

Dipartimento di Relazioni Internazionali

Cattedra di Diritto Pubblico Comparato

**AUTODETERMINAZIONE E DIGNITÀ DELLA VITA:
PROFILI GIURIDICI COMPARATI SU FINE-VITA E
D.A.T.**

RELATORE

Prof.ssa Carmela Decaro

CANDIDATO

Andrea Bernabale

N. 636932

ANNO ACCADEMICO 2019/20

*«Sorella morte lasciami il tempo
Di terminare il mio testamento
Lasciami il tempo di salutare
Di riverire di ringraziare
Tutti gli artefici del girotondo
Intorno al letto di un moribondo»*

Fabrizio De André

*«Or ti piaccia gradir la sua venuta:
libertà va cercando, ch'è sì cara,
come sa chi per lei vita rifiuta.»*

(Dante, Purgatorio, canto I, vv. 70-72)

Indice

Introduzione	» 7
---------------------------	-----

Sezione I - Premesse

Capitolo I. Considerazioni preliminari tra bioetica e biodiritto

1. I diritti del “buon vivere”	» 9
2. Premesse terminologiche	» 12
3. Vita, morte e diritto	» 19
4. Il dibattito religioso: l’idea laica della qualità della vita e la teoria cattolica dell’indisponibilità	» 23

Sezione II - Normativa e giurisprudenza sul fine-vita in Italia

Capitolo I. La legge n.219/2017 e la disciplina delle DAT nell’ordinamento giuridico italiano

1. Il quadro normativo sul fine-vita	» 27
2. “ <i>Habemus legem</i> ”: la disciplina delle DAT nella legge n.219 del 22 dicembre 2017 ...»	30
2.1 Consenso informato	» 34
2.1.1 Limiti: autonomia professionale e obiezione di coscienza	» 41
2.1.2 La dimensione comunicativa	» 44
2.2 Terapia del dolore e cure palliative	» 46
2.3 Minori e incapaci	» 49
2.4 Disposizioni anticipate di trattamento	» 53
2.5 Pianificazione condivisa delle cure	» 59

Capitolo II. Profili penali e giurisprudenziali sul fine-vita in Italia

1. Fondamenti e sviluppo del biodiritto penale	» 62
2. Casi giurisprudenziali sul fine-vita in Italia	» 64
2.1 Il caso Welby	» 66
2.2 Il caso Englaro	» 71
2.3 Il caso Cappato	» 76
2.3.1 Le motivazioni del G.I.P. e la sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.»	77

2.3.2 L'ordinanza n.207/2018 e la sentenza n.242/2019: l'opzione non penalistica della Corte Costituzionale	» 80
2.4 Il caso Trentini	» 84
3. La legge n.219/2017 in combinato disposto con la legge "Gelli-Bianco" in materia di esenzione della responsabilità penale dell'esercente sanitario	» 87
3.1 La difficile applicazione dell'art. 590 <i>sexies</i> c.p.	» 89
4. Gli artt. 579 e 580 c.p.: aporie e anacronismi del diritto sul fine-vita	» 90

Sezione III - Profili normativi e giurisprudenziali comparati

Capitolo I. Germania

1. Introduzione	» 93
2. La normativa tedesca in tema di <i>Sterbehilfe</i>	» 94
2.1 Il reato di favoreggiamento commerciale del suicidio introdotto dall'art. 217 StGB	» 95
3. La giurisprudenza tedesca in tema di eutanasia e suicidio assistito	» 97
3.1 Legittimare il suicidio: le motivazioni di incostituzionalità dell'art. 217 StGB	» 100

Capitolo II. Svizzera

1. Introduzione	» 102
2. La legislazione svizzera in tema di eutanasia e suicidio assistito	» 102
3. Il suicidio assistito al vaglio della Corte EDU	» 104
3.1 Il caso <i>Haas c. Svizzera</i>	» 105
3.2 Il caso <i>Gross c. Svizzera</i>	» 107

Capitolo III. Belgio

1. Introduzione	» 110
2. La normativa belga sul fine vita e la legge n. C-2002/09590	» 111
2.1 Successive riforme: il ruolo del farmacista e l'eutanasia del minore	» 114
2.2 La <i>vexata quaestio</i> del suicidio assistito	» 114
3. Recenti sviluppi: la sentenza della <i>Cour Constitutionnelle</i> n. 153/2015 e il caso <i>Mortier c. Belgio</i>	» 115

Capitolo IV. Stati Uniti

1. Introduzione	» 119
2. Casi giurisprudenziali	» 119
2.1 <i>In re Quinlan</i> (1975)	» 120
2.2 <i>In re Conroy</i> (1985)	» 121
2.3 Il caso <i>Cruzan</i> (1990)	» 123
2.4 Il caso <i>Schiavo</i> (2005)	» 125
3. Le discipline statali	» 128
Conclusioni	» 130
Riassunto	» 133
Bibliografia	» 135

Introduzione

Non tutto ciò che può essere studiato è di eguale importanza. Pertanto, a monte di quanto si dirà in questo elaborato, occorre una premessa: interrogarsi sulla rilevanza dell'oggetto di studio e, ammesso che vi sia, provare a quantificarla. Non credo sia un esercizio fine a sé stesso, in quanto rispondere soddisfacentemente al vaglio della rilevanza consente, invero, di comprendere gli interessi in gioco, quantomeno dal punto di vista soggettivo di chi opera la valutazione, che poi potrà essere condiviso o meno, rispettivamente avvalorando o svalutando la rilevanza attribuita. In ordine a tale condizione metodologica, che dovrebbe quindi governare ogni studio, nel caso di specie, bisognerebbe chiedersi che valore abbia l'argomento del fine-vita, giuridicamente inquadrato.

Ritengo sia possibile fornire un'adeguata risposta solamente considerando l'argomento in relazione all'epoca nella quale ci è dato vivere, la post-modernità dominata dalla tecnica e dal repentino e incessante sviluppo tecnologico, che hanno reso la "macchina", *lato sensu*, il vero co-protagonista di quest'epoca, oltre ovviamente all'uomo. L'avanzamento tecnologico produce generalmente grandi benefici, e questo è vero in particolar modo nel campo medico, se non fosse che a questi benefici si accompagnano talvolta degli "effetti collaterali", volendo usare un gergo caro alla medicina. Tali effetti collaterali sono però di natura giuridica, perché se è vero che le macchine preposte all'uso medico consentono grandiosamente di salvare vite umane, è vero anche che queste, se mal governate, possono prolungare oltremodo l'esistenza, rendendo lecito chiedersi se vi siano dei benefici concretamente riscontrabili. In tal senso, il malato terminale potrebbe spiacevolmente ritrovarsi a dover "vivere" una vita che non ritiene più degna di essere vissuta, incapace di potersi autodeterminare e di condurre la propria esistenza secondo la sua personale idea di dignità del vivere. Senza dilungarsi troppo su quanto poi si dirà più approfonditamente, il tema assume rilevanza nella misura in cui il nostro quotidiano vivere (inclusa la malattia) appare, in determinate situazioni, sopraffatto e minacciato dall'avanzare tecnologico.

