti della vita privata dell'individuo. Questa sorta di garanzia *omnia* dei diritti del singolo apprestata dalla *privacy*, quindi, non prevede il medesimo schema dell'art.32 della Costituzione italiana, ma presidia qualsiasi atto, avente un risvolto nella sfera di autodeterminazione del singolo, in funzione di un diritto alla non ingerenza del potere pubblico, il quale, però, può indicarne gli aspetti essenziali e circoscriverne la fruizione. Si prende in considerazione, quindi, evidentemente un ordinamento diverso da quello italiano, in cui un diritto inteso come costituzionalmente tutelato e direttamente desumibile dalla norma prima dell'ordinamento non potrebbe subire l'intermediazione del potere legislativo, perché, così facendo, si andrebbe a negare la portata primaria di tale disposizione, invertendo la gerarchia stessa delle fonti; tuttavia, è comunque possibile che il legislatore intervenga o debba intervenire, ma non per rendere esigibile il diritto, bensì per garantirne la piena effettività. Invero, anche qualora Eluana Englaro avesse redatto le DAT o anche una semplice scrittura privata, l'atto sarebbe stato non rappresentativo dell'esercizio di un diritto direttamente desumibile dalla costituzione, ma da un diritto soggettivo conforme alla costituzione ad essa attribuito per il tramite di una scelta discrezionale del legislatore.

Anche la Corte di Strasburgo si è più volte pronunciata sulle scelte di fine vita, anche se, limitatamente al diritto all'eutanasia attiva, le sentenze della Corte sono state meno frequenti rispetto a quelle relative all'interruzione di trattamenti sanitari di sostegno vitale. Il caso più risalente in materia è rappresentato dalla



sentenza *Pretty c. Regno Unito*<sup>197</sup>, attraverso cui sono stati enucleati dalla Corte EDU i principi che hanno informato la giurisprudenza successiva della stessa<sup>198</sup>. Il caso in esame riguardava una donna, affetta da sclerosi laterale amiotrofica, la quale aveva espresso il desiderio di porre fine alle proprie sofferenze togliendosi la vita con l'aiuto del marito. La ricorrente, essendo nel Regno Unito perseguita penalmente tale condotta<sup>199</sup>, a seguito del rifiuto della sua richiesta all'organo requirente<sup>200</sup> di dichiarare che non avrebbe aperto alcun procedimento nei confronti del coniuge, aveva adito la giurisdizione inglese dolendosi del contrasto tra tale rifiuto e gli artt. 2, 3 e 8 CEDU. Dopo la formazione del giudicato interno<sup>201</sup> di rigetto totale dell'istanza da parte del *Committee of Appeal* presso l'*House of Lords*, quindi, la signora Pretty propose ricorso alla Corte di Strasburgo la quale, nonostante abbia rigettato parzialmente anch'essa l'istanza, ha fornito una nuova interpretazione degli articoli adottati in giudizio.

Per quanto riguarda il diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 CEDU, la Corte non aderì all'impostazione teorica proposta dalla ricorrente, secondo la quale il diritto alla vita implicherebbe anche un opposto diritto a non vivere; invero, il dato letterale dell'art. 2 CEDU, secondo i giudici di Strasburgo, non consentirebbe una lettura dalla quale emerga, altresì, un'obbligazione negativa sorgente in capo allo Stato che consista nel lasciare all'individuo il diritto di scegliere discrezionalmente se vivere o meno. Difatti, la lettura della Corte della disposizione medesima fu nel senso diametralmente opposto a quello prospettato dalla ricorrente. Secondo i giudici, invero, sarebbe entrato in gioco un obbligo positivo per lo Stato stante nell'evitare trattamenti inumani o degradanti, quali, nel caso di specie, le insopportabili e non dignitose condizioni di vita cui essa era costretta nella fase terminale della sua malattia. Dopo aver rigettato le censure relative all'art.3 CEDU, in riferimento all'art. 8, invece, la Corte accolse la lettura offerta dalla parte, secondo la quale la legislazione statale andava a ledere il suo diritto all'autodeterminazione terapeutica, andando ad ingerire nella sua vita privata attraverso

---

<sup>197</sup> Corte EDU, sez. IV, sent. 29 aprile 2002, in ric. n. 2346/2002.

<sup>198</sup> Corte EDU, sez. V, sent. 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*, in ric. n. 497/09. La Corte, in tale sentenza, richiama in due dei principi cardine nella propria giurisprudenza. Da una parte quello di sussidiarietà, in base al quale, per il funzionamento del meccanismo di garanzie dalla CEDU, è fondamentale che siano gli stessi Stati a stabilire, in via prioritaria, le modalità atte al ristoro seguente alle violazioni delle disposizioni convenzionali; dall'altra il margine d'apprezzamento, considerando le differenze intrinseche dei diversi impianti ordinamentali degli Stati aderenti alla convenzione, e data l'ampia discrezionalità di cui essi godono in tema di eutanasia attiva. Ciò fermo i Giudici di Strasburgo si pronunciano sulla scorta del fatto che gli organi giurisdizionali tedeschi non si erano pronunciati nel merito sul caso della signora Koch, relativo alla richiesta effettuata dal marito della stessa di porre fine alla vita della moglie, su richiesta di quest'ultima, con l'aiuto dello Stato. La disamina della corte si concentra sui profili processuali della questione e non affrontano invece il lato sostanziale della censura mossa in riferimento all'art. 8 CEDU, censurando in tal senso lo Stato tedesco, in quanto, essendo il primo garante della Convenzione, non aveva ottemperato al suo compito non esaminando nel merito il ricorso sulla base dell'ordinamento nazionale e dell'art. 8 CEDU. Dal punto di vista sostanziale, invece, la Corte europea dichiarata inammissibile la censura relativa alla lesione diretta dell'art.8 CEDU, ritenendo che il diritto della signora Koch di togliersi la vita, quand'anche fosse stato ritenuto esistente, in quanto personalissimo, non possa essere invocato in giudizio se non dalla stessa.

<sup>199</sup> Reato previsto dal *Suicide Act* 1961, il quale sanziona la condotta di assistenza al suicidio.

<sup>200</sup> *Director of Public Prosecutions*, organo di vertice della Procura inglese.

<sup>201</sup> *Conditio sine qua non* per l'esperimento del ricorso presso la Corte EDU è l'esaurimento delle vie di ricorso interne ex art. 35 par.1 CEDU, *Condizioni di ricevibilità*: "La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva".

la privazione della facoltà di scegliere quando e come morire. Sebbene i giudici di Strasburgo condivisero la posizione adottata nel ricorso, comunque questo venne rigettato sulla scorta di un bilanciamento di interessi. I giudici ritennero legittima tale interferenza nella sfera privata del paziente, ai sensi del secondo comma dell'art. 8, considerando la valutazione relativa all'opportunità di liberalizzare il suicidio assistito esercizio della discrezionalità statale, in quanto atta ad analizzare i possibili rischi di abusi a danno dei soggetti più vulnerabili.

La lettura offerta dalla Corte EDU fa emergere un profilo ulteriore rispetto a quelli evidenziati dalla giurisprudenza statunitense, portando l'attenzione specificatamente, non su un diritto a morire, nascente da un obbligo negativo di non ingerenza dello Stato nelle determinazioni in luogo del fine vita, quanto su un obbligazione positiva nascente in capo allo stesso, atta a fare sì che il paziente possa salvaguardare la propria dignità personale, non essendo costretto a patire sofferenze eccessive o a sottoporsi o meno ad un dato trattamento sanitario.

Invero, lo stesso termine eutanasia nell'accezione introdotta dal filosofo inglese Francis Bacon, primo a trapiantare questa locuzione nella lingua occidentale<sup>202</sup>, stava ad indicare, in maniera aderente al significato etimologico, la morte senza sofferenza. Difatti, lo studioso considerava doveroso per il medico non abbandonare i malati inguaribili, aiutandoli nel naturale decorso della malattia e alleviando, quanto più possibile, le loro sofferenze senza includere il dare la morte.

Accezione, quest'ultima, accolta anche codice di deontologia medica, il quale prevede che il medico si adoperi perché il paziente terminale possa vivere le fasi finali della malattia alleviandone le sofferenze in ogni modo possibile, escludendo le attività atte provocare come fine ultimo la morte, come esplicitamente ribadito dall'art.36<sup>203</sup>, il quale apre il Capo V del nuovo codice di deontologia, interamente dedicato all'assistenza dei malati inguaribili. Il comportamento richiesto al medico è esplicitato nell'articolo successivo<sup>204</sup>, l'art.37, che

---

<sup>202</sup> BACON F., *Of the Proficiency and Advancement of Learning*, 1605.

<sup>203</sup> Art.36 codice di deontologia medica, apre il Capo V recante: *assistenza ai malati inguaribili*, prevede: "Il medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare né favorire trattamenti diretti a provocarne la morte." Con tale articolo, in maniera piuttosto apodittica, si intende esplicitare il divieto per il medico di effettuare, non solo trattamenti sul paziente aventi come fine ultimo quello di provocarne la morte -cd. Eutanasia attiva-, ma anche il divieto di attuare qualsiasi comportamento, anche prescindente dal rilievo soggettivo, che sia comunque idoneo a provocare il decesso del paziente. Tali atti non comprendono, però, la sedazione profonda come ribadito in maniera unanime dalla comunità scientifica cfr. *Euthanasia and physician-assisted: a view from an EAPC Ethics Task force*, in *European Journal of Palliative Care*, 2003, 10, pp. 63-66 e poi aggiornato RADBRUCH L., LEGET C., BHR P., MÜLLER-BUSCH C., ELLERSHAW J., DE CONNO F., *Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care*, in *Palliative Medicine*, 19/11/2015. Nella quale analisi si sottolineava che dal punto di vista delle finalità, degli esiti e della procedura, sedazione ed eutanasia si pongono su piani differenti. Difatti, se da una parte la sedazione è un atto terapeutico che ha come finalità quella di alleviare o eliminare la sofferenza del paziente nelle fasi terminali della vita attraverso un'attività atta a controllare i sintomi refrattari alle cure, dall'altra l'eutanasia, invece, ha come finalità quella di provocare, con il consenso del paziente, la sua morte immediata attraverso la somministrazione di farmaci.

<sup>204</sup> Art. 37 codice di deontologia medica: "In caso di malattie a prognosi sicuramente infausta o pervenute alla fase terminale, il medico deve limitare la sua opera all'assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutili sofferenze, fornendo al malato i trattamenti appropriati a tutela, per quanto possibile, della qualità di vita. In caso di compromissione dello stato di coscienza, il medico deve proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile."

letto in combinato disposto con gli artt.14 e 20, fornisce le indicazioni di base relative all'atteggiamento da osservare nelle fasi finali della vita del paziente.

Tale atteggiamento è basato su un concetto di assistenza in senso lato, non solo incentrata sull'applicazione delle competenze tecniche, bensì allargata ad una dimensione morale, attenta all'elemento di *pietas* e volta ad attuare una scelta terapeutica comunque tesa alla guarigione del paziente, ma intesa differentemente, in quanto atta a rendere meno sofferta e più dignitosa l'ultima parte della vita dello stesso. Fattivamente, l'art.37 del codice di deontologia medica, prevede innanzitutto una verifica preliminare sulla volontà del paziente, relativa agli interventi terapeutici eventualmente praticabili<sup>205</sup>, che sia essa espressa attualmente con il consenso informato, in caso di soggetto capace, o nelle DAT, qualora redatte, in caso di soggetto incapace. Successivamente, fermo restando il divieto di accanimento terapeutico di cui all'art.14, il medico, conformemente alla volontà del paziente, dovrà, quindi, effettuare le c.d. cure palliative<sup>206</sup>. Questi trattamenti vengono distinti dallo stesso codice deontologico dall'accanimento terapeutico, posizione evidenziata anche dal CBN<sup>207</sup> il quale valorizza, con un approccio teleologico alla diversità dei due atti, l' "umanità" del trattamento del dolore; questo non consiste, come l'accanimento terapeutico, in una sorta di esasperazione del malato "segno di una medicina che ha perso il vero obiettivo della cura: una medicina che non si rivolge più alla persona malata, ma alla malattia [...]. Le cure palliative, al contrario, danno sostegno e significato all'accompagnamento del morente e sono espressione di una medicina che si ricolloca al servizio della persona malata."

### 3.1. Prospettive future.

Venire in contro alle istanze dei pazienti affetti da malattie che li costringono ad uno stato di profonda sofferenza, appare un dovere umano più che medico o giuridico. Nel moderno stato di diritto, ove ogni aspetto della vita viene regolato da legge, anche quest'ultima dovrebbe accogliere tali istanze, tanto più perché

---

<sup>205</sup> L'art.37 del codice di deontologia medica va a ribadire con il primo comma quanto già espresso agli artt. 14 e 20 riguardanti rispettivamente il divieto di accanimento terapeutico e il consenso informato, quest'ultime riguardanti quella che potremmo definire la parte generale del codice, vengono completate dalle due norme costituenti il capo V dello stesso. Così facendo viene perimetrata l'attività medica in relazione a pazienti che si trovano nella fase terminale della malattia, e che deve essere tenuta in considerazione dal medico ferma restando la vincolatività della volontà del soggetto che sia questa espressa in maniera attuale con il consenso o in caso di sopravvenuta incapacità eventualmente con le DAT.

<sup>206</sup> L'importanza delle cure palliative viene sottolineata dal C.N.B. doc. cit. *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, in cui il comitato afferma: "Il malato inguaribile proprio per la sua condizione di sofferenza ha bisogno di continue cure finalizzate non a prolungare ad ogni costo e con ogni mezzo la vita, bensì a migliorarne la qualità: attenzioni rivolte all'assistenza psicologica al paziente ed alla famiglia, al sostegno spirituale, al trattamento dei sintomi, alla terapia del dolore", considerando le cure palliative "una risposta adeguata al bisogno di assistenza dei malati inguaribili". Il CBN, si più volte pronunciato sulla tematica del fine vita relazionata al rapporto tra diritti del malato e la responsabilità del medico: parere del CBN Sulla proposta di *Risoluzione sull'assistenza di pazienti terminali*, approvata dalla Commissione per la protezione dell'ambiente, sanità pubblica e tutela dei consumatori del Parlamento europeo, 30/04/1991; *Bioetica con l'infanzia* 20/01/1994 ; *Questioni bioetiche relative al fine della vita umana* ; *La terapia del dolore o di orientamenti bioetici*, 30 Marzo 2001.

<sup>207</sup> Doc. cit. CBN, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*.

salvaguardanti la dignità della persona umana<sup>208</sup>, il cui rispetto rappresenta, non solo limite negativo all'operato del legislatore in materia di trattamenti sanitari obbligatori, ex art.32 Cost., ma anche generale limite esteso ad ogni tipo di norma impositiva. Nella stessa ordinanza della Corte Costituzionale n.207/2018 si mette in luce che un vuoto normativo in tal senso costringe il paziente “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”. Inoltre, nell'esaminare la L.219/2017, la Corte evidenzia la ratio sottesa alla previsione di cui all'art.2, la quale norma prevede la possibilità per il paziente di ricorrere a sedazione palliativa profonda continua anche in associazione con la terapia del dolore, “per fronteggiare sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari”, anche qualora fossero provocate al paziente in conseguenza dal suo legittimo rifiuto a trattamenti di sostegno vitale. Difatti, il rifiuto di quest'ultimi innesca “un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito è la morte”, esito al quale il paziente il più delle volte non arriva né rapidamente né senza sofferenza.

A seguito dell'ordinanza della Corte Costituzionale è stata portata all'attenzione del parlamento, tra gli altri<sup>209</sup>, anche il DDL 29/11/2019, il quale, focalizzandosi sul trattamento del dolore<sup>210</sup>, si prefigge lo scopo di garantire

---

<sup>208</sup>Il concetto di “dignità” nella Costituzione spesso è inteso nella sua dimensione di dignità sociale, ovvero sia il fatto che l'individuo, in quanto tale -che sia esso cittadino italiano o meno-, venga assicurato un trattamento equanime e paritario rispetto alla totalità dei consociati in tutti i tipi di relazioni. Per ciò che attiene al carattere oggettivo della dignità, questo è stato sancito in chiave personalistica dalla giurisprudenza, tra le altre Corte Cost. n. 561/1987, avente ad oggetto il reato di violenza sessuale, in cui la Corte sottolineò il fatto che per il tramite di un atto fisico si andasse a ledere irreversibilmente la dignità della persona. Cfr. BELLOCCIM., PASSAGLIA P. (a cura di), *La dignità dell'uomo quale Principio Costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Roma, Palazzo della Consulta, 30/09-1/10 del 2007.

<sup>209</sup>DDL 29/11/2018 presentato dal senatore Andrea Marcucci, Capogruppo del partito democratico al Senato, predisposto in collaborazione con l'Associazione Luca Coscioni- recante: *disposizioni in materia di terapia del dolore e dignità nella fase finale della vita, nonché modifiche all'art. 580 del Codice penale*. Come si evince relazione di accompagnamento, il DDL si propone di conformarsi strettamente ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale nell'Ordinanza n. 207/2018.

<sup>210</sup> Sono state diverse le proposte portate all'attenzione delle camere a seguito dell'ordinanza della Consulta n.207/2018; quelle con più “successo” (A.C. 2 di iniziativa popolare, recante *Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia*, e sulla proposta di legge n. 1586 -proposta On. Cecconi- recante *Modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di trattamenti sanitari e di eutanasia*) si sono però soffermate sull'introduzione di una normativa in materia di eutanasia attiva. Entrambe le tipologie di proposte si inseriscono in quel vuoto normativo rappresentato dall'assenza di una legislazione che permetta un qualche intervento nel lasso di tempo che intercorre dal rifiuto dei trattamenti vitali e la morte; ma, se da una parte la soluzione prospettata dal DDL 29/11/2018 è quella di fortificare la previsione dell'art.2 L.219/2017 e, quindi, intervenire ampliando l'accessibilità alle cure palliative e terapia del dolore, dall'altra la soluzione delle altre proposte è stata quella di introdurre la possibilità per il medico di praticare trattamenti diretti a determinare la morte. Cfr. CUPELLI C., *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive del caso cappato, fra corte costituzionale e ritrosia legislativa, Osservazioni sulla proposta di legge A.C. 2 di iniziativa popolare, recante “Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia”, e sulla proposta di legge n. 1586, di iniziativa del deputato Cecconi, recante “Modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di trattamenti sanitari e di eutanasia”, in Diritto penale contemporaneo, 19/04/2019, rielaborazione del testo scritto dell'audizione svolta presso le Commissioni riunite Giustizia – Affari sociali della Camera dei Deputati 11/04/2019, nella quale l'A. riporta il suo parere alla luce dell'ord.cit., rappresentando anche profili di perplessità. L'A., infatti, relativamente a tali proposte ravvisa la possibilità di “profilare la liceizzazione di quella che potremmo definire eutanasia attiva propria, realizzata cioè in via esclusiva da soggetti qualificati dallo svolgimento della professione sanitaria; non appare peraltro del tutto chiaro – una precisazione sul punto sarebbe necessaria – se tali condotte eutanasiche debbano necessariamente*

“un’adeguata tutela alle persone affette da patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o con disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari”. Il disegno di legge, a tal fine, seguendo le direttrici della Consulta, propone dapprima una modifica dell’art. 580 c.p. andando, pur mantenendo invariata la doppia incriminazione<sup>211</sup>, a differenziare le fattispecie di istigazione e di aiuto al suicidio sulla base di diversi trattamenti sanzionatori<sup>212</sup>; prevedendo, altresì, l’introduzione di una causa di non punibilità<sup>213</sup>, con effetto retroattivo, per il delitto di agevolazione dell’esecuzione del suicidio per chi abbia direttamente o indirettamente contribuito a cagionare la morte di colui il quale si trovava nelle condizioni rientranti nell’ambito oggettivo preso in considerazione dal testo.

Il nucleo centrale del testo del disegno di legge è però rappresentato dalla soluzione concretamente prospettata per garantire “un’adeguata tutela” ai pazienti che si trovano in situazioni di profonda sofferenza, ovvero sia la sedazione palliativa profonda continua. La novità proposta è costituita dall’esonazione di tali trattamenti anche ai pazienti affetti da malattie non terminali<sup>214</sup> realizzata attraverso la modifica L. 38/2010<sup>215</sup>.

---

inquadarsi in un contesto terapeutico già esistente ovvero possano riferirsi anche a un rapporto medico-paziente costruito con l’esclusiva finalizzazione eutanasi (per la verifica tecnica dei prescritti requisiti)”.

<sup>211</sup> Il DDL segue la posizione espressa dalla Corte Costituzionale nell’ord. n. 207/2018, secondo la quale “le condotte di istigazione sono certamente più incisive anche sotto il solo profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente contribuito al realizzarsi dell’altrui autonoma determinazione e nonostante del tutto diversa risulti nei due casi la volontà e la personalità del partecipe”. Tesi sostenuta anche dalla dottrina cfr. tra gli altri, SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pp. 670 ss. Dalla differenziazione del trattamento sanzionatorio, però, discende un’ulteriore problematica relativa alla verifica, ai fini dell’incriminazione, del nesso causale istaurato tra l’evento suicidio e la condotta dell’agente, intesa quale condizione indispensabile del verificarsi dell’evento o, quantomeno, agevolante o aumentante il rischio del verificarsi dell’evento. FIMIANI V. P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in Riv. Dr. Pen. Cont., 22/05/2018, pp. 26 e ss., in cui l’autore fa riferimento al concetto di agevolazione adottato “dalla sentenza del GUP di Vicenza del 2 marzo 2016, assertiva della necessità di un’incidenza causale dell’agevolazione prestata rispetto al praticato suicidio. Il GUP vicentino, infatti, ha affermato che in tema di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), integra una agevolazione penalmente rilevante la sola condotta che sia direttamente e strumentalmente connessa all’attuazione materiale del suicidio”. Cfr. anche PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in Riv. trim. Dir. pen. cont., 7/ 2018, pp. 57 ss. Il quale osserva come la differenziazione sul piano sanzionatorio potrebbe essere meno ragionevole di quanto si possa ritenere *prima facie*.

<sup>212</sup> Art. 1 DDL 29/11/2018, *Modifiche all’articolo 580 del codice penale*, sostituendo l’art. 580, co.1 c.p. con la seguente formulazione: "Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, 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. Chiunque agevola l'esecuzione del suicidio è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da due a sei anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima”.

<sup>213</sup> Art.4 DDL 29/11/2018, *Causa di non punibilità*, prevede la non punibilità per il delitto di cui all’art. 580 c.p., primo comma, periodi terzo e quarto, chi, anche prima dell’entrata in vigore della presente legge, abbia direttamente o indirettamente contribuito a cagionare la morte di una persona che si trovi nelle condizioni di cui all’articolo 2, comma 1, lettere b) e c) della legge 15 marzo 2010, n. 38, e all’articolo 2, comma 2-bis, della legge 22 dicembre 2017, n. 219”.

<sup>214</sup> Per “malati terminali” si intendono: “individui colpiti da patologia inguaribile che determina in modo più o meno rapido il progressivo deterioramento dello stato di salute e la perdita dell’autonomia personale e sociale”. Così ZILLI–PAGNI – PIAZZA, *Il malato terminale in Caleidoscopio italiano*, n. 28, Genova, 1987, p. 3. Per “fase terminale” della malattia, invece, si intende la situazione per cui la morte viene prevista entro un lasso di tempo breve, solitamente di ore o giorni.

<sup>215</sup> L’Art. 2 DDL 29/11/2018, *Modifiche alla legge 15 marzo 2010, n. 38, in materia di terapia del dolore*, prevede le seguenti modifiche: “a) all’articolo 2, comma 1, la lettera b) è sostituita dalla seguente: "b) terapia del dolore: l’insieme

Tale profilazione andrebbe a consentire la possibilità di accedere alla terapia del dolore anche a seguito del legittimo rifiuto di trattamenti sanitari, non relegandola esclusivamente al trattamento dei sintomi refrattari di malattie inguaribili<sup>216</sup>, modificando anche l'accezione stessa di "terapia del dolore" quale "insieme di interventi diagnostici, terapeutici e di accompagnamento fino alla morte volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi per il controllo e la soppressione del dolore, anche mediante il ricorso alla sedazione palliativa profonda ai sensi di quanto previsto dall'art. 2 comma 2 della legge 22 dicembre 2017 n. 219". La portata applicativa di quest'ultimo articolo viene, quindi, ampliata ai pazienti affetti da malattie non terminali<sup>217</sup>, riconoscendo la possibilità di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, sia con il consenso del paziente che "su richiesta dello stesso".

---

di interventi diagnostici, terapeutici e di accompagnamento fino alla morte volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi per il controllo e la soppressione del dolore, anche mediante il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua ai sensi di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, della legge 22 dicembre 2017, n. 219"; b) all'articolo 2, comma 1, la lettera c) è sostituita dalla seguente: "c) paziente: la persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita, la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa, nonché la persona affetta da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari."; c) all'articolo 5, comma 3, le parole "ai malati in fase terminale" sono sostituite dalle seguenti "ai pazienti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c); d) all'articolo 8, comma 2, le parole "alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative" sono sostituite dalle seguenti "alle malattie neoplastiche, a patologie croniche e degenerative, nonché a patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o a disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari"; e) all'articolo 9, commi 1 e 2, le parole "alle malattie neoplastiche e a patologie croniche e degenerative" sono sostituite dalle seguenti "alle malattie neoplastiche, a patologie croniche e degenerative, nonché a patologie inguaribili o degenerative, fisicamente totalmente invalidanti, anche non terminali, o a disabilità irreversibili, anche non terminali, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari".

<sup>216</sup> L'art.2 del DDL cit. propone di conseguenza anche una nozione ampia di "paziente", in sostituzione della locuzione "malato" di cui all'attuale formulazione dell'art. 2 co.1 lett. c della l. 38/2010, riferendosi non solo alla "persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita e la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa", ma anche «la persona affetta da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari".

<sup>217</sup> L'art.2 L.219/2017 è oggetto anch'esso del testo del disegno di legge che si propone di ampliarne la portata. Art.3 DDL cit., recante: *Modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita*: 1. All'articolo 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 2, dopo le parole "con il consenso del paziente" aggiungere le seguenti ", anche su richiesta dello stesso"; b) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: "2-bis. Le disposizioni di cui al presente articolo e di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b e c), della legge 15 marzo 2010, n. 38, si applicano anche a soggetti maggiorenni, capaci di intendere e di volere, affetti da patologia inguaribile o degenerativa, fisicamente totalmente invalidante, anche non terminale, o con disabilità irreversibile, anche non terminale, connotate da sofferenze fisiche o psichiche costanti, refrattarie ai trattamenti sanitari".

Tuttavia analoga possibilità è stata riconosciuta dalla L.219/2017, la quale ha inserito all'interno della L. n. 38/2010<sup>218</sup> la sedazione palliativa profonda<sup>219</sup>, ugualmente praticata già prima di quest'ultima esplicita previsione. Questa mancanza nel dato testuale, infatti, portava all'impossibilità per il paziente di poterla richiedere lui stesso al medico, dandogli solamente la possibilità di prestarvi il consenso. Con l'introduzione di questa previsione, è stato superato, non solo quest'ultimo problema, ma anche l'ulteriore impedimento pratico di potersi recare in pochi centri sul territorio per svolgere la sedazione palliativa, in quanto, in assenza di una legislazione espressa che ne rendesse la fruizione universalmente possibile, vi erano solo poche strutture sul territorio che la praticavano.

Il nuovo assetto delineato dalla L. n. 219/2017 e le modifiche apportate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 242/2019, hanno fatto avvertire l'esigenza di possedere un personale sanitario, oltre che propriamente informato su come e con quali modalità intervenire in questi casi così delicati, anche con massimo grado di specializzazione in materia di cure palliative e terapia del dolore<sup>220</sup>. A tal fine la il D.L. del 19 maggio 2020 n. 34 convertito con modificazioni dalla L. del 17 luglio 2020 n. 17 ha disposto l'istituzione, a decorrere dall'anno accademico 2021/2022, della scuola di specializzazione in medicina e cure palliative e

---

<sup>218</sup> La normativa italiana in materia di cure palliative e terapia del dolore, di cui alla L.38/2010, rappresenta una delle più avanzate nel panorama europeo, in quanto recettiva del disposto dalla "Carta sui diritti del dolore inutile" del 2005, promossa dal Tribunale per i diritti del malato. La Carta sanciva innanzitutto, all'art.1, «il diritto a non soffrire inutilmente», per cui «ciascun individuo ha il diritto a vedere alleviata la propria sofferenza nella maniera più efficace e tempestiva possibile». Da tale diritto ne derivavano altri: quello al riconoscimento del dolore (art.2), per cui tutti gli individui hanno diritto ad essere ascoltati e creduti quando riferiscono del loro dolore; il diritto di accesso alla terapia del dolore (art.3); il diritto ad una assistenza qualificata, nel rispetto dei più recenti e validati standard di qualità (art. 4); il diritto ad una assistenza continua, in tutte le fasi della malattia (art.5); il diritto ad una scelta libera ed informata, in modo da poter partecipare attivamente alle decisioni sulla gestione del proprio dolore (art.6).

<sup>219</sup> L'inserimento della sedazione palliativa all'interno della L.219/2017 si è realizzato anche grazie all'iniziativa veicolata dal dr. Mario Riccio -medico anestesista rianimatore presso l'ospedale di Cremona, che aveva in cura Piergiorgio Welby- e dall'associazione Luca Coscioni -Ass. promotrice del DDL 29/11/2018- i quali promossero la Carta dei Medici e degli operatori sanitari, sottoscritta da altri mille medici italiani. Il documento conteneva un appello al Parlamento riguardante, oltre la richiesta di includere nella L.217/2019 la possibilità di rinunciare a qualunque misura terapeutica senza l'eccezione dei "presidi di sostegni vitale", anche quella di "specificare la possibilità per il medico su richiesta del paziente, di operare una sedazione palliativa profonda continua, con sospensione delle terapie, in modo da accompagnare il paziente a morire senza soffrire" cfr. MAINDARDI M., *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre*, Torino, 2018, pp.15 e ss.

<sup>220</sup> L'importanza della preparazione del medico in maniera specialistica in questo campo è avvertita particolarmente in quei paesi che hanno una legislazione in materia eutanasi come l'Olanda, ove esiste lo SCEN (*Support and Consultation on Euthanasia in the Netherlands*). Quest'ultimo è un *network* di medici indipendenti istituito dalla Associazione dei medici olandesi (KNMG, *Royal Dutch Medical Association*). L'esempio che potrebbe essere tratto sta nel fatto che tale rete è composta da esperti che possono essere contattati dai colleghi per chiarimenti sulle procedure mediche eutanasiche o sulle valutazioni delle richieste dei pazienti. I medici SCEN "lavorano seguendo la legge e le linee guida della KNMG, e fanno formazione continua, aumentando conoscenza ed esperienza. Il programma SCEN è finanziato dal governo nell'interesse vitale di salvaguardare la qualità della consultazione con un medico indipendente nella procedura eutanasi. Nel 2017 ci sono circa 650 medici certificati SCEN, che offrono solamente consulenza e supporto, non la eseguono" cfr. JONG A., VAN DIJK G., *Euthanasia in the Netherlands: balancing autonomy and compassion*, in *World Medical Journal*, n. 63 del 2017, pp. 10-15.

introdotto il corso di cure palliative pediatriche nell'ambito dei corsi obbligatori della scuola di specializzazione in pediatria<sup>221</sup>.