Già Pier Paolo Pasolini, brillante intellettuale del secolo scorso, nonché testimone della transizione alla post-modernità, soleva distinguere due termini che sovente vengono utilizzati erroneamente quali sinonimi: "sviluppo" e "progresso". Parafrasando i suoi ragionamenti, se vi è solo miglioria tecnica, allora vi è solamente *sviluppo*; al contrario, il *progresso* è caratterizzato non solo dall'avanzamento tecnico, ma da quest'ultimo in relazione all'effettivo beneficio che produce

all'essere umano, che per realizzarlo non dev'essere messo in condizione di rinunciare, anche in minima parte, ai propri diritti fondamentali e bisogni primari.

Per realizzare il vero progresso, dunque, è necessaria la conciliazione tra uomo e tecnica, di cui il diritto si fa mediatore, dal momento che permette di stabilire i confini delle possibilità d'intervento delle macchine sull'uomo, ovvero a quali condizioni sono lecite e a quali no. In forza di tali ragioni, la questione è particolarmente apprezzabile se analizzata tramite una lente giuridica e spiega perché si è deciso di analizzare l'argomento tramite questo approccio.

Va da sé che l'analisi, privilegiante l'imparzialità data dalla mitezza del diritto, non vuole esprimere un categorico giudizio a favore o meno dell'eutanasia. Sarebbe compito arduo e che del resto andrebbe affidato alla filosofia, in particolare alla cd. filosofia della scienza e alla bioetica. Si vuole, invece, precipuamente affrontare l'argomento considerando il diritto alla dignità e all'autodeterminazione, e quindi anche il diritto alla vita, in relazione al diritto vigente. Questo il giurista può fare e può servirsi, a tal fine, anche del metodo comparativo. Lo insegnano i manuali, comparare significa confronto tra soluzioni normative adottate da diversi ordinamenti in risposta ai problemi pratici più o meno analoghi creati dagli sviluppi sociali, economici, politici, nel seno delle rispettive collettività¹, al fine di rilevare in quelle soluzioni l'eventuale esistenza di reciproche affinità o divergenze. Questo può risultare estremamente utile.

Tuttavia, sebbene il metodo costituisca un aspetto fondamentale, mi preme sottolineare come l'oggetto d'analisi lo sia ancor di più. Autodeterminazione e dignità sono due aspetti cardinali della vita di ogni persona, ma entrambe si realizzano nel concetto più ampio di libertà. L'autodeterminazione è infatti essa stessa una forma di libertà, la libertà di determinarsi secondo la propria legge, secondo i propri convincimenti; la dignità, potremmo invece definirla come l'abito che la vita indossa, ciò che le dà pienezza e senso, ma soprattutto come il rispetto che l'uomo attribuisce nei propri confronti e, dal momento che si traduce in comportamenti, anch'essa è inscindibile dal concetto di libertà.

La libertà è infatti il cuore delle questioni riguardanti il fine vita e i casi Welby, Englaro, Antoniani ecc. lo dimostrano. A determinate condizioni e al fine di preservare e onorare la propria dignità, può essere infatti preferibile rinunciare alla vita stessa, purché vi sia la libertà, il diritto di poterlo fare. I riferimenti letterari certamente non mancano. Dante, nella Commedia, giustifica il suicidio di Catone Uticense in nome della libertà *“ch'è sì cara/ come sa chi per lei vita rifiuta”*,

¹ G. BOGNETTI, *L'oggetto e il metodo*, in P. CARROZZA - A. DI GIOVINE - G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Tomo II, Laterza, 2009, p. 727

ovvero è un bene prezioso al pari della vita stessa. Questo lo si deve al fatto che vivere senza libertà, senza capacità di autodeterminazione, difficilmente può significare vivere secondo la propria idea di dignità. Da qui la necessità di ponderare il diritto all'autodeterminazione e alla dignità con la tutela del diritto alla vita.

In buona sostanza, quanto appena brevemente descritto rappresenta l'oggetto d'indagine del presente elaborato, così articolato: una parte introduttiva, propedeutica alla comprensione delle successive e comprendente l'elencazione delle varie forme di eutanasia, nonché il dibattito tra le diverse posizioni sul tema; segue l'analisi normativa e giurisprudenziale sul fine vita in Italia, con particolare riferimento alla legge n. 219/2017 e ai casi Welby, Englaro, Cappato/Antoniani e Trentini; infine, una parte dedicata alla comparazione giuridica, considerando legislazione e giurisprudenza rilevante in Germania, Svizzera, Belgio e Stati Uniti.

Sezione I - Premesse

Capitolo I. Considerazioni preliminari tra bioetica e biodiritto

1. I diritti del “buon vivere”

«*Non vivere bonum est, sed bene vivere*»² (trad. “Non è un bene vivere, ma è un bene vivere bene”), scriveva Seneca nelle note “*Lettere morali a Lucilio*” in un tempo ormai lontano. Quanto espresso - e qui estrapolato - dal celebre filosofo latino non aveva certamente finalità normativa, eppure sembra fungere perfettamente come premessa etica alla positivizzazione del diritto, ed in particolare di un diritto: il diritto al vivere all’altezza della propria dignità, dove per “*propria*” s’intende il valore con la quale noi stessi siamo in grado di misurarla.

A distanza di secoli, sembra che il diritto codificato mal rappresenti l’antifona nascosta nella citazione seneciana e che secoli di produzione giuridica non siano bastati a soddisfare un innegabile bisogno di diritti, in virtù del quale si ritiene altresì inconclusa quella che Norberto Bobbio ha definito “l’età dei diritti”.³ Vale tuttavia la pena premettere che quanto si propone in questo studio non è affermare, in una prospettiva *de iure condendo*, l’impellente necessità di una quarta generazione di diritti⁴ - come spesso viene sostenuto in relazione a temi riguardanti il fine-vita - quanto più un perfezionamento o “completamento” di diritti già in parte affermatasi, ma che risultano essere in attesa di un pieno riconoscimento o di retta interpretazione. Non volendo affermare un vero e proprio diritto a morire, che sarebbe inevitabilmente antitetico al sacro diritto alla vita, questi riguardano *in primis* il diritto all’autodeterminazione dell’individuo e il diritto alla dignità, quali elementi connotativi del “vivere bene” e della società del benessere che da decenni ci

² Lucio Anneo Seneca, *Lettere morali a Lucilio*, Libro 8, par. 70, Mondadori, 1995

³ N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, 2014

⁴ Nel diritto si è soliti classificare tre generazioni dei diritti umani, dove i primi ad affermarsi furono quelli relativi alla libertà e alla partecipazione dell’individuo alla vita politica; una seconda generazione ha invece riguardato diritti di natura economica, sociale e culturale emersi nel secondo dopoguerra; infine, una terza generazione ha visto l’affermarsi di diritti relativi allo sviluppo economico, il diritto a vivere in un ambiente salubre, il diritto all’autodeterminazione, il diritto a comunicare ecc. definendo nel modo più vasto il concetto di “*benessere*” dell’individuo. Alcuni giuristi ipotizzano, nel mondo contemporaneo, la necessità di una quarta generazione di diritti che si adegui all’avanzamento tecnologico odierno, riguardando diritti connessi alla privacy, alla sicurezza e tutto ciò che discerne dal mondo informatico e si ritiene sia oggetto degno di tutela. Tra questi diritti di quarta generazione, si è soliti annoverare anche quanto prodotto dal biodiritto in temi di fine-vita e testamento biologico.

si impegna a costruire. Se tali diritti mancano all'individuo, o siano a lui attribuiti secondo interpretazioni restrittive e menomative, si rinuncia inconsciamente alla vera realizzazione dell'idea di benessere.