È comunque auspicabile che tali trattamenti vengano estesi anche a soggetti non terminali in condizioni tali da costringerli a profonde sofferenze, rendendoli pienamente liberi di scegliere e fornendogli la possibilità di determinarsi a pieno in rispetto a tali scelte, senza essere costretti a disattendere “la loro personale idea di dignità”.

### CAPITOLO III

#### 1. L'evoluzione del rapporto medico-paziente alla luce della L. 219/2017

Fino agli inizi degli anni Novanta in Italia era diffuso un tipo di rapporto medico-paziente basato su un modello paternalistico,<sup>222</sup> attribuente al medico il c.d. “privilegio terapeutico”, ovverosia la facoltà, e non il dovere, di rivelare al paziente le sue condizioni, rimanendo, altresì, esonerato dall'obbligo di informarlo per poter scegliere i trattamenti da praticare, scelta, quindi, esclusivamente riservata alla sua discrezionalità. Concetto quest'ultimo ribadito dallo stesso Codice di deontologia medica del 1989, il quale attribuiva al medico il compito di valutare discrezionalmente la possibilità di informare e comunicare al paziente diagnosi e prognosi anche in caso di malattia grave o a esito infausto.

Questa concezione, pertanto, eclissava la figura del paziente riducendo il rapporto ad uno schema che potremmo quasi definire autoreferenziale, attribuente al medico uno spropositato potere d'azione che andava a estendersi a discapito della volontà e della libertà del paziente di prestare o meno il consenso alle cure, diritto ad egli garantito dall'art.32 della Costituzione e per questo insopprimibile.

---

<sup>221</sup> Art. 5 ter. D.L. n.34/2020, c.d. “decreto rilancio”: “1) A decorrere dall'anno accademico 2021/2022, è istituita la scuola di specializzazione in medicina e cure palliative, cui possono accedere i laureati in medicina e chirurgia. 2) Con decreto del Ministro dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro della salute, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione de presente decreto, sono disciplinati i profili specialistici, gli obiettivi formativi e i relativi percorsi didattici funzionali al conseguimento delle necessarie conoscenze culturali e abilità professionali della scuola di specializzazione di cui al comma 1. 3) Con il decreto di cui al comma 2 è altresì introdotto il corso di cure palliative pediatriche nell'ambito dei corsi obbligatori delle scuole di specializzazione in pediatria. 4) All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo, valutato in 1,8 milioni di euro per l'anno 2021, in 3,6 milioni di euro per l'anno 2022, in 5,4 milioni di euro per l'anno 2023 e in 7,2 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2024, si provvede mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 1, comma 200, della legge 23 dicembre 2014, n.190, come rifinanziato dall'articolo 265, comma 5, del presente decreto.

<sup>222</sup>Questo tipo di rapporto, dal punto di vista della filosofia etica, si considera basato sul paradigma morale c.d. “ippocratico”, secondo cui l'agire del medico doveva essere votato, nell'ottica di “privilegio terapeutico”, in ogni caso, al “bene del paziente”, ovverosia un'azione diretta al perseguimento di un “bene oggettivo assoluto”, un “dovere di salute”.



A partire dagli anni Novanta, però, con la “rivoluzione terapeutica”<sup>223</sup>, dettata dalla tecnologizzazione della medicina e dai suoi avanzamenti, il tradizionale modello di relazione medico-paziente inizia ad essere ripensato, in concomitanza con l’aumentare di istanze di autonomia e di umanizzazione<sup>224</sup>, che hanno portato al cambiamento della relazione da rapporto paternalistico a solidaristico, basato sull’alleanza terapeutica, di cui ne è esempio la pianificazione delle cure, svolta in tandem da medico e paziente nelle condizioni previste da legge<sup>225</sup>. Questo scenario, quindi, nel corso degli anni, è stato progressivamente portato al riconoscimento al paziente della sua libertà di salute e, dunque, ricondotto allo schema costituzionale.

La relazione di cura delineata dalla legge n. 219/2017, tuttavia, non si limita al mero rapporto medico-paziente, ma include anche il personale e l’organizzazione sanitaria e, nel caso in cui il paziente lo ritenga opportuno, anche le diverse figure che a vario titolo possono rappresentarlo, come indicato dal secondo comma dell’art. 1<sup>226</sup>. Tale disposto dà rilievo al ruolo centrale svolto da tutta la struttura sanitaria, che è nel complesso chiamata a rispettare le decisioni del paziente e a tutelarlo<sup>227</sup>. D’altra parte, a dover essere tutelata è anche la struttura sanitaria stessa, il personale medico e quello sanitario ai quali vanno date certezze sui rischi e le responsabilità che li riguardano. La legge, in relazione a ciò, chiarisce, all’art. 1, comma sesto, che il medico è “esente da responsabilità civile o penale” qualora stia agendo nel rispetto della volontà del paziente, inoltre, si specifica anche che il paziente non possa 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. La legge n. 219/2017 ha segnato una scelta politica forte nel senso di consentire al paziente di decidere autonomamente su come determinarsi sulle proprie condizioni di salute andando oltre al disposto

---

<sup>223</sup> MORI M., *Una “analisi bioetica” dell’attuale disputa sul testamento biologico come estensione del consenso informato*, in *Notizie di Politeia*, anno XXVII, n. 102, 2011, p. 59. In cui L’A. parla di questo cambiamento riferendosi ad una vera e propria “rivoluzione biomedica”, considerata come: “quel grande processo storico che sta portando l’uomo ad acquisire un sempre maggiore controllo del mondo organico”.

<sup>224</sup> BORSELLINO P., *Bioetica tra “moralì” e diritto*, op. cit., pp. 118-119 considera l’*autonomia* come il “superamento dell’idea che la volontà del soggetto possa essere sottomessa, quando sono in gioco questioni personali, alla volontà di un altro soggetto, non solo quando si tratta di un estraneo, ma anche quando il soggetto in questione è una persona vicina». Per ciò che attiene all’idea di *umanizzazione*, invece, sempre il medesimo A. (op. cit. pp.121 e ss.) è considerata, in ambito sanitario, come una rivalutazione del concetto di sollievo dalle pene del dolore e della sofferenza. Tali istanze, quali di autonomia o di umanizzazione, sono state portate all’attenzione delle Corti superiori di molti Stati occidentali tra cui l’Italia, come i citati casi Welby ed Englaro.

<sup>225</sup> Art. 5 l. n. 219/2017: “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’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”.

<sup>226</sup> Art.1, co., 2, secondo periodo: “contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l’equipe 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”

<sup>227</sup> Sul punto cfr. PIOGGIA A., *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2017, p. 293. e RODOTÀ S., *Solidarietà: un’utopia necessaria*, Laterza, 2014, p. 68-72, in cui l’A. sostiene che la tutela della persona malata richieda intervento e assistenza delle istituzioni, come le organizzazioni sanitarie, in grado di ricostruire il legame solidaristico che, oltre ad essere posto a base delle relazioni interpersonali, attribuisce un ruolo essenziale all’azione istituzionale.

costituzionale, consentendo di determinarsi in previsione di una sopravvenuta incapacità. Questa ulteriore “conquista” di autonomia, però, se da una parte amplia la possibilità di scelta del paziente, dall’altra questo stesso ampliamento va a comprimere l’altra parte del rapporto, la discrezionalità medica, andando a segnare un disequilibrio che riporta a logiche più vicine al vecchio paternalismo ippocratico piuttosto ad un moderno rapporto di alleanza.

Con le disposizioni anticipate di trattamento, infatti, la situazione è cambiata nettamente rispetto a quella presente in passato, in quanto, essendo queste contenute in un atto scritto con natura cogente per i suoi destinatari, la relazione di cura rischia di far regredire il rapporto ad uno stadio precedente. Senza un bilanciamento la situazione, invero, non potrebbe che derivare in un autoritarismo della volontà del paziente, la quale si pone come sovraordinata rispetto alla discrezionalità del medico, non più, quindi, in un rapporto dialogico, ma autoreferenziale. Il disponente potrebbe, potenzialmente, decidere, senza avvalersi del supporto di personale qualificato che lo avrebbe potuto informare, in un momento precedente alla redazione delle DAT, rispetto alle moderne soluzioni e alle concrete prospettazioni future.

Le disposizioni anticipate di trattamento, inoltre, possono essere redatte dal soggetto, in possesso dei requisiti di legge, previsti dall'articolo 4 della l. 119/2017, anche senza l'ausilio del notaio che come pubblico ufficiale è posto a garanzia della corretta formazione della volontà del disponente. Questa mancanza di controllo a livello redazionale delle DAT è conseguenza, sia della non obbligatorietà della forma dell’atto pubblico, sia della possibile assenza di una pianificazione terapeutica condivisa. In questo modo le DAT da auspicata “conquista del mondo moderno” potrebbero rivelarsi pericolose per la volontà stessa che si proponevano di tutelare; in quanto, tale scelta, in assenza di un controllo, potrebbe essere frutto di una formazione viziata di volontà dovuta alla mancata comprensione della situazione in cui si versa.

Questo provoca dei problemi dal punto di vista pratico in quanto le disposizioni anticipate di trattamento sono un atto giuridicamente vincolante e al quale personale sanitario e fiduciario devono conformarsi. L’escamotage legislativo introdotto è stato quello di inserire una clausola di flessibilità attraverso la quale medico e fiduciario d’accordo o in disaccordo, con conseguente pronuncia del giudice tutelare, possono derogare all’atto, qualora l’intervento sia effettivamente migliorativo della vita del paziente o una richiesta sia incongrua rispetto alla volontà dello stesso. Le problematiche circa l’eventualità di un vizio della volontà nella formazione dell’atto, in questo modo, sembrano arginarsi, anche se l’eccessiva vaghezza della disposizione rischia di essere mal interpretata aumentando a dismisura le facoltà d’intervento, quando sarebbe stato auspicabile, oltre che inserire tale norma di chiusura a salvaguardia eccezionale, anche un intervento precedente alla redazione che spingesse ad un dialogo e collaborazione con il personale sanitario e la struttura ospedaliera.

### **1.1. Alcuni profili problematici: la volontà presunta.**

La procedura dettata dall’art.4 della l.219/2017 prevede che le disposizioni anticipate di trattamento siano la modalità per 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” da effettuarsi in futuro da parte di un soggetto capace di agire “in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte”<sup>228</sup>; inoltre, perché quest'ultime abbiano efficacia, la norma prevede, altresì, che debbano essere redatte con specifiche modalità<sup>229</sup>.

Seguendo l'opzione interpretativa secondo la quale il meccanismo legislativo costituisce l'unica forma attraverso cui si possa dare rilievo alla volontà terapeutiche future del paziente, si accoglierebbe, come corollario naturale, che tutto ciò che non risulta in modo espresso dalle DAT non possa essere ritenuto vincolante e che, altresì, in mancanza di queste, in nessun caso sarà possibile ricavare una ipotetica volontà del paziente<sup>230</sup>.

A confutazione di tale teoria sono stati adottati diversi argomenti, primo dei quali uno di carattere logico, costituito dal fatto che, equiparando volontà espressa e volontà presunta, si andrebbero ad assimilare due situazioni altrimenti distinte, quali quella di una persona che, avendo meditato sul futuro e raccolto sufficienti informazioni, ha voluto indicare esattamente le proprie volontà terapeutiche e quella di un soggetto che potenzialmente potrebbe anche non aver mai riflettuto sull'eventualità di interrompere un trattamento sanitario o meno, in caso di sopravvenuta incapacità di autodeterminarsi<sup>231</sup>. In assenza di una dichiarazione espressa del soggetto interessato, infatti, sarebbe impossibile ricostruire con assoluta certezza, anche sul piano

---

<sup>228</sup> Art.4, co 1 l.219/2017: “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 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.”

<sup>229</sup> 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 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”; il quale co. 7 prevede che: “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”.

<sup>230</sup> Su questa posizione cfr. DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul testamento biologico e sui trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4, p. 1010; PARUZZO F., *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. Questa interpretazione 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 atto a tal fine consisterebbe in una “stranezza giuridica che rasenta la contraddizione”. Ad oggi, a seguito dell'approvazione della l. 219/2017, tale affermazione risulta più convincente, essendo effettivamente stato predisposto dal legislatore un atto dispositivo specifico avente lo scopo di racchiudere le volontà terapeutiche del soggetto incapace.

<sup>231</sup> Cfr. NICOLUSSI A., *Testamento biologico e problemi del fine – vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, Atti del Convegno internazionale (Roma, 12-13 aprile 2012), (Roma, 12-13 April 2012), in *Rivista Europa e dir. priv.*, 2013; Sul punto anche l'opinione di DWORKIN R., *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, p. 263, il quale evidenzia, nella prospettiva di una futura legislazione sul punto, la necessità che la disposizione sia aggiornata nel tempo, così da corrispondere genuinamente alle volontà del disponente.

probatorio, la sua reale volontà, emergente eventualmente da una mera opinione, per quanto attendibile, di terzi circa l'identità e i convincimenti della persona interessata<sup>232</sup>.

Ciò che, però, viene considerato dirimente, secondo la dottrina richiamata, sarebbe proprio lo stesso dato normativo. La legge 219/2017, infatti, indica espressamente le modalità attraverso cui possa essere ricostruita la volontà dell'incapace e, in assenza di una specifica rilevanza normativa data alla volontà presunta, non essendoci alcun diritto costituzionale in tal senso che ne giustifichi una diretta esigibilità, risulta infondata la pretesa di una presunzione di volontà; inoltre, proprio l'introduzione della normativa in materia, distoglie da ogni criticità rispetto all'apprezzamento giurisprudenziale della prova testimoniale fornita dalle persone vicine all'interessato atta a ricostruirne le volontà<sup>233</sup>. Se si seguisse tale impostazione, quindi, l'assenza di una previsione che dia rilievo alla volontà presunta, renderebbe chiara la scelta del legislatore di escludere la valenza di una volontà altra rispetto a quella espressamente formulata secondo le modalità indicate da legge<sup>234</sup> rimettendo, di conseguenza, al personale sanitario la decisione nel caso in cui il soggetto incapace non abbia redatto le DAT.

Una diversa corrente dottrinale, d'altra parte, assume una posizione opposta rispetto alla precedente, considerando quest'ultima incoglibile, in quanto provocante un'irrimediabile compromissione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del soggetto incapace. Tale dottrina sostiene che, in ragione di un insopprimibile *favor voluntatis* in materia della personalità, la possibilità di redigere le DAT debba intendersi come una facoltà che, qualora non esercitata, non andrebbe a costituire limite per l'operatività del diritto di autodeterminazione terapeutica<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> In questi termini critica la posizione CASTRONOVO C., *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 109. Il quale A. considera tale ricostruzione una "volontà per sentito dire", incapace di avere efficacia sul piano probatorio.

<sup>233</sup> Il contesto giuridico di riferimento, difatti, oggi è cambiato rispetto a quello valutato dalla Corte di cassazione Civile. Sez. I, nella sentenza n. 21748 del 2007, relativa al caso di Eluana Englaro. Alcuni esponenti della dottrina come cfr. DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul testamento biologico e sui sul consenso ai trattamenti medici*, in *Rivista di diritto civile*, Vol. 64, N. 4, 2018, p. 1008.; CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, 2012, pp. 66-68. ritengono che qualora il legislatore avesse voluto esprimersi favorevolmente rispetto alla volontà presunta in materia di fine vita, avrebbe optato per un modello simile a quello tedesco dove il, § 1901 b, Abs. 2, del BGB riguardante il colloquio per l'accertamento della volontà del paziente, prevede che il medico accerti quali misure siano indicate con riferimento allo stato complessivo e alla prognosi del paziente a fondamento della decisione di rifiutare le cure. Inoltre, nell'accertamento della volontà del paziente, dovrà essere consentito ai prossimi congiunti e ad altre persone di "fiducia" dell'assistito di esprimersi a riguardo, nel limite del possibile per evitare di comportare ritardi in scelte decisive. Il BGB prevede anch'esso la possibilità di formulare una *Patientenverfügung* (disposizione anticipata), e, al § 1901b la equipara sul piano dell'efficacia alla c.d. *mutmasslicher Wille* (volontà presunta). Secondo la disposizione, però, qualora non sia stata effettuata alcuna dichiarazione anticipata o la stessa appaia incongrua o non al passo con il progresso del sapere medico, rileverà la volontà presunta individuata dal *Betreuer* (fiduciario) sulla base elementi diversi, quali ad esempio le precedenti manifestazioni di volontà e le convinzioni etiche o religiose dell'incapace. Il *Betreuer* una volta individuata la volontà, ai sensi del comma 1, alla luce di questa dovrà decidere se richiedere o vietare un trattamento o una misura medica di qualsiasi tipo.

<sup>234</sup> Cfr. MICCICHÈ C., *L'amministrazione della sofferenza*, in *Jus*, 2017, p. 416, ove l'A. afferma che, non essendoci spazio per una volontà presunta, qualora medici o tutori dell'incapace optino per l'interruzione o il rifiuto di un trattamento salvavita, questi non saranno coperti dall'esenzione della responsabilità, ma la conseguenza delle scelte prese andrà formalmente e sostanzialmente loro imputata.

<sup>235</sup> Così FIMIANI P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, cit., pp. 17-18.

L'elemento che viene fatto valere come dirimente è sempre la lettera della norma, ma interpretata *a contrariis*, ovvero sia tale dottrina ritiene che, non essendoci un espresso divieto in merito, non si può considerare inopponibile la volontà terapeutica del soggetto divenuto incapace che non abbia redatto alcun tipo di disposizione, potendosi comunque dare prova dell'effettiva volontà del paziente. Tale prova, quindi, richiederà necessariamente un'attività di controllo da parte del giudice tutelare, il quale è il giudice designato dal comma 5 dell'art. 3 della l. 219/2017<sup>236</sup>, in caso di disaccordo tra rappresentante e medico, a decidere sui trattamenti da praticarsi o meno.

La problematicità rispetto a tale tema si insidia, quindi, come evidenziato, nell'assenza delle DAT, ipotesi che potrebbe verificarsi meno di rado di quanto si possa pensare<sup>237</sup>, in ragione della complessità della procedura di redazione e della non ancora culturalmente radicata accettazione delle decisioni sul fine vita.

Il problema fu avvertito anche durante l'iter redazionale della norma, invero, nel corso dei lavori preparatori, era stata avanzata la proposta di emendare il testo inserendo, all'art. 4, un espresso riferimento al caso in cui un soggetto, una volta sopravvenuta incapacità, non avesse reso alcuna disposizione anticipata. La proposta si proponeva di consentire, in questi casi, ai familiari, coniugi o conviventi dell'incapace di adire il giudice tutelare per la concessione di un'autorizzazione all'interruzione dei trattamenti sanitari, possibilità subordinata all'onere della prova che ciò fosse conforme alla volontà dell'interessato<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> 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”.

<sup>237</sup> Sono stati condotti diversi studi sul tema, quali, ad esempio, quello, condotto prima dell'approvazione della l. n.219, pubblicato da GOVI A. – VESHI D. – ORSI L. – MICCINESI G. – INGRAVALLO F., *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., in cui è stato evidenziato lo scarso ricorso alle disposizioni anticipate. Raccogliendo informazioni su un campione di 15.506.964 adulti residenti in 118 capoluoghi di provincia, si è osservato che solo 30 Comuni avevano adottato un registro e, nel settembre 2014, solo lo 0,041% dei residenti ne aveva fatto effettivo utilizzo.

Più recente la ricerca condotta da *Vidas* presentata al Comune di Milano 13 dicembre 2019, analizzante un campione rappresentativo dell'intero territorio nazionale, dalla quale emerge che il 19% degli italiani dichiara di essere ben informato mentre il 28% non ne ha mai sentito parlare. Sulla base dell'indagine i più preparati e favorevoli al testamento biologico risultano essere i cittadini residenti nelle regioni del nord-ovest, atei o agnostici, di età compresa tra i 26 e i 40 anni e con un livello di istruzione medio-alto. Minore informazione, invece, risulta esserci nelle regioni del Sud tra i soggetti di fede cattolica over 70.

<sup>238</sup> Proposta di emendamento a firma dell'On. Mara Mucci e altri, pubblicata nell'allegato A della seduta del 20 aprile 2017, riguardante l'aggiunta all'art. 4 del 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”. L'intento perseguito era quello di dare riconoscimento normativo a quelle ipotesi in cui i familiari o i tutori dell'interessato, evidenziandone la personalità, avrebbero potuto sostenere che questi non avrebbe voluto proseguire la propria vita in condizioni di incoscienza, con dipendenza totale da un supporto esterno.

L'emendamento, però, fu respinto, non essendoci nella versione definitiva del testo alcuna indicazione relativa alla disciplina applicabile chi si trovi in una situazione di "incapacità di fatto"<sup>239</sup> ovvero sia colui che, pur concretamente incapace di autodeterminarsi, non sia destinatario di misure di protezione organizzata, né provvisto di un fiduciario previamente indicato nelle DAT. Il legislatore, infatti, ha regolamentato i soli casi in cui l'assenza di disposizioni anticipate riguardi i soggetti interdetti, inabilitati o sottoposti ad amministrazione di sostegno. Per quest'ultimi, in assenza di DAT, è prevista, in ragione della misura di sostegno, la possibilità che il rappresentante legale o l'amministratore di sostegno, qualora il loro incarico preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario ex art. 3 co. 4 l.219/2017, rifiutino ogni tipo di trattamento per l'assistito, compresi quelli salvavita. A tale possibilità, però, la norma prevede un'unica eccezione, rappresentata dall'eventualità in cui il medico dovesse ritenere che le cure rifiutate siano appropriate e necessarie per il paziente; in tal caso la decisione sarà rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o del medico o del rappresentante legale della struttura<sup>240</sup>.

## 1.2. Alcuni profili problematici: l'obiezione di coscienza.

L'obiezione di coscienza può essere definita sinteticamente come il rifiuto opposto ad un obbligo di diritto positivo sulla base di convincimenti etico-morali da parte di un soggetto, la quale opposizione nasce da un contrasto tra obbligo non giuridico, frutto dalla propria coscienza, e obbligo giuridico, imposto dallo Stato<sup>241</sup>. Questo fenomeno, però, è molto più complesso e ciò è reso evidente anche dal fatto che sia oggetto di indagine trasversale da parte di tutti i rami della dogmatica giuridica e non solo, in quanto, oltre che essere un fenomeno giuridico, in esso interferiscono concettualizzazioni proprie della filosofia politica e morale. L'obiezione di

---

<sup>239</sup> PICCINNI M., *Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017*, in *Resp. med.*, 2018, n. 3, p. 249.

<sup>240</sup> L' art.3 l.219/2017, come sottolineato censura da parte del Tribunale di Pavia che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dei commi 4 e 5 rispetto agli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, parrebbe affidare al volere del rappresentante decisioni cruciali in materia di fine vita del soggetto rappresentato, prescindendo dal controllo dell'autorità giudiziaria e rimettendo a un terzo scelte che rimangono personalissime, anche per l'interdetto o l'inabilitato. Il Tribunale di Pavia, sez. II, RG 933/2008 V.G., nell'ordinanza, evidenzia la necessità che si provveda necessariamente ad un iter giurisdizionale che conduca all'accertamento della volontà del soggetto rappresentato, perché si possa validamente arrivare all'emissione di un provvedimento che ordini il distacco del supporto vitale, essendo questo comunque un atto personalissimo, e come tutti gli atti di questo tipo richiede un'attenzione maggiore. Difatti, il ruolo del legale rappresentante o dell'amministratore di sostegno dovrebbe limitarsi all'individuazione e trasmissione delle volontà dell'interessato. L'ordinanza evidenzia come, in ragione dell'inviolabilità del diritto del singolo al rifiuto dei trattamenti sanitari, non possa in nessun caso essere del tutto delegata a soggetti terzi l'individuazione della volontà dell'interessato, i quali, pertanto, potranno soltanto palesare una volontà già formata.

<sup>241</sup> Cfr. TALINI S., *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 COLAPIETRO C. – ATRIPALDI M. –FARES G.–IANNUZZI A., (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, in cui l'A. definisce il conflitto tra obbligo positivo e obbligo morale insito nell'obiezione di coscienza come bidirezionale: "si snoda 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".

coscienza, quindi, assumerà una definizione differente, dal punto di vista del significato, a seconda dell'ambito giuridico dal quale viene analizzata. L'accezione diffusa ad oggi, differente da quelle accolte in passato<sup>242</sup>, definisce tale fenomeno di obiezione 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"<sup>243</sup>.

L'obiezione di coscienza è stata nel corso degli anni oggetto di diverse pronunce della Corte costituzionale, di cui una delle prime è rappresentata dalla sentenza n. 467 del 1991<sup>244</sup>, nella quale la consulta enucleò il principio secondo cui la protezione accordata alla libertà di coscienza, quale valore costituzionale essenziale, giustifichi "la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili". Nella stessa sentenza, però, la Corte sembra escludere che da tale assunto derivi la doverosità costituzionale dell'obiezione di coscienza, laddove asserisce che quest'ultima possa trovare tutela solo "a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo

---

<sup>242</sup> Il termine "obiezione di coscienza" è stato assunto storicamente in almeno tre diverse accezioni in linea di massima approssimazione così sintetizzabili: 1. Teoria diffusa soprattutto in passato, che conferiva all'obiezione di coscienza un'accezione atecnica e generica, interpretante 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" cfr. BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, 1967, pp. 16-17. Dello stesso *genus* ma in maniera più restrittiva, quella di GOMEZ DE AYALA A., *Aspetti giuridici e teologici dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, 1964, p. 193: "l'atto di opporre la propria all'altrui opinione". 2. Altra locuzione più frequente è stata impiegata 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 si è fatto portatore della problematica e successivamente è stato assunto quale archetipo dell'intera categoria come rileva PIGLIARU A., *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". Il diffondersi di tale accezione si è arrestato, però, quando il legislatore ha iniziato a disciplinare espressamente ipotesi diverse di obiezione dal servizio militare, impiegando per descriverle comunque "obiezione di coscienza". Questa circostanza ha fatto sì che Autori come NAVARRO VALLS R.- MARTINEZ TORRON J., *le obiezioni, Protecting conscientious objection as a fundamental right. Considerations on the draft agreements of the Slovak Republic with the Catholic Church and with other registred churches*, ricerca per Institute for State-Church Relations, Bratislava, 2007, p.9 andassero a preferire una definizione plurale. Questo diffondersi di ipotesi ha aperto la strada alla definizione accolta maggiormente dalla dottrina oggi: non più atecnica ma tecnica e adattabile alle diverse eventualità di obiezione di coscienza e non più al solo servizio militare.

<sup>243</sup> Questa la definizione di obiezione di coscienza è tratta da: VIOLA F., *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 9/2009, p. 169.

<sup>244</sup> La sent. n. 467/91 verteva sullo scrutinio di costituzionalità relativo all'art. 8, co.2 e 3 legge 15 dicembre 1972, n. 772 recante: *Norme per il riconoscimento della obiezione di coscienza*, nella parte in cui non prevedeva che l'estensione del trattamento previsto per chi avesse obiettato prima di assumere il servizio militare anche a coloro che avessero rifiutato di continuare a prestare servizio militare, dopo averlo assunto, che si trovavano nelle medesime condizioni e che adducevano i medesimi motivi, quali il proprio convincimento morale, filosofico o religioso di rifiutare l'uso delle armi. La distinzione di trattamento era tale che, per chi si trovasse nella seconda condizione, era prevista, oltre che la pena di cui al reato di omessa presentazione in servizio, anche l'impossibilità dell'esonero dalla prestazione del servizio militare di leva. A commento di questa sent. tra gli altri v. SASSI P., *Una nuova sentenza della Corte Costituzionale in tema di obiezione di coscienza al servizio militare. Obiezione c.d. sopravvenuta e motivi religiosi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992; VENDITTI R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, 1999, che approfondisce il tema dell'obiezione di coscienza in ambito militare.

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”<sup>245</sup>.

L'obiezione di coscienza, quindi, si presenta, in queste forme, come un diritto ad interposizione legislativa secondo il quale l'individuo, le cui convinzioni etico-morali si pongono in contrasto con gli obblighi di legge, potrà legittimamente obiettare, per non attivare una condotta antiggiuridica, solo qualora tale possibilità sia individuata espressamente dalla legge stessa<sup>246</sup>. Ciò nonostante, le scelte del legislatore non possono essere considerate esenti da qualsiasi tipo di sindacato anche in ordine alla non previsione della clausola di coscienza. Difatti, se il legislatore, nell'attività di bilanciamento tra i vari interessi e valori in campo, dovesse decidere di comprimere la libertà di coscienza non prevedendo la possibilità di sollevare obiezione, questo non precluderebbe un intervento della Corte costituzionale volto ad accertare se, tale mancata previsione, sia il risultato di una scelta manifestamente irragionevole e, qualora risulti tale, incostituzionale come nel caso della sentenza n. 467 del 1991.

L'assenza di un'espressa clausola di coscienza nella legge n. 219/2017, quindi, solleva dubbi sulla prevedibilità di un'obiezione del medico rispetto all'ottemperare alle richieste di un paziente che rifiuti un trattamento salvavita attraverso le DAT<sup>247</sup>.

---

<sup>245</sup> Nonostante la Corte Costituzionale, nella sentenza citata, compia un intervento di tipo additivo, prevedendo l'estensione della possibilità di formulare obiezione di coscienza anche tardivamente, questo non è stato ritenuto sufficiente a giudicarla come costituzionalmente necessitata. Questo è reso da un passaggio della parte motiva dove si evincono le ragioni che hanno portato alla decisione della Corte, la quale va a giudicare l'irragionevolezza del bilanciamento compiuto dal legislatore con la legge n. 772 del 1972, “poiché introduce un discrimine all'interno di una disciplina concernente condotte riferibili alla protezione di un bene giuridico costituzionalmente unitario e comportante, a livello di norme costituzionali, un medesimo bilanciamento di valori” (Corte cost., sent. n. 467/91, cons. in diritto, paragrafo 5). Di qui emerge che la declaratoria di incostituzionalità derivi, non dalla mancata previsione della clausola di coscienza, ma dalla considerazione che tale omessa previsione rappresenti l'esito di un bilanciamento manifestamente irragionevole.

<sup>246</sup> La clausola di coscienza, invero, è contenuta in maniera espressa in molte discipline nel novero delle tematiche bioetiche, proprio per la natura dell'obiezione e al suo perimetro delimitativo: l'obiezione può essere opposta solo relativamente a contrasti forti tra un obbligo di legge e uno di coscienza, altrimenti lo Stato si ridurrebbe ad un'organizzazione anarchica. A titolo di esempi delle normative in cui è inserita la clausola di coscienza la legge n. 194/1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza, la legge n. 413/1993 sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale e la legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita.