Come ha scritto nei suoi preziosi contributi Stefano Rodotà, *“è questo il nuovo mondo dei diritti. Un mondo non pacificato, ma ininterrottamente percorso da conflitti e contraddizioni, da negazioni spesso assai più forti dei riconoscimenti. Un mondo troppe volte e troppo spesso doloroso, segnato da sopraffazioni e abbandoni. E così «i diritti parlano», sono lo specchio e la misura dell'ingiustizia, e uno strumento per combatterla.”*⁵

Tantomeno, e va chiarito, con questo elaborato si vuole in qualche modo disdegnare e disvalorare l'avanzamento tecnologico in campo medico, di cui l'uomo è fieramente l'artefice e che costituisce forse il più prezioso dei tanti traguardi del progresso di cui la nostra epoca è testimone. Quel che si vuole invece affermare, o in qualche modo reinterpretare, non può essere chiarito in modo migliore di quanto abbia già fatto la Corte di Cassazione nella sentenza n.21748 del 16 ottobre 2007, della quale vale la pena riportare un passaggio focale sull'intendere il concetto di autodeterminazione dell'individuo in rapporto alla scienza medica: *“Il modo normale di garantire l'individualità di un uomo è l'autodeterminazione; ma quando l'autodeterminazione non è più possibile, perché la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà, bisogna perlomeno assicurarsi che ciò che resta dell'individualità umana, in cui si ripone la “dignità” di cui discorrono gli artt. 2, 13 e 32 Cost., non vada perduta. E tale individualità andrebbe perduta qualora un'altra persona, diversa da quella che deve vivere, potesse illimitatamente ingerirsi nella sfera personale dell'incapace per manipolarla fin nell'intimo, fino al punto di imporre il mantenimento di funzioni vitali altrimenti perdute.*

Il divieto di accanimento terapeutico – si sostiene – nasce proprio da qui: esso nasce affinché l'intervento del medico, artificiale ed invasivo della sfera personale di chi è incapace e perciò inerme, sia entro i confini dati dall'autolegittimazione del medico come professionista, il quale, come tale, deve curare e quindi recare un tangibile vantaggio al suo paziente. Siffatta accurata verifica della utilità o del beneficio del trattamento per chi lo subisce andrebbe fatta proprio e soprattutto quando il trattamento miri a prolungare la vita, poiché “proprio e soprattutto quando il trattamento stesso miri a prolungare la vita, il medico, come professionista, si spinge al massimo

⁵ S. RODOTÀ, *“Il diritto di avere diritti”*, Laterza, 2012

dell'intromissione nella sfera individuale dell'altra persona, addirittura modificando, o quanto meno spostando, le frontiere tra la vita e la morte”.

Certamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute. Il che non toglie, tuttavia, che vi siano casi in cui, per il prolungamento artificiale della vita, non si dia riscontro di utilità o beneficio alcuno ed in cui, quindi, l'unico risultato prodotto dal trattamento o dalla cura è di sancire il trionfo della scienza medica nel vincere l'esito naturale della morte.”⁶

Nell'epoca odierna, diritti come la sovranità sul proprio corpo o il diritto alla propria autodeterminazione, seppure siano generalmente accettati, riconosciuti e trovino effettiva applicazione per buona parte dell'arco temporale in cui si esplica la vita, trovano un difficile esercizio nel suo stadio ultimo, ovvero in quel processo in cui la vita si avvicina alla morte. È un fenomeno decisamente più diffuso nei nostri tempi poiché, in un certo qual modo, è predeterminato dall'avanzamento della tecnica ed in particolare dall'avanzamento tecnologico in campo medico, che ha sì reso le nostre vite più longeve ma che può altrettanto rendere più longevo e doloroso proprio quel processo che ci conduce alla morte. È ormai noto che le persone negli ultimi decenni muoiano in condizioni del tutto differenti rispetto ad un secolo fa e che ciò abbia ingenerato questioni controverse che richiedono di essere affrontate e risolte.

Da qui, il ricco e recente proliferare della bioetica e del biodiritto, che tentano di dare difficili risposte laddove i diritti personalissimi dell'individuo, che egli riesce facilmente a governare in vita, risultano drammaticamente compromessi quando la vita stessa si riduce ad uno stato vegetativo, incanalando i diritti in un limbo tra la vita e la morte.

Dunque, è nel rapporto di tensione tra tecnica e natura, tra religione e laicità, tra progresso e benessere, tra vita e morte, che il diritto positivo e la giurisprudenza negli ultimi anni hanno trovato nuovo stimolo, disciplinando una specifica materia che fino a poco tempo fa risultava quasi sconosciuta agli ordinamenti statali. Quest'ultimi - e si parla più specificamente del mondo occidentale e occidentalizzato - nei parlamenti e nelle corti hanno dato risposte diverse, spesso dettate da precetti culturali o religiosi, oppure per impulso e virtuosismo giuridico della classe dirigente, oppure ancora da casi clinici in grado di suscitare forte sgomento di impatto mediatico e sensibilità nell'opinione pubblica, tanto da richiedere normative in grado di rispondere in modo più adeguato e “umano” alle controversie ingenerate. Si inseriscono in questo quadro le pronunce della

⁶ Cass. Sez. I civ., sent. n.21748 del 16/10/2007

Corte Costituzionale italiana o la legge n.219/2017 sulle disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.), e così appare simile la produzione normativa in altri Paesi. Tutto questo è oggetto di studio di questa ricerca che, attraverso il metodo comparativo, tenterà di analizzare il quadro normativo d'insieme che dovrebbe regolare un mondo alla ricerca di un vero "benessere" e che, a mio modesto avviso, deve passare inevitabilmente attraverso l'estensione o la re-interpretazione di alcuni diritti fondamentali.

Tuttavia, prima di cominciare, appare doverosa un'ampia premessa terminologica e chiarificatrice sugli elementi che saranno oggetto di analisi e comparazione nel corso dell'intera indagine.

2. Premesse terminologiche

A monte di ogni premessa terminologica sugli argomenti che qui saranno trattati vi è l'atto eutanasiaco, oggetto di grande dibattito negli ultimi anni, dal momento che tale condotta - generalmente punita dagli ordinamenti penali nazionali - è considerata da parte della dottrina, e solo in determinate condizioni, un potenziale diritto ascrivibile all'individuo.