<sup>247</sup> L'opportunità di prevedere l'obiezione di coscienza nell'ambito delle discipline sul fine vita ha trovato un ampio riscontro nella dottrina straniera, tra gli altri WICCLAIR M.R., *Conscientious Objection*, in YOUNGNER S. J. – ARNOLD R.M. (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethics at the End of Life*, Oxford, 2016, pp. 87-89. Invero, anche in paesi in cui la normativa sull'autodeterminazione terapeutica anticipata è presente da tempo, non sempre il legislatore ha positivizzato la facoltà per i medici di appellarsi ad una clausola di coscienza per non dare attuazione alle direttive del paziente, ne è un esempio il caso degli Stati Uniti, ove il *Patient Self-Determination Act* (PSDA), legge federale che consente l'autodeterminazione anticipata, è in vigore dal 1990, ma non prevede alcuna forma di obiezione, rimandando, però, alla legislazione statale l'eventuale discrezionale suo inserimento. La possibilità di usufruire di quest'introduzione è stata accolta in maniera disomogenea degli Stati federati, lasciando una zona di incertezza normativa, con conseguenze sul piano giurisprudenziale, in quanto sebbene ci sia una possibilità di integrazione a livello statale la legge rimane federale e unica sul territorio statunitense, così come unico sarà il giudice.



A fronte del silenzio della legge<sup>248</sup>, una prima interpretazione ermeneutica potrebbe essere una lettura ampliativa che colga nel testo, nel suo compresso, gli appigli necessari per prevedere implicitamente la facoltà di obiettare. Difatti, si può osservare come gli articoli 1 e 4 l.219/2017 sembrano suggerire una presunzione della facoltà di obiezione, come ne è un esempio la disposizione di cui all'art. 1, comma 6, ove si afferma: “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”. Il medico, dunque, in accordo con tale disposizione, potrebbe sottrarsi dall'adempiere all'obbligo di esecuzione delle volontà disposte nelle DAT attraverso il rinvio alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali<sup>249</sup>. L'aspetto critico della ricostruzione in relazione all'art.1, comma 6, è proprio l'entità di queste ultime fonti oggetto di rimando, le quali sono state protagoniste di opinioni discordanti rispetto alla loro dubbia natura normativa<sup>250</sup>, perplessità che per quanto condivisibili o meno, non esulano dall'accogliere che, anche in termini di sostenibilità amministrativa<sup>251</sup>, la previsione dell'obiezione di coscienza necessita di un fondamento normativo più solido del Codice deontologico<sup>252</sup>. Altro esempio di disposizione che sembra presupporre in maniera più evidente la clausola di coscienza è l'art. 4, comma 5 l.210/2017, enucleante le ipotesi in cui il medico può legittimamente rifiutarsi di eseguire le volontà espresse dal soggetto nelle DAT. L'oggetto del comma in commento già suggerisce il rimando alla possibilità di obiezione di coscienza, lasciando, però comunque un punto dibattibile quale la troppa genericità dell'assunto. La disposizione, infatti, se da una parte è indubbiamente necessaria, in ragione della continua evoluzione dell'*ars medica* e, perciò, particolarmente mutevole al decorso del tempo il quale può facilmente rendere obsoleti alcuni trattamenti o crearne di nuovi; dall'altra la genericità della norma potrebbe creare un progressivo abusivo ampliamento delle

---

<sup>248</sup> È stato presentato un progetto di legge volto ad introdurre una clausola di coscienza nella legge n. 219/2017 Cfr. XVIII leg., A.C. 674 DDL c.d. “Mugnai” recante: *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 rinuncia del paziente ai trattamenti sanitari*, presso la Camera il 30 maggio 2018, ma ad oggi all'interno del 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 indirettamente provochino la morte del paziente.

<sup>249</sup> Il rimando a tali atti, però, solleva comunque dei problemi applicativi, nella considerazione del fatto che si tratta di due fonti non legislative storicamente limitative delle DAT; problema sollevato, già prima dell'approvazione definitiva della legge, da AINIS M., *Se obiettano sul testamento biologico*, in *La Repubblica*, 26 febbraio 2017. Invece, PARIS D., *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, studi e ricerche scelte da Astrid, 2011, in relazione all'obiezione dei farmacisti sulla vendita della c.d. pillola del giorno dopo, rappresenta il timore che il medico potrebbe sottrarsi all'obbligo attribuendo, nel silenzio della Legge, al Codice deontologico il “ruolo supplente delle clausole di coscienza”.

<sup>250</sup> Cfr. D'ANDREA P. I., *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.

<sup>251</sup> Cfr. DI COSIMO G., *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in DI COSIMO G. –PUGIOTTO A.– SICARDI S., *La libertà di coscienza*, in *Editoriale scientifica*, 2015, p. 26, in cui l'A. evidenzia come la libertà di coscienza del medico possa andarsi a scontrare con i principi organizzativi dell'amministrazione pubblica, che trovano fondamento nell'art. 97 Cost, come il principio di buon andamento.

<sup>252</sup> Così CASONATO C., *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in LUCREZI F. –MANCUSO F. (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubettino, 2010, p. 92. in cui l'A. è critico sul CDM in quanto ritenuto poco affidabile in forza del fatto che “scont[a] taluni problemi ai fini della sua collocazione nel sistema delle fonti”.

ipotesi di esclusione, il che renderebbe eccessivamente vulnerabile la vincolatività delle DAT eludendo la legge.

Una seconda opzione interpretativa, sempre nel solco dell'assunto della doverosità del riconoscimento dell'inserimento della clausola di coscienza, potrebbe essere quella di andare a prediligere, come proposto da una parte della dottrina, una lettura costituzionalmente orientata, focalizzata al di sopra del dettato normativo e che inserisca un'ipotesi di obiezione di coscienza in forza di una diretta esigibilità della norma costituzionale stessa<sup>253</sup> o per il tramite dell'intervento manipolativo della Consulta<sup>254</sup>.

La Corte costituzionale, difatti, ha considerato desumibile dagli artt. 2, 3, 19 e 21 Cost. la libertà di coscienza e di fede, ma non ha mai ritenuto come costituzionalmente necessitata la previsione di una clausola di coscienza, atta a porre obiezione trasversalmente, in forza di convinzioni etico-morali, ad ogni obbligo positivo. Per questo è il parlamento, in quanto massimo organo rappresentativo, a dover valutare i vari interessi e operare un bilanciamento degli stessi, anche saggiando l'etica comune e quanto in funzione di questa sia avvertita dalla collettività la necessità di una clausola di coscienza in un testo in via di legge su una data tematica potenzialmente sensibile. La morale e l'etica di un popolo, d'altronde, mutano continuamente al mutare del popolo stesso, pertanto, sarebbe più coerente che ad interpretare le istanze della moralità in itinere sia proprio il legislatore statale che meglio può operare questo bilanciamento tra necessità normativa e istanza della coscienza del singolo. Sarebbe, quindi, forse preferibile un'interpretazione restrittiva che non lasci margine a qualsiasi facoltà di obiezione<sup>255</sup> o consentire un'obiezione solo nei casi in cui ci sia la concreta possibilità di realizzazione della volontà del disponente attraverso l'opera di un altro membro del personale sanitario nel tempo e nel luogo richiesti.

## **2. Il rapporto di cura: come e cosa cambia rispetto alle DAT.**

La legge n. 219/2017 riconduce il rifiuto e la rinuncia al trattamento sanitario al medesimo paradigma del consenso informato “nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza,

---

<sup>253</sup> Cfr. PARIS D., *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw Journal*, Rivista di Biodiritto, f. 1, 2018, p. 34 Opera questa ricostruzione non sostenendola.

<sup>254</sup> Cfr. D'AVACK L., *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*, f. 1, 2018, p. 188. In cui l'A. sostiene che l'incostituzionalità della non previsione di una clausola relativa all'obiezione di coscienza potrebbe risiedere nella violazione della libertà di coscienza stessa, di cui agli artt. 2, 3, 19 e 21 Cost. Vi sarebbe un profilo di incostituzionalità collidente con la natura pluralista della società, risiedente nell'omessa previsione dell'obiezione e nell'estensione dell'obbligo di esecuzione delle prestazioni a ogni struttura sanitaria pubblica e privata, non prevedendo alcuna riserva a favore delle strutture ecclesiastiche che godono di privilegi previsti pattiziamente, andando, altresì, contro l'art. 7 Cost.

<sup>255</sup> 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 principi 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.

l'autonomia professionale e la responsabilità del medico"<sup>256</sup>; difatti, la Legge consacra a livello normativo il precetto costituzionale dell'art.32, riconoscendo al paziente una libertà, e non un dovere, di salute, la quale trova la sua espressione nel contesto dell'alleanza terapeutica<sup>257</sup>. Per cui, al pari del consenso informato, la decisione di rifiutare o di rinunciare ai trattamenti sanitari, compresi quelli necessari per il mantenimento in vita, deve essere presa in maniera più consapevole possibile dal paziente, per il quale la scelta si presenta come uno dei possibili esiti del percorso informativo-comunicativo instauratosi con il medico durante il rapporto di cura<sup>258</sup>.

Il consenso informato al trattamento e il rifiuto o rinuncia allo stesso possono, quindi, essere intesi come facce speculari della medesima medaglia<sup>259</sup>, infatti, come ogni diritto di libertà, anche quello alla salute non può che comportare l'estensione al suo risvolto negativo delle garanzie previste per il positivo. Per tale ragione, anche il rifiuto o la rinuncia al trattamento sanitario devono giungere all'esito di un percorso che punta a colmare l'asimmetria informativa insita nel rapporto medico-paziente. La necessità di informare compiutamente e comprensibilmente il paziente non sussiste, difatti, solamente in una fase iniziale della relazione di cura, ma deve essere costante, in quanto questi ha la facoltà, non solo di rifiutare o acconsentire ad un dato trattamento, ma anche di rivedere la sua posizione, rinunciando allo stesso e chiedendone l'interruzione o, all'opposto, richiedere la sottoposizione ad un trattamento che aveva in precedenza rifiutato. Il cambiamento della scelta fatta inizialmente dal paziente può essere determinato da molteplici fattori, ma il medico deve peritarsi del fatto che non derivi da una mancata comprensione delle informazioni rese o addirittura della mancanza delle stesse.

Nello specifico, la peculiarità delle ragioni che sono alla base di un rifiuto o una rinuncia a trattamenti sanitari c.d. "*life-saving*", comporta un'intensificazione dell'impegno comunicativo tra le parti della relazione terapeutica tale da fargli raggiungere il suo *ακμή*. Invero, proprio la complessità etica delle questioni in gioco e la delicatezza degli interessi coinvolti costituiscono la ragione per cui nella legge n. 219 del 2017 viene data rilevanza ad un rafforzamento dell'elemento fiduciario e del carattere collaborativo del rapporto di alleanza

---

<sup>256</sup> Ex. art. 1, comma 2 L.219/2017: "E' 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. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe 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".

<sup>257</sup> La stessa Corte cost., ord. n. 207/2018, par. 8 del Considerato in diritto, ha affermato in relazione alla legge 22 dicembre 2017, n. 219 che, quest'ultima, "riconosce ad ogni persona «capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza [...] nel contesto della «relazione di cura e di fiducia» tra paziente e medico, che la legge mira a promuovere e valorizzare".

<sup>258</sup> CANESTRARI S., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 55-78.

<sup>259</sup> Occorre precisare come la Corte costituzionale nell'ord. n.207/2018 abbia riconosciuto l'equivalenza normativa di due situazioni distinte sul piano naturalistico: l'ipotesi del rifiuto di trattamenti sanitari salvavita da parte di un paziente autonomo e il caso di sospensione o interruzione a trattamenti sanitari *quoad vitam* da parte del paziente che richieda che sia operata tramite una condotta medica (come ad esempio la disattivazione di un macchinario di alimentazione o idratazione artificiale).

terapeutica<sup>260</sup>, evitando, così, che il diritto al rifiuto delle cure sia abusato costituendo il potenziale pretesto di condotte di abbandono o di accanimento terapeutico<sup>261</sup>.

La situazione, però, si fa più complessa nel caso in cui il medico si trovi a rapportarsi con un paziente incapace di agire che abbia redatto le disposizioni anticipate di trattamento. In questo caso, non potranno, in ragione della situazione del paziente, essere veicolate nei suoi confronti informazioni o instaurarsi un rapporto comunicativo finalizzato alla pianificazione terapeutica, ma, nonostante ciò, l'obbligo comunicativo-informativo sorgente in capo al medico non decade, neanche in caso di incapacità del paziente. La relazione di cura, infatti, non può regredire ad un rapporto paternalistico anche se il soggetto non può concretamente interagire, né tantomeno disallineare l'asse paritario del rapporto a favore di un dominio della volontà del paziente, eliminando la possibilità dell'esercizio della discrezionalità medica. Tale obbligo, però, non potrà realizzarsi allo stesso modo in presenza di un paziente incapace, ma trova una sua via differente adattandosi al nuovo contesto senza andare a sacrificare uno dei principi cardine della relazione medico-paziente.

La diversa configurazione dell'obbligo è suggerita dalla lettera stessa dell'art.4 della l. 219/2017, il quale costruisce la struttura delle DAT prevedendo la figura di un fiduciario che ha il compito di fare le veci del disponente. Quest'ultimo ha un rapporto diretto con il personale medico, invero, è la Legge stessa che indica come costituisca eccezione, alla generale vincolatività dell'atto dispositivo, l'accordo tra fiduciario e medico sul disattenderlo in presenza di determinate condizioni<sup>262</sup>. Questo sottolinea come venga traslato dal

---

<sup>260</sup> Nello specifico l'art. 1, co.5, L.219/2017 afferma 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".

<sup>261</sup> In riferimento alla situazione italiana, il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, 24 ottobre 2008. Cfr. anche CANESTRARI S., *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, contributo a : *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, ESI, Napoli 2019, in cui l'A. ritiene che obiettivo del legislatore nell'inserire tale facoltà di scelta di sottoporsi o meno ad un dato trattamento nel rapporto di alleanza terapeutica sia quello di scongiurare un duplice rischio "Da un lato, quello per cui il rifiuto di cura possa scaturire da un senso di "ripudio" verso l'atteggiamento di aggressività diagnostico-terapeutica e di reificazione/alienazione della persona sofferente, amplificato dall'attuale tendenza a un eccesso di razionalizzazione e aziendalizzazione dei servizi medico-assistenziali. Dall'altro, il rischio che il paziente si risolva a rifiutare le cure per timore che le carenze dei servizi di assistenza ai malati – e il conseguente trasferimento del carico di cure sulla cerchia familiare – lo consegnino ad una situazione di "solitudine" e di "abbandono" terapeutico e assistenziale".

<sup>262</sup> Art. 4 co.5 l.219/2017: "Fermo restando quanto previsto dal comma 6 dell'articolo 1, 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". Il comma 6 dell'art. 1, richiamato anche dall'art. 4, comma 5, afferma 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". L'espressa previsione di esenzione della responsabilità penale del medico nella legge n. 219/2017 non è comunque di secondaria importanza, in quanto come segnalato da CANESTRARI S., *Una buona legge buona (DDL recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, pp. 975-977, l'assenza di una netta posizione in tal senso potrebbe indurre gravi distorsioni nella relazione di cura, potenzialmente accentuate da diffusi atteggiamenti di medicina

disponente al fiduciario l'obbligo comunicativo-informativo, seppur non tangendo la natura bidimensionale del rapporto di cura.