Con il termine eutanasia⁷ si designa, generalmente, l'atto attraverso il quale si determina in modo indolore la morte di un soggetto oppresso da insopportabili sofferenze, a loro volta derivanti da una malattia o un grave danno cerebrale o fisico. Il progresso tecnologico in campo medico ha tuttavia introdotto, *de facto*, e in parallelo con il diritto, diverse articolazioni del significato di eutanasia, a seconda della situazione o dello stato in cui versò il paziente. Si può parlare di "eutanasia attiva", quando viene somministrato un preparato o praticato un atto che determina direttamente la morte del paziente, oppure di "eutanasia passiva", quando la morte del malato viene causata dalla mancata attivazione o dall'interruzione dei trattamenti di sostentamento vitale, necessari alla sopravvivenza del paziente. Vi è poi il suicidio assistito, condizione che si verifica quando il paziente, per via della gravità in cui versa, è impossibilitato a porre fine autonomamente alla sua esistenza e perciò ricorre all'ausilio di persone (solitamente familiari) che condividono con lui il periodo di sofferenza.⁸ Tuttavia questa pratica, in Italia e non solo, costituisce reato ed è

⁷ Il termine deriva dal greco *eu* (buona) e *thánatos* (morte) e significa letteralmente "buona morte" nel senso di una morte serena e senza sofferenza.

⁸ In tema di suicidio assistito, celebre e attuale è il c.d. "Caso Cappato", di cui si parlerà dettagliatamente più avanti.

penalmente prevista dall'art.580 c.p.⁹ con tempi di reclusione diversi a seconda che il suicidio si realizzi o meno, sebbene in tempi recentissimi la Corte Costituzionale abbia sancito la non punibilità dell'atto nel c.d. “*caso Cappato*”, di cui si parlerà ampiamente più avanti in questa trattazione. A tal riguardo, è bene comunque tener presente il conflitto tra legislatore e giurisprudenza costituzionale, destinato a sciogliersi nel momento in cui l'argomento verrà disciplinato dal legislatore in modo conforme ai dettati costituzionali.

L'eutanasia è poi definita indiretta quando la morte sopravviene come effetto secondario, inevitabile e non voluto a causa della somministrazione di massicce dosi di analgesici al malato. Ulteriore fattispecie in tema è invece la c.d. “eutanasia non volontaria”, che si verifica quando la morte del paziente avviene per decisione presa da “altri” nel suo interesse, essendo egli incapace o non qualificato a decidere.¹⁰

Si badi bene che nel giudicare declinazioni eutanasiche ogni ordinamento giuridico può assumere una prospettiva penalistica, concentrandosi sull'autore della condotta eutanastica e sulla sua sanzione penale, che può essere anche mitigata o addirittura esclusa in determinati casi. Altrimenti, l'ordinamento può privilegiare la prospettiva del paziente, collocando la condotta eutanastica oltre la soglia penalistica e sfociando nel territorio civilistico. Nel primo caso, ovvero nella prospettiva penalistica, si vuole decidere se vada o meno assoggettato a pena l'autore della condotta, nell'altro si sceglie invece di riconoscere al titolare del bene vita un diritto all'ottenimento dell'eutanasia.¹¹ Si tratta di due paradigmi opposti che, in riferimento all'eutanasia attiva, trovano applicazione concreta nei sistemi giuridici europei e non.

Per la prospettiva penalistica, si pensi all'esperienza inglese - e più in generale dei sistemi di *Common Law* - dove storicamente prevale una forte connotazione negativa rispetto al suicidio e all'eutanasia, in virtù della quale l'autore dell'intervento eutanastico è considerato concorrente

⁹ L'art. 580 c.p., comma 1, stabilisce che “*Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima*”.

¹⁰ Rientrano in questa categoria di soggetti, in assenza di DAT, gli individui divenuti incapaci in conseguenza della malattia terminale, oppure gli incapaci legali a motivo di infermità mentale. Altra categoria, ma che rientra nella stessa fattispecie di circostanza, sono i minori di età che, pur in condizione di coscienza, non sono qualificati a decidere sull'adozione del trattamento eutanastico in loro favore.

¹¹ E. BOLOGNA, “*Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale*”, Dir. famiglia, fasc.1, 2009

nell'altrui reato di "auto-omicidio". Celebre fu il caso *Pretty* in Gran Bretagna nel 2002, vicenda che vale la pena riportare brevemente a titolo esemplificativo.

Mrs. Pretty, cittadina inglese, era affetta da una grave sclerosi laterale amiotrofica (SLA) e denunciava l'incompatibilità della normativa inglese del *Suicide Act* del 1961, che proibiva l'aiuto al suicidio, con quanto espresso negli artt. 2, 3, 8, 9 e 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, riportando il caso dinnanzi alla quarta sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In buona sostanza, Mrs. Pretty, fisicamente paralizzata e quindi incapace di compiere autonomamente il suicidio seppure fosse mentalmente lucida, chiedeva alle autorità inglesi l'impunità per il marito che l'avrebbe aiutata a suicidarsi, ponendo così fine alle sue strazianti sofferenze fisiche. Il giudice inglese respinge le sue istanze, in difesa della corretta interpretazione del *Suicide Act*. Nel ricorso alla CEDU, Pretty denuncia una molteplice lesione dei propri diritti, lamentando di come il *Suicide Act* violasse il proprio diritto all'autodeterminazione e come tale norma fosse gravemente discriminante tra individui in grado di suicidarsi da soli, esenti da sanzioni, e individui incapaci di porre fine alla propria esistenza autonomamente.

In particolare, Pretty chiedeva di intendere l'art. 2 della CEDU¹² come protettivo non della vita in sé, ma del diritto alla vita, rispetto al quale la morte non si trova in antitesi. Rispetto all'art.3¹³ della suddetta Convenzione, Pretty rileva invece che la sopravvivenza forzata debba essere considerata alla stregua di un trattamento inumano e degradante, che lo Stato è tenuto ad evitare con ogni mezzo.

Tuttavia, la Corte EDU decise di respingere il ricorso¹⁴, giudicando il *Suicide Act* compatibile alla Convenzione e ritenendo impossibile dedurre dall'art.2 un diritto alla morte, sostenendo fermamente che ogni Stato sia portatore dell'obbligo inderogabile di tutelare la vita e disconoscendo, dunque, la possibilità di ammettere atti che mirino ad interromperla. Altrettanto, in merito all'art.14 CEDU¹⁵, la Corte ha stabilito che la condizione del malato abile e quella del disabile non sono tra loro assimilabili.

¹² "Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.", art. 2, comma 2, CEDU

¹³ "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti"., art.3, CEDU

¹⁴ Corte EDU, sent. n.2346/02, *Pretty c. United Kingdom*, Strasburgo, 29 aprile 2002

¹⁵ "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.", art.14, CEDU

Seppure Mrs. Pretty non trovò giustizia dinnanzi alla Corte, il caso portò alla luce tutta la drammaticità della questione, nonché l'inadeguatezza dell'interpretazione letterale delle diritto in riferimento a circostanze dove gli stessi diritti enucleati e considerati fondamentali appaiono violati. Non si tratta, pertanto, della pretesa di vedersi attribuito un diritto, quanto più la pretesa di vederselo riconoscere, sebbene ciò determini la necessità di uno sforzo interpretativo che presupponga la considerazione di diversi approcci filosofici su quanto si debba intendere riguardo i concetti di vita, morte, autodeterminazione e quanto ad essi correlati. Più avanti se ne discorrerà.