L'alleanza terapeutica per sua natura non può che avere come sue parti il medico e il paziente, ma, data l'incapacità del soggetto, è reso necessario l'intervento nel rapporto di un terzo finalizzato a realizzare la volontà espressa dal disponente nelle DAT. Diversamente da quanto accade per il tutore legale dell'incapace, che realizza le sue scelte nell'interesse del tutelato, considerato impossibilitato ad esprimere compiutamente la sua volontà, in questo caso, l'operato del fiduciario è limitato al solo contesto sanitario e alla realizzazione di una volontà espressa dal disponente. Rispetto a tale volontà, però, il fiduciario, sebbene non agisca arbitrariamente, non si pone come mero esecutore, ma interagisce con il contesto in itinere, in quanto, proprio perché le DAT consistono in un atto redatto in un momento precedente al sopravvenire dell'incapacità, la situazione preveduta o prevedibile dal disponente potrebbe cambiare sostanzialmente, essendo comunque un contesto quello medico condizionato da elementi circostanziali potenzialmente imprevedibili, quali, ad esempio, il naturale progresso scientifico o la risposta ad un trattamento al quale il paziente è stato sottoposto. La Legge, però, non obbliga il disponente a prevedere la presenza di un fiduciario per la realizzazione delle DAT, in quanto, il contenuto impositivo dell'atto, è precipuamente diretto al medico, mentre il fiduciario svolge un ruolo che potremmo definire relazionale che si estrinseca nell'intrattenimento dei rapporti con il personale sanitario e la struttura ospedaliera. La relazione informativa, in tal modo, però, cesserebbe di esistere al momento della sopravvenuta incapacità del paziente aumentando la gravosità dell'impegno del medico e aumentando, pedissequamente, il rischio di una "medicina difensiva" che potrebbe portare il medico ad agire senza valutare le eventualità sopravvenute con puntualità per timore di dover, per questo, procedere per le vie legali, oppure rischiare di ricondurre il rapporto all'assoluto dominio del medico. Proprio per questo la legge 219/2017 prevede in caso di assenza del fiduciario l'intervento del giudice tutelare che avrà il compito di designare un amministratore di sostegno<sup>263</sup> a tal fine.

Comunque occorre precisare che il legislatore ha operato una scelta ben precisa optando per la vincolatività delle disposizioni anticipate, l'operatore sanitario, infatti, ex art. 1, co. 6, l.219/2017, è tenuto al rispetto della volontà espressa dal paziente, salvo che quest'ultimo esiga trattamenti contrari a norme di legge, a deontologia

---

difensiva, che conducono il medico a disattendere la volontà del paziente per evitare il rischio di contenziosi. La dottrina penalistica prevalente, difatti, ha da tempo affermato che la liceità delle condotte attive del medico si fonda sulla scriminante dell'adempimento di un dovere ex art. 51 c.p., derivante a sua volta in questo contesto di dovere terapeutico dall'articolo 32, co. 2, Cost., nello specifico concretizzato nell'obbligo di interrompere il trattamento sanitario di fronte alla revoca del consenso da parte di un paziente consapevole ed informato. Posizione quest'ultima condivisa anche dalla giurisprudenza italiana, che si è espressa in tal senso anche nel caso relativo alla vicenda di Piergiorgio Welby (GUP, T. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049), il quale, aveva richiesto la disconnessione del ventilatore polmonare che lo teneva in vita contestualmente alla somministrazione di farmaci sedativi, richiesta accolta dal giudice.

<sup>263</sup> Art. 4 co.4 l.219/2017: "Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, le DAT mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente. 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".

professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali<sup>264</sup>. Una disposizione anticipata è pertanto una direttiva vincolante<sup>265</sup> che è sottoposta, però, ad un limite rappresentato della incongruità della disposizione stessa, la quale si può esprimere sia rispetto al testo in sé, che al mutamento delle circostanze di fatto. Difatti, all'art. 4, l.219/2017 viene stabilito che il medico, d'accordo con il fiduciario, può disattendere le disposizioni anticipate di volontà, ma solo qualora 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.

Nonostante sia evidente il rapporto di regola ad eccezione intercorrente tra la vincolatività e la derogabilità delle disposizioni, meno chiaro è inquadrare con chiarezza tali criteri derogatori, i quali risultano estremamente generici. Per incongruenza della disposizione, infatti, si potrebbe intendere anche meri errori lessicali o una poca probità del linguaggio tali da non rendere la reale volontà del paziente; mentre, il riferimento alle terapie non prevedibili, potrebbe far sorgere l'esigenza di costruire il testo in maniera tale da poter rispettare la volontà del disponente in ogni caso, mutuandola all'eventualità che il progresso della scienza medica renda praticabili nuove terapie salvifiche sconosciute al momento della redazione delle DAT.

Per tali modifiche e adattamenti risulta, quindi, centrale, il ruolo del fiduciario nelle vesti di vicario del disponente, di modo che venga valutata l'entità delle "concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita" alla luce, non solo del quadro clinico o dello stato oggettivo della vita biologica, ma anche, più propriamente, secondo la personale idea di dignità del paziente, ispirata al suo vissuto, alle sue esperienze e soprattutto nel rispetto di ciò che ha espresso di volere o meno e a come ritenga di voler vivere<sup>266</sup>.

Per quanto riguarda, invece, il medico e dell'equipe sanitaria, nel caso in cui vengano disattese d'accordo con il fiduciario le DAT, opererà la medesima esenzione da responsabilità agente in riferimento al consenso

---

<sup>264</sup> Autorevole dottrina ha ritenuto che l'inciso previsto all'art.1 co.6 l.219/2017 costituisca riconoscimento della possibilità per il personale sanitario di opporre la c.d. clausola di coscienza. In questo senso EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fascicolo 2/2018, p. 423; CUPELLI C., *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. Web dir. Pen. Cont.* Fascicolo 12/2017, p. 130. Del segno opposto, invece, l'opinione di FIMIANI P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, in *Riv. Web Dr. Pen. Cont.* 22 maggio 2018, contributo che riproduce, con modifiche e integrazioni, la relazione svolta al convegno "Il diritto sulla vita – Il testamento biologico, autodeterminazione e dignità della persona" (Bolzano, Associazione Studiorum del Consiglio Notarile, 11 maggio 2018), pp. 5-9, in cui l'A. esclude nettamente la possibilità per il sanitario di opporre la clausola di coscienza.

<sup>265</sup> La norma, in questo aspetto, valorizza maggiormente l'autonomia del paziente a discapito di quella del medico. Tale situazione porrebbe, però, incidere negativamente con l'equilibrio del rapporto di cura, delineato anche dall'art.32 Cost., spostando l'asse della relazione ad un eccessivo potere della volontà del paziente, sacrificando l'autonomia professionale del medico e, dunque, la sua indipendenza di giudizio su quale possa essere il miglior interesse del paziente. In tal modo, quindi, il medico non svolgerebbe più il suo compito, ma si atterrebbe a mero esecutore della volontà dell'incapace. Evidenzia questo aspetto COMORETTO N., *Testamento biologico e rispetto della dignità umana*, in *BioJournal*, fasc.3/2016, p. 246.

<sup>266</sup> Secondo alcuni Autori le DAT devono essere intese come la sintesi del significato di vita dignitosa per l'individuo, 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 accolta dal disponente e resa espressa all'interno dell'atto. In tal senso v. ADAMO U., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, *riv. Web.* in [lacostituzione.info](http://lacostituzione.info), 15 dicembre 2017; CUPELLI C., *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 127.

informato. Nel caso in cui, invece, il medico volesse disattendere le DAT non trovando l'accordo del fiduciario, la decisione finale sarà rimessa al giudice tutelare<sup>267</sup>.

### 3. L'assistenza infermieristica nel rapporto con il paziente.

L'assistenza infermieristica svolge un ruolo centrale nell'aiuto ai pazienti in generale e, nello specifico, nel supporto di quelli affetti da malattie terminali ed inguaribili.

In Italia, l'esercizio delle professioni sanitarie, ha avuto un primo moto di professionalizzazione in tempi relativamente recenti rispetto alla storia di questa professione, ovvero con il R.D. n.1265 del 27 luglio 1934, con il quale, per la prima volta, l'esercizio professionale venne regolamentato<sup>268</sup>.

Da questa prima regolamentazione ad oggi numerosi sono stati gli interventi che hanno permesso di perfezionare l'iter intrapreso nel 1934; significativa a tal fine, oltre all'ingresso della disciplina nelle materie di studio universitarie, è stata la redazione di un Codice di deontologia professionale nel 1960<sup>269</sup>. Quest'ultimo venne redatto con l'intento di superare la condizione di mera ancillarità rispetto al medico dell'infermiere, ponendo l'accento sul ruolo dello stesso e sul suo rapporto con il paziente.

Nonostante il Codice fosse composto da soli undici articoli, da questi già emergeva in maniera chiara il cd. concetto di *advocacy*. Questo termine si riferisce alla relazione con il paziente, rispetto al quale l'infermiere si pone, non solo come un aiuto allo svolgimento di funzioni fisiche, ma anche come un concreto sostegno *latu sensu*. L'articolo 3 di detto codice stabiliva, infatti, che il compito del personale infermieristico fosse quello di proteggere il malato, "difendendone i diritti in quanto uomo libero e intelligente che la malattia pone in stato di minorazione, e continuando ad assisterlo con uguale impegno e amore anche se esso sia inguaribile"<sup>270</sup>. Da ciò emerge come il paziente passi da mero destinatario della cura a persona assistita, portatrice di diritti i quali necessitano di essere salvaguardati.

Nonostante questo primo Codice fosse imperfetto, in esso venne comunque compiuto uno sforzo di valorizzazione del ruolo assistenziale dell'infermiere, sottolineando la necessità della sua funzione di sostegno psico-fisico, la quale importanza, come emerge dalla norma sopracitata, si manifesta soprattutto nel caso in cui il paziente versi nelle condizioni più gravose.

---

<sup>267</sup> Art.4, co.5, l.219/2017: "Nel caso di conflitto tra il fiduciario e il medico, si procede ai sensi del comma 5, dell'articolo 3", il quale art.3 co.5 prevede: "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".

<sup>268</sup> Con una *ratio* professionalizzante dell'assistenza infermieristica si pone anche il successivo R.D. 2/5/1940, che fornisce una prima declinazione delle mansioni infermieristiche. Successivamente, nel 1974, con il DPR n.225, interverrà poi una modifica e sostanziale ampliamento del mansionario del 1940.

<sup>269</sup> Il primo Codice deontologico infermieristico del 1960 fu promulgato dodici anni dopo la nascita della Federazione Nazionale dei Collegi Ispasvi (Infermieri Professionali, Assistenti Sanitari, Vigilatrici d'Infanzia).

<sup>270</sup> BONANNO A., *Da un'etica di carità a un'etica del prendersi cura. L'evoluzione del pensiero etico infermieristico italiano*, in *Nursing Oggi*, 2003-2, pp. 26-31.

Il Codice poi subì diverse modifiche<sup>271</sup> fino al 2009, passando da soli undici articoli a cinquantuno, dei quali quelli dall' art.34 al art.39 riguardano nello specifico il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza. Elemento di particolare innovazione nel testo è costituito dalla statuizione secondo cui il personale infermieristico è tenuto al rispetto delle volontà dell'assistito. Questa previsione ha anticipato l'intervento legislativo conferendo maggiore autonomia decisionale al paziente, in maniera avanguardistica anche rispetto al Codice di deontologia medica.

Sebbene molti di questi principi sono stati accolti in seguito dal Codice di Deontologia Infermieristica del 2019, attualmente vigente,<sup>272</sup> quest'ultimo contiene una nuova clausola di coscienza particolarmente discussa, la quale si discosta dalla disciplina introdotta dalla legge n.219/2017.

Invero tale Legge non prevede alcuna libertà di coscienza, prevista invece dall'articolo art.6<sup>273</sup> del CDI. La previsione di un diritto all'obiezione di coscienza, infatti, non sarebbe stata coerente con i presupposti di una disciplina che vuole promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e personale sanitario, in cui si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del sanitario, senza lasciare margine per altri contemperamenti tra valori confliggenti. Questo inoltre crea anche una sorta di iniquo disallineamento perché, mentre il medico, è vincolato al rispetto del disposto dal paziente, l'infermiere ne è esonerato in quanto non destinatario diretto della l.219/2017.

Quest'ultima, difatti, se da una parte conferisce cittadinanza legislativa al nuovo rapporto di cura basato sull'alleanza terapeutica, dall'altra focalizza l'intervento sulla sola relazione medico-paziente, tralasciando il rapporto con il personale infermieristico, particolarmente vicino all'assistito soprattutto nella fase finale della vita di quest'ultimo. La prassi infermieristica, come emerge dagli stessi Codici deontologici citati, non consiste

---

<sup>271</sup>Nel 1977, viene approvata la seconda versione del Codice Deontologico. Paragonandola alla versione precedente, questa venne migliorata dal punto di vista dell'organizzazione dell'articolato testuale e, soprattutto rendendo l'immagine dell'infermiere più congrua a quella richiesta da un professionista della salute. La situazione cambierà, infine, radicalmente, con due documenti: il Patto Infermiere-Cittadino del 1996 ed il Codice Deontologico del 1999, il quale vira verso il profilo della responsabilità, abbandonando l'ancillarità definitivamente. Il 1999, inoltre, divenne riferimento giuridico per l'esercizio della professione con la l. n. 42 dello stesso anno. Importanti sono i temi trattati, infatti, tale Codice, anticipando il legislatore, andò ad introdurre, non solo il principio personalistico, ma anche di un nuovo modo di intendere la relazione assistenziale, si fa, invero, riferimento espresso alla necessità dell'ascolto ed il dialogo con il paziente, all'opinione del minore, al trattamento del dolore, alla non partecipazione a trattamenti finalizzati alla morte e al sostegno ai familiari anche nella fase del lutto.

<sup>272</sup> Dal mese di marzo 2016 si è insediato presso la sede degli Ordini delle Professioni Infermieristiche, un gruppo di lavoro che si è occupato della stesura del nuovo Codice di Deontologia Infermieristica, opera conclusa il 13/04/2019, Il testo definitivo è stato approvato dal Consiglio Nazionale nel corso di un'assemblea straordinaria. Tra le argomentazioni più sofferte: la clausola di coscienza, il contratto di cura, l'organizzazione professionale all'interno di quella sanitaria, la contenzione, lo sviluppo delle competenze e l'uso dei social media. Oltre a questi i non meno discussi argomenti del concetto di "ideale di servizio"- comparso nella prima bozza della rielaborazione, aveva fatto molto scalpore- e la cancellazione del tanto discusso articolo 49 della versione 2009, quello dell'infermiere "sempre a disposizione".

<sup>273</sup> Art.6 Codice Deontologico delle Professioni Sanitaria, 2019: "L'Infermiere si impegna a sostenere la relazione assistenziale anche qualora la persona assistita manifesti concezioni etiche diverse dalle proprie. Laddove quest'ultima esprima con persistenza una richiesta di attività in contrasto con i valori personali, i principi etici e professionali dell'infermiere, egli garantisce la continuità delle cure, assumendosi la responsabilità della propria astensione. L'infermiere si può avvalere della clausola di coscienza, ricercando costantemente il dialogo con la persona assistita, le altre figure professionali e le istituzioni".



in un mero *facere* ma anche in un supporto, un sostegno all'assistito, dei quali questi inevitabilmente sentirà più forte il bisogno nei momenti più dolorosi e sconcertanti, o nell'elaborazione di scelte difficili come la rinuncia ad un trattamento salvavita. Per questo, probabilmente la professione sanitaria avrebbe meritato una notazione più significativa nella l. 219/2017, particolarmente per quanto riguarda la considerazione sul tempo di cura. L'assenza di un rilievo maggiore dato alle professioni sanitarie risulta, quindi, ingiustificato, considerata proprio la professionalità e la specializzazione nell'assistenza anche di c.d. *advocacy* del malato. A ciò concorre anche l'inequivoca equazione tra il concetto di cura e quello di compiuta dall'art. 1, co. 8, della l. n. 219/2017. Tale previsione si propone di valorizzare la narrazione, intesa quale modalità di intervento clinico-assistenziale basato sulla comunicazione personale sanitario e paziente, pratica compiuta largamente dal personale infermieristico. Per cui includere maggiormente tali figure professionali avrebbe contribuito a rafforzare la dimensione narrativa del rapporto dando riconoscimento ad un'attività da sempre compiuta dagli infermieri nell'ascolto e comunicazione con il malato, attività che in caso in cui il paziente intenda redigere le disposizioni anticipate di trattamento, come inteso anche dal legislatore, diviene indefettibile.

## BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE G., *Libertà di convivenza*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1953;
- ADAMO U., *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*, in *Rivista AIC*, 2/2016;
- ADAMO U., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in riv. Web. In lacostituzione.info, 15 dicembre 2017;
- AINIS M., *Se obiettano sul testamento biologico*, in *La Repubblica*, 26 febbraio 2017;
- ALBERTI A., *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 marzo 2018;
- ALPA G., *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita. not.*, 2007;
- ALPA G., *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2000;
- ALPA G., *Il danno da accanimento terapeutico, nota di commento a trib. Roma, Ord. 16 dicembre 2006*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 78;
- ANDRONIO A., *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella CEDU e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. merito*, 2011;
- ANGELICI G., *La nozione di autonomia: fondamenti*, in *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana l'autonomia degli individui*, (a cura di) AA. VV., Milano, 1999; ARAMINI M., *Testamento biologico: spunti per un dibattito*, Ancora, 2007;
- ANGELI F., *Deleule, Didier, Francis Bacon: prolonger le vie, aider à mourir*, in *Rivista di storia della filosofia: LXVII*, 1, 2012, Milano, 2012;
- ANTAL S., *Paternalism and Euthanasia: The Case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2010, 10, pp. 19 ss.;
- ANZANI A., TRIBERTI C., *L'uomo, la norma, la ricerca scientifica*, in *Inaz Innovazione Aziendale per il ventennale del C.E dell'ospedale San Raffaele di Milano*, 2006;
- ANZANI G., *Gli "atti di disposizione della persona" nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2009;
- AZZALINI M., *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2008;
- AZZALINI M., *Il «caso Cappato» tra moniti al legislatore, incostituzionalità «prospettate» ed esigenze di tutela della dignità della persona*, in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 229;
- AZZALINI M., *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*, in *NGCC.*, 2008, I, pp. 73 ss.;
- BAILO R. - CECCHI P., *Direttive anticipate e diritto di rifiutare le cure*, in *Ras. Dir. Civ.*, 1998;
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989;

BALDININI G., BALDININI G., *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2018;

BALESTRA L., *Efficacia del testamento biologico e del ruolo del medico*, in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

BALLARINO T., *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, parte I, Padova, 2008;

BARBAZZA A., *Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità*, in *I diritti della personalità* di Ruscica S. (a cura di), Cedam 2013;

BARBERA A., *Art.2.*, in BRANCA G. e PIZZURUSSO A. (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma, 1975;

BARCARO R., *Eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Milano, 1998; BARNI M., *I testamenti biologici, un dibattito aperto*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1994;

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984;

BARTOLI R., *Ragionevolezza e sindacabilità nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *riv. Diritto Penale contemporaneo* 10/2018, pp.97-111;

BAUZON S., *La personne biojuridique*, Paris, 2006;

BELLELLI A., *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La Nuova Giur. civ. comm.*, 2011;

BELLOCCI M., PASSAGLIA P. (a cura di), *La dignità dell'uomo quale Principio Costituzionale, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Roma, Palazzo della Consulta, 30/09-1/10 del 2007;

BERTOLINO R., *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, 1967, pp. 16-17;

BIARELLA L., *Fine vita: l'amministratore di sostegno può manifestare dissenso alle cure in assenza di DAT?*, commento a Trib. Roma, sez. IX civ., Ufficio del Giudice Tutelare, 23 settembre 2019, in *il Quotidiano giuridico*, 4 ottobre 2019;

BIFULCO R., *Art.3 Diritto all'integrità della persona, L'Europa dei diritti. Commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, pag. 51 e ss.;

BIN R., *“Tanto tuonò che piovve” Pubblicata finalmente la sentenza sull'aiuto al suicidio (“caso Cappato”)*, in *lacostituzione.info*, 22 novembre 2019;

BINETTI P., *La vita è uguale per tutti. La legge italiana e la dignità della persona*, Milano, 2009;

BISCEGLIA F.P., *Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita, Spunti di riflessione sull'ordinanza 207/2018 e su un tempestivo disegno di legge. In particolare sull'estensione della “terapia del dolore” come valida alternativa al “diritto di morire”*, in *DPC*, Fascicolo 3/2019, pp.105-117;

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino 1990;

BOMPIANI A., *Dichiarazioni anticipate di trattamento ed eutanasia. Rassegna del dibattito bioetico*, Bologna, 2008;

BONANNO A., *Da un'etica di carità a un'etica del prendersi cura. L'evoluzione del pensiero etico infermieristico italiano*, in *Nursing Oggi*, 2003-2, pp. 26-31;

BORASCHI A. e MANCONI L., *Il dolore e la politica. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*, Milano, 2007;

BORSELLINO P., *Bioetica tra «moralì» e diritto*, Milano, 2009;

BORSELLINO P., *I principi etici delle cure palliative e i diritti dei morenti*, in ID, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 2000;

BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991, pp.23 e ss.;

CAGGIA F., *sub art. 5*, in G. ALPA – V. MARICONDA (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 2005, pp. 218 e ss.;

CALAMANDREI C., *L. D'Addio, Commentario al nuovo codice deontologico dell'Infermiere*, in McGraw-Hill, 1999;

CALLIPARI N. *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012;

CAMPIONE F., *L'etica del morire e l'attualità. Il caso Englaro, il caso Welby, il testamento biologico e l'eutanasia*, Bologna, 2009;

CAMPIONE R., «Caso Welby». *il rifiuto di cure tra ambiguità legislative ed elaborazione degli interpreti*, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 292, nota di commento a Trib. Roma ord. 16/12/2006;

CANEPA G., *Bioetica e deontologia medica: aspetti problematici e conflittuali*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1990;

CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. *Il Governo del corpo*, t. II, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1901 ss.;

CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, il Mulino, Bologna, 2015 pp. 67 e ss.;

CANESTRARI S., *Una buona legge buona (DDL recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 975 ss.;

CANESTRARI S., *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, contributo in: *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, ESI, Napoli 2019;

CANESTRARI S., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 55 ss., spec. 78 ss.;

CANONICO M., *Eutanasia e testamento biologico nel Magistero della Chiesa cattolica*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2010 cit., pp. 335 ss.;

CASINI C. - CASINI M. - DI PIETRO M. L., *Testamento biologico, quale autodeterminazione?* Firenze, 2007;

CASINI C., CASINI M. - DI PIETRO M.L., *Eluana è tutti noi. Perché una legge e perché non al “testamento biologico”*, Firenze, 2008;

CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009;

CASONATO C., *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Riv. trim. di dir. comp. ed eur.*, III, Torino, 2009;

CASONATO C., *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in LUCREZI F. –MANCUSO F. (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubettino, 2010, pp. 92 ss.;

CASONATO C., *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, il Mulino, 2017, pp. 597-604.

CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, 2012,

CASTRONOVO C., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno, V, Responsabilità civile e tutela dei diritti*. Milano, 1998;

CASTRONOVO C., *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e diritto privato*, 2009;

CAVALLA F., *Diritto alla vita e diritto sulla vita. Sulle origini culturali del problema dell'“eutanasia”*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1/1988;

CAVANA P., *La morte ed i suoi riti: mutamenti culturali ed evoluzione legislativa in Italia*, in *Dir. eccl.*, 2009;

CECIONI R., *La carta di autodeterminazione in Canada*, in *Autodeterminarsi nonostante*, (a cura di) DAMENO D., Milano, 2002;

CHECCOLI T., *Profili costituzionali dell'eutanasia*, in BRECCIA U., PIZZORUSSO A., *Atti di disposizione del corpo*, a cura di Romboli R., Pisa, 2007, pp. 302 e ss.;

CHIARELLA.P., *Il diritto comprensivo e l'altruità del corpo: alcune riflessioni sul fine vita*, in *Politica del diritto*, il Mulino, 2020, pp. 89-116.;

CIANCIOSI I., *La morte nella letteratura contemporanea- da Kundera a Delillo*, 2017 in [www.ilcartello.eu](http://www.ilcartello.eu)

CORBETTA S., *Caso “DJ Fabo”: le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale*, in *Quotidiano giuridico*, 25 novembre 2019;

COLAIANNI. N., *L'aiuto al suicidio tra Corte costituzionale 242/2019 e BundesVerfassungs Gericht, Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, studio condotto da Università degli studi di Milano, 26 febbraio 2020.;

COLUSSI I. A., *Quando a Strasburgo si discute di fine vita. Casi e decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di eutanasia e suicidio assistito*, in *il diritto al fine della vita* A. D'Aloia (a cura di), luglio 2012, pp.455 ss.;

COMANDÉ G.- DALLA TORRE G. - PALAZZANI L. (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali, Saggi e ricerche*, Torino, 2004;

COMORETTO N., *Testamento biologico e rispetto della dignità umana*, in *BioJournal*, fasc.3/2016;

CORLETO M., *Diritto e diritti di fronte alla morte. Dall'eutanasia al diritto di morire. Atti del seminario di studi*, Edizioni scientifiche italiane 2001;

COSMACINI G., *Testamento biologico. Idee ed esperienze per una morte giusta*, Bologna, 2010;

CRICENTI G., *Il diritto di rifiutare le cure. Critica delle distinzioni irrilevanti*, in *Riv. Eur. dir. priv.*, 2011, 3, pp. 681 ss.

CRISCUOLI G., *Sul diritto di morire naturalmente. Il Natural death Act della California*, in *Rivista di diritto civile*, 1977;

CRIVELLI E., *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;

CRIVELLI E., *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.;

CUPELLI C., *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, in *disCrimen*, 2018, 1 ss.;

CUPELLI C., *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive del caso cappato, fra corte costituzionale e ritrosia legislativa, Osservazioni sulla proposta di legge A.C. 2 di iniziativa popolare, recante "Rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia", e sulla proposta di legge n. 1586, di iniziativa del deputato Cecconi, recante "Modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di trattamenti sanitari e di eutanasia"*, in *riv. Diritto penale contemporaneo* 19/04/2019, rielaborazione del testo scritto dell'audizione svolta presso le Commissioni riunite Giustizia – Affari sociali della Camera dei Deputati 11/04/2019;

CUPELLI C., *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. Web dir. Pen. Cont.* Fascicolo 12/2017;

D'AMICO M., *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Riv. Web Giurisprudenza Penale*, 11/2017;

D'AURIA M., *L'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010;

D'AVACK L., *Scelte di fine vita*, in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

D'AVACK L., *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018

DE BEAUPRÈ A. C., *La loi sur la fin de vie*, in *Dalloz*, 2005;

DE SEPTIS E., *Questioni biogiuridiche di "fine vita"*, Relazione presentata al corso di formazione del Consiglio Superiore della Magistratura "Bioetica e diritto: una riflessione interdisciplinare", Roma 24 maggio 2011;

D'ADDINO C., *Atti di disposizione del Corpo*, in P. Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, 2003;

D'AMICO M., *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, pp. 737 ss.;

D'ANDREA P. I., *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;

D'ARRIGO C.M., *Autonomia privata e integrità fisica*, Giuffrè, 1999, pp. 339 ss.;

DE BEAUPRÈ A. C., *La loi sur la fin de vie*, in *Dalloz*, 2005;

DE SEPTIS E., *Questioni biogiuridiche di "fine vita"*, Relazione presentata al corso di formazione del Consiglio Superiore della Magistratura "Bioetica e diritto: una riflessione interdisciplinare", Roma 24 maggio 2011;

DE CUPIS A., *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XVII, 1988;

DELLE MONACHE S., *La nuova disciplina sul testamento biologico e sui sul consenso ai trattamenti medici*, in *Rivista di diritto civile*, Vol. 64, N. 4, 2018, pp. 997-1019;

DE TILLA M. - MILITERNI L. - VERONESI U. (a cura di), *Il testamento biologico. Verso una proposta di legge*, Milano, 2007;

DI COSIMO G., *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in DI COSIMO G. –PUGIOTTO A.– SICARDI S., *La libertà di coscienza*, in *Editoriale scientifica*, 2015, pp. 26 ss.;

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp.540 e ss.;

DI GIOVINE O., *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi in astratto alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, pp. 913 ss.;

DI ROSA G., *Biodiritto. Itinerari di ricerca*, Torino, 2009, pp.131 e ss.;

DOGLIOTTI M., *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, pp.241 e ss.

DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.*, 2007;

DWORKIN R., *Il dominio della vita: aborto, eutanasia, e libertà individuale*, in Edizioni di Comunità, Milano, 1994;

EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n.219/2017 e la lettura del testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art.580 c.p.*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fascicolo n.2, 2018, pp. 418-416;

EUSEBI L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?* , in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, fascicolo 2/2018;

FEMIA P., *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996;

FERRANDO G., *Amministratore di sostegno e rifiuto di cure*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 285

FERRANDO G., *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e costituzione*, in *Politica del diritto*, il Mulino, 2012. pp. 3 e ss.;

FERRADO.G., *Il suicidio assistito di dj Fabo. L'autodeterminazione terapeutica dai principi alle regole*, in *Politica del diritto*, il Mulino,2020, pp.15-40.;

FIMIANI P., *Amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Giust. Civ.* 2010, pp. 93 e ss.;

FIORI A., *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, pp. 1144 ss.;

FIMIANI V. P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in *Riv. web Dr. Pen. Cont.*, 22/05/2018, pp. 26 e ss.;

FIMIANI P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, in *Riv. Web Dr. Pen. Cont.* 22 maggio 2018, contributo riproduce, con modifiche e integrazioni, la relazione svolta al convegno “Il diritto sulla vita – Il testamento biologico, autodeterminazione e dignità della persona” (Bolzano, Associazione Studiorum del Consiglio Notarile, 11 maggio 2018), pp. 5-9;

FLICK G.M., *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 2009, 4, pp. 509 ss.;

FLICK G.M., *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 2302 ss.

FRANCOLINI G., *Il dibattito sull'eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, 4, pp. 813-823.;

FURNARI M. G., *Alle frontiere della vita, eutanasia ed etica del morire*, Roma, 2003;

GALASSO A. – PALMERI G., Presentazione, in AA.VV., *Diritti fondamentali e multi etnicità. Una ricerca per la Costituzione dell'Unione europea*, Palermo, 2003, pp.7 e ss.;

GALLETTI M. - ZULLO S., *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, Firenze, 2008;

GALOFARO F., *Eluana Englaro. La contesa sulla fine della vita*, Roma, 2009;

GARUFI C., *Il diritto ad essere informati e la responsabilità del medico*, in *Giur. di merito*, 2011;

GENNARI G., *La via giurisprudenziale al testamento biologico*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 9, pp. 1828 ss.;

G. GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3, pp.11 e ss.;

GIAMPICCOLO G., *La tutela giuridica della persona umana, il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, pp.466 e ss.;

GIGLIOTTI F., *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, in *Commentario al codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2015, pp.178 e ss.;

GIUFFRIDA, *Il diritto all'integrità fisica: art. 5 c.c.*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, in *Le persone, III. Diritti della personalità*, a cura di CENDON, Torino 2000;

GIUNTA F., *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)*, in *Discrimen*, 25 novembre 2019;

GIUSTI G., *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Edizioni Cedam, Padova, 1982, pp. 62 e ss.