Si consideri, comunque, che nel tempo tale prospettiva strettamente penalistica è stata alquanto mitigata ricorrendo ad *escamotages* per assicurare l'impunità dell'illecito come, ad esempio, il ricorso in sede processuale a ritenere punibile il concorrente in reato solamente dopo aver processato l'autore principale della condotta, ovvero l'autore dell'auto-omicidio. Espediente che ha logicamente permesso la sovente impunità del concorrente, data l'impossibilità di processare il richiedente qualora si fosse concretamente realizzato il suicidio.¹⁶

Esempi di mitigazione della responsabilità penale in tema di suicidio/omicidio sono presenti anche nel nostro ordinamento, in riferimento all'art. 579 c.p.¹⁷ che stabilisce un regime sanzionatorio più favorevole nel giudicare l'omicidio del consenziente rispetto all'omicidio doloso. Quest'ultimo, trova infatti la sua *ratio* nel riconoscere la minor offensività del reato nel caso vi sia consenso, nonostante nell'ordinamento italiano il bene vita sia considerato indisponibile. Altri esempi sono riscontrabili poi nel codice penale greco dove, all'art. 300, oltre al consenso di chi subisce l'intervento eutanasico, si richiede il movente compassionevole, cioè una condotta dettata dalla decisione dell'autore di porre fine ad una condizione di disagio estremo della vittima da lui ritenuta insostenibile. Oppure ancora, verso una completa depenalizzazione delle condotte di eutanasia attiva si registra l'esperienza olandese - il cui ordinamento giuridico è tradizionalmente

¹⁶ Sul tema, si veda S. Woolf Brenner, "*Undue influence in the criminal law: a proposed analysis of the criminal offense of "causing suicide"*", 47 Alb. L. Rev. 66 s. (1981-1982)

¹⁷ L'art. 579 c.p., comma 1, in tema di omicidio del consenziente stabilisce quanto segue: "*Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni.*"

avanguardistico in tema di diritti - che con la “*Legge sulla cessazione della vita su richiesta*” permette, in determinate condizioni, la liceità dell’intervento eutanasiico.^{18 19}

Anche quest’ultima, trattasi comunque di una prospettiva penalistica, per quanto evoluta: non vi è infatti un diritto del malato alla somministrazione dell’intervento eutanasiico, poiché resiste un eventuale parere contrastante espresso dal medico in merito. In altre parole, affinché vi sia prevalenza della posizione giuridica del malato, vi dev’essere necessariamente la soccombenza di altre legittime posizioni giuridiche, quale quella del medico, che diviene destinatario di un obbligo di *facere* nei confronti del paziente.²⁰

Diverso è il discorso attorno l’eutanasiia passiva - detta anche “omissiva” - che, come già accennato, si caratterizza per l’interruzione del trattamento sanitario che mantiene in vita il paziente. A tal riguardo, l’ordinamento italiano è stato spesso definito “schizoide”, dal momento che l’art.32 Cost., comma 2, recita: “*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*”, ma al tempo stesso non ritiene lecita l’omissione del personale sanitario che sarebbe perseguito penalmente secondo l’art.40 c.p.²¹, configurando quindi un reato omissivo. In dottrina, si ritiene perciò che l’intervento eutanasiico passivo debba essere disciplinato espressamente per legge, necessità emersa in particolare in seguito al caso Welby.

L’orientamento è più meno lo stesso in tema di suicidio assistito (art.580 c.p.), seppure si prevede una sanzione più lieve rispetto alla fattispecie di omicidio.

La questione è invece disciplinata secondo un atteggiamento del tutto differente - e quindi in un ottica di sostanziale depenalizzazzione - in Germania, il cui ordinamento manca di una norma incriminatrice del suicidio e, pertanto, risulta impossibile configurare un concorso in reato di una condotta considerata lecita.

¹⁸ Affinché l’intervento sia lecito, la legge olandese attribuisce grande focalizzazione alla valutazione del medico, richiedendo anzitutto il suo convincimento riguardo la volontarietà della richiesta del paziente; in secondo luogo, il convincimento del medico nel ritenere cronica e insopportabile la malattia del paziente; ancora, il convincimento che non esistano alternative praticabili rispetto all’intervento eutanasiico; infine, che sussista l’acquisizione di un parere indipendente

¹⁹ In tema di legislazione olandese riguardo l’eutanasiia si veda D. VISENTIN, “*La legge olandese sull’eutanasiia: un esempio da seguire?*”, Dir. famiglia, 2002

²⁰ E. BOLOGNA, *op.cit.*

²¹ “*Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”, art.40 c.p., comma 2. A tal riguardo, è bene ricordare che l’obbligo giuridico può derivare sia da una specifica norma (art. 593) sia da un’assunzione volontaria dell’obbligo da parte del soggetto.

Discorso a parte è riservato alla qualificazione giuridica dell'eutanasia indiretta, poiché strettamente connessa alla pretesa del paziente di ricevere la somministrazione delle cure palliative²², ovvero terapie che non hanno l'obiettivo di raggiungere la guarigione completa della malattia, ma tendono solamente a combattere i sintomi divenuti ormai refrattari ad altri trattamenti clinici.

Un caso pilota sul tema dell'eutanasia indiretta e delle cure palliative, è riscontrabile ancora una volta nell'esperienza inglese, in occasione del processo al medico John Bodkin Adams, attorno alla metà degli anni '50 del secolo scorso. Quest'ultimo era stato incriminato di *murder* in seguito alla somministrazione di un preparato a base di morfina ed eroina ad una paziente ultraottantenne colpita da ictus e poi, successivamente, deceduta. Nel processo, la Corte stabilì che il *murder* può configurarsi solamente in presenza del dolo e che, se lo scopo proprio della medicina - ovvero la cura del malato - non può essere raggiunto, allora il medico è obbligato a fare quanto è nelle sue possibilità per alleviare la sofferenza del malato.²³

Altrettanto in Francia, dove l'ammissibilità delle cure palliative ha trovato disciplina nella legge n.31/1991, ove si danno espresse indicazioni agli istituti ospedalieri di somministrare ai loro pazienti le cure palliative richieste da quest'ultimi, condizione rafforzata con una legge ordinaria del 1999 che configura esplicitamente un diritto in capo al malato a riceverle, indipendentemente dal fatto che sia affetto da una malattia terminale.

In Italia, invece, per anni la questione è stata oggetto di controversie, ma ha trovato infine soluzione con la legge n.38 del 15 marzo 2010, concernente le *“Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore”*. La legge è stata accolta come fortemente innovativa, dal momento che per la prima volta si garantisce l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore²⁴ da parte del malato, nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza e al fine di assicurare il

²² Nell'ordinamento giuridico italiano, la legge n.38/2010, art.2, definisce le cure palliative come *“l'insieme degli interventi terapeutici diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici”*.

²³ G. SMORTO, *“Note comparatistiche sull'eutanasia”*, Diritto e questioni pubbliche, 2007

²⁴ Per terapia del dolore si intende, come specificato dalla stessa legge n.38/2010, art.2, comma 1, lett. b *“l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici 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 diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore”*.

rispetto della dignità, dell'autonomia della persona umana, il bisogno di salute, l'equità nell'accesso all'assistenza, la qualità delle cure e la loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze.

Infine, troveranno ampio spazio di analisi in questa trattazione le “disposizioni anticipate di trattamento”, in sigla D.A.T., introdotte in Italia con la legge n.219/2017. Ci si limita ora solo ad una premessa terminologica, riservandoci successivamente lo spazio per un'ampia analisi contenutistica della suddetta legge. L'abbreviativo D.A.T. è sovente sostituito come sinonimo da altre locuzioni, come quelle di “dichiarazioni anticipate di trattamento”, “testamento biologico” o “*living will*” e “*advance care directives*” in lingua inglese, eppure, in termini giuridici, i termini non sono poi così sinonimi ma presentano alcune differenze.

Partendo dagli elementi di comunanza, tutte le espressioni indicano alla base la presenza di un documento, con il quale il sottoscrittore si rivolge al medico per esprimere le sue volontà e preferenze in merito ai trattamenti sanitari che accetta o rifiuta, nel caso in cui in futuro perda, in via traumatica o degenerativa di una malattia, la capacità di espressione delle proprie scelte. Non è un caso che in Italia si pose la necessità e l'urgenza di una siffatta legge proprio in seguito alla triste vicenda relativa al caso Englaro, che risultò particolarmente complessa proprio per l'assenza di disposizioni anticipate da parte della paziente in stato vegetativo che dovettero essere ricostruite diversamente.

Ad ogni caso, passando ora agli elementi di discordanza, con l'espressione “testamento biologico” si intende più propriamente un documento che accolga appieno il diritto di autodeterminazione del soggetto, che può disporre la somministrazione dell'iniezione letale (eutanasia attiva), così come l'accanimento terapeutico (continuazione di cure sproporzionate, spesso inefficaci e inutili). Nell'uno o nell'altro caso, il soggetto è comunque pienamente destinatario del diritto ad autodeterminarsi, decidendo lui stesso se la vita vale o non vale la pena di essere vissuta. E lo fa in considerazione di opinioni personalissime, stabilendo lui stesso la soglia della dignità della propria vita, sotto la quale è preferibile la morte. Non va dimenticato che il testamento biologico si caratterizza anche per una forza di vincolatività elevata: il medico che riceve le disposizioni contenute nel documento diviene automaticamente destinatario di un obbligo *di facere*, dal momento che prevale il diritto della volontà del richiedente.

Al contrario, nelle dichiarazioni anticipate di trattamento il sottoscrittore ha la possibilità di esprimere i suoi desideri e le sue preferenze, ma incontra il limite della limitazione dell'oggetto sottoscrivibile e la non assoluta vincolatività delle disposizioni espresse. Il documento non può

infatti contenere richieste che richiedano l'intervento eutanasiaco né tantomeno l'accanimento terapeutico. Questo si spiega alla luce delle precisazioni fornite dal Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha specificato che *“le dichiarazioni non possono contenere desideri in contrasto con il diritto positivo, le norme di buona pratica clinica, la deontologia medica, la scienza e la coscienza del medico”*²⁵. Va altresì considerato che il Comitato non si è invece pronunciato sul rifiuto di idratazione e alimentazione artificiali, temi che sono oggetto di opinioni divergenti all'interno del Comitato stesso.

È pertanto un documento che accoglie solo in parte il diritto all'autodeterminazione dell'individuo sul proprio corpo, limitandosi ad attribuire al paziente l'opportunità di esplicitare preferenze di fronte ad eventuali trattamenti terapeutici alternativi, di cui il medico deve “tener conto”, potendo decidere di applicarle o disapplicarle. È il medico ad avere l'ultima parola in base alle proprie valutazioni.

Il discorso è ancora diverso se si sostituisce il termine “dichiarazioni” con quello di “disposizioni” anticipate di trattamento, quest'ultime oggetto della legge n.219/2017 e che si collocano su una linea mediana tra testamento biologico e dichiarazioni anticipate di trattamento, soprattutto per quanto concerne il carattere della vincolatività del documento.

Tuttavia sulle DAT, come detto, si tornerà più avanti.

3. Vita, morte e diritto

Si consideri ora, un'ulteriore premessa legata agli stadi giuridici della vita, analisi che conduce inevitabilmente a spinose questioni controverse sul fine-vita.

Il codice civile, infatti, scandisce la vita giuridica del soggetto e le sue fasi: nascita, maggiore età e morte producono effetti giuridici che sottendono il concetto, ben più ampio, di “soggetto di diritto”. L'art.1 del codice civile statuisce che si debba intendere “persona” chi sia effettivamente nato, momento - quello della nascita - che determina l'acquisto della capacità giuridica del soggetto. Sebbene la “capacità giuridica” non trovi nell'ordinamento una precisa definizione, essa è da intendersi, secondo la c.d. teoria organica, come la titolarità di posizioni giuridiche attive e passive in presenza di un elemento materiale - ovvero la nascita della persona

²⁵ in *“Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche”*, di L. PALAZZANI, Rivista Italiana di Medicina Legale, fasc.3, 1 giugno 2018

fisica e reale - e di uno formale, ovvero la sua qualificazione normativa.²⁶ Ne consegue che questa titolarità è “concessa” all’individuo, anziché “riconosciuta”, come vuole invece la teoria giusnaturalista.

Ora, se la persona trova così definizione nel codice civile, in virtù dell’attribuita capacità giuridica derivante dalla nascita, la morte determina la speculare perdita della capacità giuridica.

Tuttavia, nel codice non si rinvengono indicazioni su cosa debba intendersi per “morte”, dovendo quindi ricorrere a qualificazioni desunte *extra codicem*. Sebbene apparentemente l’evento morte sia facilmente individuabile, a ben vedere, e in determinate situazioni, definire la morte non è poi così scontato come potrebbe sembrare. Non è un caso che, nell’elaborare una legge sul tema, vi sia stato un’ampio dibattito tra chi riteneva suscettibile di morte l’integrale cessazione respiratoria, chi la ravvisava nella c.d morte cerebrale e chi, infine, riteneva plausibile ritenere che la morte sia configurabile solo in presenza del c.d arresto del “tripode vitale”²⁷. In Italia, la legge n. 644/1975 prima, e la legge n. 578/1993 poi, hanno fatto propria la nozione di morte cerebrale, ovvero il venir meno delle sole funzioni cerebrali.²⁸

Ciononostante, appare evidente che qualsiasi definizione legale di morte si adotti, essa non potrà mai ritenersi soddisfacente nel pieno del suo significato ma porterà con sé sempre una serie di implicazioni biopolitiche, dal momento che una norma che disciplini il significato di morte si traduce nello stabilire chi è vivo e chi non lo è. Ma soprattutto, definire giuridicamente la morte sottintende un infinito dibattito tra visioni opposte in ambito medico e scientifico, in quello religioso e filosofico, nonché in quello politico, culturale e sociale. Tendenzialmente, si può solo ritenere comunemente accettato che la morte consiste in un’impossibilità di ritorno in potenza delle manifestazioni tipiche della vita²⁹, sebbene anche qui vi siano ampi scampoli di discussione riguardo la valutazione degli stati vegetativi permanenti. Sorge qui il cuore del problema definitorio per il diritto, ovvero in considerazione delle tecniche mediche di rianimazione che, nell’ultimo

²⁶ A. GIORDANO, “*Questioni controverse su inizio e fine vita*”, Diritto di Famiglia e delle Persone, fasc.3, 1 settembre 2018

²⁷ Secondo una teoria risalente al XVII secolo dell’anatomista M.F.X. Bichat, la morte coincide con l’estinzione del tripode vitale: circolazione, innervazione e respirazione. La teoria ha resistito fino agli anni ‘50 del Novecento circa, quando è apparso chiaro, in base agli sviluppi della medicina, che l’individuo potesse continuare a vivere anche solo in presenza dell’estinzione di uno dei tre elementi costituenti il tripode. È stata pertanto resa necessaria una ridefinizione del concetto biologico di morte.