GIROLAMI P., *L'«affaire Vincent Lambert» and the European Court of Human Rights. A brief memorandum for the future Italian legislator*, in *Pratica Medica & Aspetti Legali*, 2015;

GOMEZ DE AYALA A., *Aspetti giuridici e teologici dell'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, 1964;



GOVI A. – VESHI D. – ORSI L. – MICCINESI G. – INGRAVALLO F., *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;

GROSSI P., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I,1, II ed. ampl., Giappichelli, Torino, 1999, pp.167 e ss.;

GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padova, 1972;

IADECOLA G., *Note critiche in tema di “testamento biologico”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 3-4, pp. 473 ss.;

IAPICHINO L., *Testamento biologico e direttive anticipate*, Milano, 2000;

IMMACOLATO M., *Le sentenze Riccio e Englaro: perché un fascicolo speciale*, in *Riv. Bioetica*, 1/2008;

IMMACOLATO M.- BOCCARDO F., *Dichiarazioni anticipate di trattamento e consenso informato: la "rivoluzione silenziosa" della medicina.*, *Riv. it. Med. Leg.*, 2004;

INTRONA F., *Direttive anticipate, sospensione delle cure, eutanasia: la medicina e la bioetica nel terzo millennio*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2005;

IULIANO F., *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Diritto e Difesa in Ostetricia e Ginecologia*, a cura di D. Arduini e A. Oliva – CIC Edizioni Internazionali 15 Aprile 2019;

JONG A., VAN DIJK G., *Euthanasia in the Netherlands: balancing autonomy and compassion*, in *World Medical Journal*, n. 63 del 2017;

JUSO R., *Dati sensibili e consenso informato: profili costituzionali e legislativi*, Ragiusan 2004.

LEO G., *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 241 ss.;

LIBERALI B., *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?* in *Rivista di Diritti comparati*, 3/2017, pp. 262 ss.;

LIBERALI B., *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle Dat*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 Giugno 2018;

LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Riv. Dir. Soc.*, 1980, pp.774 e ss.;

MAINDARDI M., *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre*, Torino, 2018, pp. 15 ss.;

MARISI F., *Il testamento biologico: le problematiche giuridiche connesse con il rifiuto delle cure. Una panoramica tra Stati uniti e Italia*, Monaco, 2008;

MARINI L., *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Torino, 2006

MARINI F. S., CUPELLI C., *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, Napoli, 2019;

MERKOURIS P., *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;

MEZZANOTTE P., *Tutela della salute tra compiti pubblici, autonomia privata e principio di sussidiarietà*, in SESTA M. (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna (Rn), 2014;

MICCICHÈ C., *L'amministrazione della sofferenza*, in *Jus*, 2017, pp. 416 e ss.

MILANO G. - RICCIO M., *Storia di una morte opportuna. Il diario del medico che ha fatto la volontà di Welby*, Roma, 2008;

MILONE L., *Il testamento biologico (living will)*, in *Vita not.*, 1997;

MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995

MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, 2008, pp. 3 ss.;

MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002;

MORANA D., *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art.23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano, 2007;

MORANA D., *A proposito del fondamento costituzionale per il consenso informato ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008;

MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018;

MORANA D., *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in *Diritto e salute*, 3/2018, pp.48 e ss.;

MORANA D., *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale* (3), pp. 2034-2042.;

MORI M., *Una "analisi bioetica" dell'attuale disputa sul testamento biologico come estensione del consenso informato*, in *Notizie di Politeia*, anno XXVII, n. 102, 2011, pp. 59 e ss.;

MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione Italiana*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.* 1961, I, 2.;

NADDEO M., *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio nella prospettiva de lege ferenda: i progetti di legge al vaglio delle Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali*, in *Diritto penale contemporaneo* 23/09/2019, Il contributo costituisce una rielaborazione del testo scritto dell'audizione svolta il 25/06/2019 presso le Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali della Camera dei Deputati.;

NANIA D., *Il testamento biologico*, in *La terza via*, Roma, 2009;

NAPPI A., *Principio personalistico e binomi 'indissolubili'. Il primato dell'essere nell'incessante divenire della tutela penale*, Napoli, 2018, 188 ss.;

NICOLUSSI A., *Testamento biologico e problemi del fine - vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà*, in *Rivista Europa e dir. priv.*, fasc. 2, 2013, rielaborazione tratta da atti del Convegno internazionale (Roma, 12-13 aprile 2012), (Roma, 12-13 April 2012);

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, p.te generale, III ed. agg. Modif., Cedam, Padova, 2003;

PACE A., *Libertà individuali e qualità della vita*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008;

PALAZZO.F., *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?* , in *Politica del diritto*, il Mulino,2020, pp.3-14.

PALAZZO F., *La tutela della persona umana: dignità, salute, scelte di libertà*, lectio magistralis in Convegno recante lo stesso titolo e svoltosi a Pisa il 12 ottobre 2018;

PALOMBINO F. M., *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giurisprudenza*

PARIS D., *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw Journal*, in *Rivista di Biodiritto*, f. 1, 2018, pp.32 ss.;

PARIS D., *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, studi e ricerche scelte da Astrid, 2011, pp. 287 ss.;

PARUZZO F., *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.;

PATTI S., *La fine della vita e la dignità della morte*, in riv. *Fam., Pers. e Suc.*,2006;

PATTI S., *L'autonomia decisionale della persona alla fine della vita*, in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

PELLIZZONE I., *Aiuto al suicidio, dal codice Rocco alla Carta costituzionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. web *Giurisprudenza penale*, 17 settembre 2018;

PENASA S., *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007;

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pp. 225 e ss.;

PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in Riv. *Dir. Soc.*, 3-1983;

PIGLIARU A., *Promemoria sull'obiezione di coscienza*, in *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Giuffrè, 1968, pp. 644 e ss.;

PEZZINI B., *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in GALLO C.E-PEZZINI B. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 36.

PEZZINI B., *Il diritto alla salute. Profili costituzionali*, in Riv. *Dir. e soc.* 1985, pp. 42-43

PICCINNI M., *Prendere sul serio il problema della "capacità" del paziente dopo la l. n. 219/2017*, in *Resp. med.*, 2018, n. 3, pp. 249 ss.;

PIOGGIA A., *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2017, p. 293;

PIROZZI L., *Aspetti costituzionalistici dei "nuovi diritti"*, Roma, 2007;

PISANÒ A., *Il re è nudo! La «nuova forma di collaborazione» tra potere legislativo e potere giudiziario nel caso Cappato, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019*, in *Politica del diritto*, il Mulino, 2020, pp.63-88.;

PISU A., *Quando il "bene della vita" è la morte, nota a Trib. Cagliari, 16 luglio 2016*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2017, pp. 911;

PIZZETTI F.G., *Alle Frontiera della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008;

PROTO- PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in Riv. Web. Foro it. 1990;

PUGLIESE V., *Nuovi diritti: le scelte di fine vita tra diritto costituzionale, etica deontologia medica*, Padova, 2009;

PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in Riv. trim. Dir. pen. cont., 7/ 2018, pp. 57 ss.;

RESCIGNO G. U., *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32 Cost., al principio di auto determinazione intorno alla propria vita*, in riv. Dir. Pub., I, 2008;

RESTA V., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, in Riv. Dir. Civ., 2002;

RIISFELDT T.D, *Weakening the ethical distinction between euthanasia, palliative opioid use and palliative sedation*, in *Journal of Medical Ethics*, 2018, 1-7;

RODOLFI M., CASONATO S., PENASA S., *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018;

RODOTÀ S., *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987;

RODOTÀ S., *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Laterza, 2014;

RODRIGUEZ D., *Le fonti deontologiche delle professioni sanitarie*, in S. Rodotà – M. Tallacchini, *Ambito e fonti del biodiritto, Trattato di Biodiritto*, vol.1, Giuffrè, 2010;

ROMANO C., *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*. Notariato. 2018;

ROMBOLI R., *Sub art. 5*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna - Roma, 1988

ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in Riv. AIC, 2011, 4, pp. 6;

ROSSI S., *Corpo (Atto di disposizione sul)*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, Appendice di aggiornamento VII, Torino, 2012, nota n. 212, p. 246;

RUGGIERI A., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, 2009, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

RUGGERI A., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019;

SALITO G., *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi*, in Quaderni diretti da STANZIONE P., Salerno, 2003;

SALITO G., *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, Milano, 2004;

SALITO G., *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico*, in *Iustitia*, 2009, pp. 207 e ss.;

SANTOSUOSSO A., *“A proposito di “living will” e di “advance directives”: note per il dibattito”*, in *Pol. del dir.*, n. 3, 1990;

SANTOSUOSSO A., *Eutanasia, in nome della legge*, in *Micromega*, 2007;

SANTOSUOSSO A., *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. Comm.*, 2009;

SANTOSUOSSO A., *Dalla salute pubblica all’autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute*, in M. BARNI e A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano, 1995, p. 75 ss.;

SASSI P., *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, pp. 475 ss.;

SCOTTO G., *Testamento biologico e Amministrazione di sostegno: il Giudice tutelare compie un passo indietro, nota a Trib Verona, 4 gennaio 2011*, in *Corr. giur.*, 2011, 9. pp.1290 e ss.;

SEMINARA S., *L’art. 580 c.p. e il diritto di morire, in Il caso Cappato: Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n.207/2018*, a cura di MARINI F.S, CUPELLI C., 2019 p. 330 ss.;

SESSA A., *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2018, 55 ss.

SESTA M., *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?* in *Testamento biologico*, Milano, 2006;

SESTA M., CUFFARO V., *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006;

SFORZA R., *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, In *Giur. Merito*. 2008;

SIMONCINI A.–LONGO E., *Commento all’Art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Giappichelli, 2006, p. 665 ss.;

SYKES N., THORNS A., *The use of opioids and sedatives at the end of life*, in *Lancet Oncology*, 2003, May, 4(5), pp. 312-318;

SPADARO A., *Il problema del fondamento dei diritti “fondamentali”*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 1990, Milano 1995, pp.235 ss.;

STEFANINI E., *Direttive anticipate di trattamento: un percorso europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006;

TALINI S., *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 COLAPIETRO C. –ATRIPALDI M. –FARES G. –IANNUZZI A., (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

TESAURO G., *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., pp. 102 e ss.

TRIPODINA C., *Non possedere più le chiavi della propria prigione. Aiuto al suicidio e Costituzione tra libertà, diritti e doveri*, in *Riv. Web Biodiritto*.

TRIPODINA C., *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2018, 139 ss.;

TUROLDO F., *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, un testamento per la vita*, Padova, 2006;

VARANO V., BARZOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, 2018;

VERONESI U. e DE TILLA M., *Nessuno deve scegliere per noi: la proposta del testamento biologico*, Milano, 2007;

VENDITTI R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, 1999;

VERONESI U. (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005;

VERDICCHIO V., *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jusconditum e juscondendum)*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2/2017, pp. 637 e ss;

VICECONTE N., *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giur. Cost.*, III, 2007;

VIGANÒ F., *Esiste un diritto a "essere lasciati morire in pace?". Considerazioni a margine del "Caso Welby"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007;

VIGANÒ P., *Limiti e prospettive del consenso informato*, Milano, 2008;

VIGNUTELLI A., *Diritto costituzionale*, Torino, 2008;

VIMERCATI B., *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014;

VIOLA F., *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 9/2009

ZAMBRANO V., *Eutanasia, diritto alla vita e dignità del paziente*, in *Ras. Dir. Civ.*, 1999;

ZANCHI C., *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997;

WICCLAIR M.R., *Conscientious Objection*, in YOUNGNER S. J. –ARNOLD R.M. (a cura di), *The Oxford Handbook of Ethics at the End of Life*, Oxford, 2016, pp. 87 ss.

## ELENCO DELLE SENTENZE

- Griswold v. Connecticut, 381 U.S. Supreme Court 479 del 1965 (privacy e autodeterminazione).
- Roe v. Wade, 410 U.S. Supreme Court 113 del 1973 (privacy e autodeterminazione).
- Corte Cost., sent. n. 307/1990 (concetto di “tollerabilità” nell’intervento pubblico impositivo di un trattamento sanitario obbligatorio).
- Corte Cost. sent. n. 561/1987 (dignità personale).
- Corte Cost. sent. n. 409 del 1989 (obiezione di coscienza).
- Cruzan v. Missouri Department of Public Health, 497 U.S. 261 del 1990 (privacy e eutanasia).
- Corte Cost. sent. n. 467 del 1991 (obiezione di coscienza)
- Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. Supreme Court 833 del 1992.
- Corte Cost. sent. n.218 del 2/06/1994 (interesse della collettività alla salute).
- Corte Cost. sent. n. 210/1994, 438/1995, 439/1995 (trattamenti sanitari obbligatori).
- Vacco v. Quill, 521 U.S. 793, del 1997 (privacy e eutanasia).
- Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 del 1997 (privacy e eutanasia).
- Cass.Civ, 24 febbraio 1997, sent. n. 1661 (consenso informato)
- Corte Costituzionale sent. N.282/2002 (autonomia del personale sanitario)
- Corte EDU, Pretty c. Regno Unito, ricorso n. 2346/02, sent. 29/04/2002 (diritto a morire).
- Cass., Sez. IV, sent. 11/07/2001, n. 1572 (consenso informato).
- Cass., Sez. III, sent. 14/03/2006, n. 5444 (consenso informato).
- Trib. di Roma, Sez. I civile, Ordinanza 16/12/2006 (Caso Welby).
- Trib. Bari, decr. 27 dicembre 2006 (amministrazione di sostegno e DAT).
- Gonzales v. Oregon, 546 U.S. 243 del 2006 (privacy e eutanasia).
- Cass. Civile. Sez. I, sentenza n. 21748 del 2007 (Caso Englaro).
- Cass, sez. unite civili, n. 27145 del 2008 (Caso Welby).
- Corte costituzionale, sentenza n. 438/2008.
- Corte di Appello di Milano, sez. I civile, decreto del 9/07/2008 (salute, eutanasia-accanimento terapeutico, testamento biologico).
- Trb Modena, decr. 23 dicembre 2008 (amministrazione di sostegno e DAT).
- Cons. Stato, sez.III, sent.n.968 del 14/02/2008 (principio di precauzione nelle determinazioni pubbliche in materia sanitaria).
- Cass., 15 settembre 2008, sent. n. 23676 (consenso informato).
- Trib Cagliari, decr. 22 ottobre 2009 (amministrazione di sostegno e DAT).
- Tribunale di Modena con decreto 5 novembre 2008 (amministrazione di sostegno e DAT).
- Trib. Firenze, decr. 22 dicembre 2010 (amministrazione di sostegno e DAT).
- Decisione n. 2847 del 2010, la Corte di Cassazione (consenso informato e responsabilità medica).

Cass. Pen. Sez. IV, sentenza n. 13746 del 13/01/2011.

Corte Cost., sent. N. 8/2011. (autonomia del personale sanitario).

Trib Verona, decr. 4 gennaio 2011 (amministrazione di sostegno e DAT).

Cass Sez. III 20/08/2013, n. 19220 (consenso informato).

Cass. Sez. I civ. Sent. n. 23707/2012 (Amministratore di sostegno e DAT).

Cass. Pen. Sez. I, sentenza n. 12928 del 12/11/2015 (Caso Cappato).

Corte Costituzionale sent. n.262 del 2016.

Corte costituzionale, sentenza n. 242 del 25/09/2019 (suicidio assistito).

Cass., sez. IV penale, sent. n. 15258/2020 (responsabilità medica).