²⁸ A. GIORDANO, *op. cit.*

²⁹ G. GIUSTI, “*Trattato di medicina legale e scienze affini*”, Padova, 1998, p.787

secolo, hanno permesso di separare la vita vegetativa da altre funzioni vitali, una pratica prima considerata impensabile.

Vita e morte diventano così non più concetti propriamente scientifici ma concetti politici, giacché acquistano significato solo in base ad una decisione *de imperio*.

Si è pertanto di fronte ad un nuovo paradigma, ovvero l'ospedalizzazione della morte, il tentativo delle nuove tecnologie di ridurre la morte ad una malattia, e quindi di medicalizzarla. Inevitabilmente, questo che può sembrare un progresso, porta in realtà con sé una serie di dilemmi irrisolvibili, come quello relativo alla difficoltà di individuare chi sia veramente autorizzato a decidere sulla vita o sulla morte del malato terminale, dal momento che la morte, in certi casi, non è più naturale ma è sempre più orientata ad essere medicalizzata. Occorre poi altresì considerare quali siano gli effettivi vantaggi di questa medicalizzazione, se davvero si possa ancora parlare di vita o se questa sia solo apparente, un "trionfo della scienza medica".

In relazione alla legge n. 578/1993, secondo Giorgio Agamben, si è arrivati a tale definizione di morte, ovvero quella cerebrale, alla stregua di un ragionamento che conduce a ritenere che la morte sia diventata un "epifenomeno del trapianto". In buona sostanza, si considera la morte cerebrale poiché il cervello è l'unico organo non trapiantabile e, secondo le sue stesse parole, *"ciò dovrebbe implicare che, come la morte cardiaca ha cessato di fornire un criterio valido quando sono state scoperte le tecnologie di rianimazione e di trapianto, così la morte cerebrale cesserebbe di essere tale, il giorno in cui avvenisse, per ipotesi, il primo trapianto di cervello. La morte diventa, in questo modo, un epifenomeno della tecnologia del trapianto."*³⁰

Volendo insistere sul tema, al pari di uno *stress test*, si considerino, alla luce della suddetta legge, la sua inadeguatezza in riferimento ai neonati anencefalici e gli stati vegetativi permanenti. Riguardo i primi, pur nascendo vivi, risultano del tutto privi delle funzioni cerebrali corticali, per un difetto del tubo neurale che determina un'anomalia malformativa. L'anencefalico, il cui cervello è formato solo in parte o spesso del tutto assente, è pertanto considerabile vivo e morto a un solo tempo ai fini della legge. Vivo, poiché nato, e morto, data la cessazione delle funzioni cerebrali.

Sul versante temporale opposto del ciclo della vita, si collocano gli individui in stato vegetativo permanente (SVP), condizione clinica connotata da incoscienza e inconsapevolezza di sé e dell'ambiente circostante, dovuta ad una grave menomazione degli emisferi cerebrali. La condizione è peraltro permanente dal momento in cui si desume l'irreversibilità della suddetta

³⁰ G. AGAMBEN, *"Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita"*, Torino, Einaudi, 1995, p.182

condizione. Da qui si pone il problema destinato a risolversi in un accanimento terapeutico o in un atto eutanasi che, al di là delle leggi vigenti, risulta essere una condizione presa senza il concorde assenso del paziente stesso, poiché impossibilitato a decidere per via dello stesso stato vegetativo. E non solo, a tal riguardo, si ritengono inconsistenti anche procedimenti come la ricostruzione della volontà desunta o le stesse disposizioni anticipate di trattamento (DAT), per via del loro carattere non attuale.³¹ Men che meno, appare adatto il “giudizio sostitutivo” di un fiduciario dell’incapace, dal momento che i diritti personalissimi si ritengono indelegabili.

Si tenga a precisare che questo ragionamento e considerazioni poste in essere non hanno tanto lo scopo di scoperciare un *vulnus* nella legge ivi più volte citata, quanto quello di dimostrare come le frontiere tra la vita e la morte siano divenute mobili e, soprattutto, oggetto della biopolitica. Nella determinazione legale della morte è insito un rapporto di tensione tra potere sovrano e corpi dei cittadini, una “microfisica dei poteri” per dirla con le parole di Michel Foucault, ovvero un potere che si ramifica in tutte le relazioni sociali, facendosi capillare.³²

Questo impasse è destinato a risolversi solamente quando lo Stato, *lato sensu*, si dirà disposto a rinunciare a questo potere di sovranità sui corpi dei propri cittadini poiché l’unico modo - affinché si possa ritenere generalmente accettabile una definizione di morte - è il necessario ricorso e riconoscimento del diritto all’autodeterminazione dell’individuo, per il quale ognuno possa avere facoltà di stabilire concretamente il momento dell’evento morte, facendosi legislatore di sé stesso e di un suo personalissimo diritto. In tale ottica assumono grandiosa rilevanza le DAT, malgrado anch’esse presentino delle criticità, perché esse possono ritenersi lo strumento più adatto a tradurre la volontà e l’autodeterminazione del soggetto, in base alle proprie valutazioni circa i più alti valori della vita umana e le sue più intime convinzioni.

Pensando ipoteticamente al futuro, nel quale la scienza medica avrà modo ulteriore di progredire e dimostrare la sua magnificenza, la questione si rende ancor più urgente. È lecito aspettarsi che la morte cerebrale così espressa per legge potrebbe essere definitivamente vinta dalla scienza, segnando anche la parvente immortalità dell’uomo. Ma si tratterebbe senz’altro di una

³¹ Riguardo le DAT, parte della dottrina insiste sul carattere non attuale delle disposizioni che, seppure ravvisino le volontà del soggetto incapace, esse sono lo specchio di decisioni prese in un momento antecedente lo stato di incapacità e quindi inattuali, non utili al fine di dedurre la vera volontà del soggetto in causa.

³² M. DI MASI, “Definire la morte: tra diritto e biopolitica”, Rivista Italiana di Medicina Legale, fasc. 4, 2016

vittoria fine a sé stessa, invisibile in termini concreti, poiché sul piano sostanziale significherebbe la vittoria di una decisione anziché di un diritto.

Si ritiene, invece, più funzionale all'uomo stesso far prevalere proprio i diritti sulle decisioni, anche nella fase finale della vita, ammesso che si vogliano scongiurare nuove “forme di vita” nelle varie forme dello stato comatoso. Il soggetto morente ha pertanto lo stesso diritto di autodeterminarsi del soggetto sano, sicché pare condivisibile l'osservazione di come sia contraddittorio «che lo stesso uomo che ha sempre liberamente deciso della propria esistenza, si trovi improvvisamente eterodiretto ed espropriato del proprio corpo per il mero fatto che la medicina dispone dei mezzi che ritiene doveroso utilizzare in ogni circostanza. Il diritto di autodeterminazione è dunque, prima di tutto, una forma di garanzia contro la tecnologia il cui “essere” viene considerato un “dover essere”». ³³

4. Il dibattito religioso: l'idea laica della qualità della vita e la teoria cattolica dell'indisponibilità

Un ulteriore fronte controverso e dibattuto è quello che riguarda la perenne opposizione tra bioetica laica e bioetica cattolica: la prima ritiene che la vita sia un bene disponibile, mentre la dottrina cattolica è ferma nel considerare la vita come un bene indisponibile. Le due teorie meritano, tuttavia, maggiore attenzione: pur ritenendo entrambe il bene vita come “sacro”, tale sacralità si declina poi in maniera differente sul piano fenomenologico e, forse, sarebbe più corretto parlare di “santità” della vita in riferimento alla prospettiva religiosa cattolica.

La concezione religiosa della santità della vita parte dall'assunto che tutto sia un dono di Dio e, in quanto dono, non disponibile *in toto*. Anche il bene vita non si sottrae a questo schema e si caratterizza per essere *donum* e *proprietas* del Creatore, mentre l'individuo è relegato a un mero ruolo di partecipazione a questo bene, come del resto per tutti gli altri presenti in natura. ³⁴

³³ G. ORRU, “La tutela della dignità umana del morente con particolare riferimento alla letteratura giuridica tedesca”, in L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990, p.949

³⁴ Il concetto è il medesimo espresso da Baruch Spinoza nell'*Etica*, nel teorizzare l'idea di un *Deus sive Natura*. Spinoza, nel definire la sostanza - attraverso un modello assiomatico-deduttivo - ritiene che essa, in quanto ciò che è in sé (e quindi ontologicamente autonoma), coincide necessariamente con Dio, sostanza assolutamente infinita e che è espressa da infiniti attributi. “*Tutto ciò che è, è in Dio e niente può essere né essere concepito senza Dio.*” (B. Spinoza, *Etica*, parte I, prop. 15)

Ne consegue che ogni *donum* - tra cui la vita - è per principio sottratto alle scelte individuali e, anche nel Deuteronomio, è lo stesso Dio a dichiarare “*Io faccio morire e faccio vivere*”.³⁵ Ma non si riduce a questo e, come ribadito anche nel Concilio Vaticano II, vi sono atti di per sé illeciti, anche se da essi ne deriva un bene. Qualsiasi forma di omicidio, compresa l'eutanasia, sono ritenuti dalla Chiesa cattolica come contrari alla Legge di Dio o, in altre parole, sono degli assoluti morali negativi, che indipendentemente dalle circostanze e in qualunque caso vietano di compiere determinate azioni.³⁶

Si consideri, poi, a ragione della teoria dell'indisponibilità, il concetto di *slippery slope*, ovvero il c.d. “scivolamento verso il peggio”. Molti sostenitori della teoria religiosa dell'indisponibilità della vita, infatti, non accolgono i suoi precetti in quanto credenti, e quindi in quanto predicatori di una legge morale trascendente agli uomini, immutabile e inderogabile. Il concetto di *slippery slope* è infatti accolto proprio da coloro che non si riconoscono nella teoria della santità della vita, ma che comunque la ritengono indisponibile per altre ragioni. L'idea dello *slippery slope* è quella di vietare una certa condotta per evitare che in futuro se ne affermino di peggiori.³⁷ In termini pratici, basandosi su una logica consequenzialista, se accettassimo oggi il diritto di rifiutare le cure salvifiche, accetteremo in futuro anche l'eutanasia per gli handicappati o la soppressione dei deformati, e così via. È una prospettiva che più che giudicare le condotte presenti, si focalizza sulle potenziali future, basata anche su una buona dose di timore. In altre parole, chi usa questo argomento rifiuta A per la conseguenza negativa di B che comporta, ma non rifiuta A di per sé. Tuttavia, a ben vedere, nella maggior parte dei casi tra A e B non vi è alcun legame logico, ma esso è puramente ipotetico e si fonda, a sua volta, su un principio di precauzione.

Al contrario, la concezione laica - alla quale dovrebbe teoricamente ispirarsi ogni ordinamento che non sia assimilabile alla famiglia giuridica tradizionale-religiosa - non contempla la dimensione metafisica, negando quindi l'esistenza di un Dio che sia preliminare ad ogni discorso bioetico. O meglio, «*Dio potrebbe anche esserci e qualcuno potrebbe anche sostenere che c'è. Ma tale affermazione resta un'ipotesi “privata” che non può essere sostenuta come valida per tutti.*»³⁸

³⁵ Dt, 32:39

³⁶ F. BOTTURI, “*Principi morali e assoluti etici*” in G. FORNERO, “*Bioetica cattolica e bioetica laica*”, Mondadori, 2005, p.44

³⁷ G. CRICENTI, *op. cit.*

³⁸ M. MORI, Intervista (settembre 2001)

Pertanto, si fa riferimento più a un concetto di “qualità della vita” - piuttosto che di santità, come premesso invece dalla dottrina cattolica - integrando a sua volta il concetto di “dignità” della stessa.

Si potrebbe poi discorrere ampiamente su cosa si debba in verità intendere per qualità della vita, e al riguardo sono tre i paradigmi filosofici: le teorie edonistiche, le teorie delle preferenze e le teorie perfezioniste.

Riguardo le prime, accogliendo le riflessioni di John Stuart Mill, si considera la qualità della vita in funzione della presenza, o meno, di stati piacevoli e dall’assenza, o meno, di stati dolorosi.

Le teorie delle preferenze, invece, respingono l’idea che la qualità della vita si definisca solo in base alla presenza/assenza di piaceri, e si appellano invece al concetto di utilitarismo, ritenendo la qualità della vita un qualcosa di determinabile solo in base alle preferenze e agli interessi degli individui, ossia in base a ciò che essi desiderano in modo più o meno esplicito o ponderato.

Il paradigma perfezionista, infine, non si limita a considerare il benessere in senso stretto, ma ritiene che la qualità della vita vada misurata in rapporto ad alcune capacità essenziali per lo sviluppo della persona umana, ovvero ciò di cui quel determinato essere umano è capace.³⁹

Non è ora importante quale dei tre paradigmi debba considerarsi preponderante nella valutazione della nozione di “qualità della vita” ma, considerate nel loro complesso e ai fini del nostro ragionamento, esse indicano una matrice comune, ovvero che la morale e le norme etiche sono costrutti della nostra intelligenza. Quindi, elaborazioni dell’essere umano e non leggi divine, rifiutando così il carattere esogeno della morale. Fondandosi su principi diversi da quelli religiosi, questo paradigma ha ovviamente delle conseguenze non solo filosofiche, ma anche nella quotidianità e nella positivizzazione stessa del diritto. Uno di questi principii è quello di “autonomia”, ovvero nel diritto di ogni singolo individuo di essere libero di scegliere da sé, scevro di imposizioni etiche superiori, quali precetti religiosi. Le sue scelte sono frutto della propria *ratio*.

Ne consegue anche che la bioetica laica difende il principio della disponibilità della vita, secondo il quale l’uomo, disponendo del proprio corpo, ha facoltà di decisione e autodeterminazione anche nello stadio ultimo della sua esistenza, sperando di ridurre la quantità di mali che lo affliggono e che gli impediscono di vivere una vita degna di questo nome.⁴⁰ In altre parole, manca la sublimazione teologica del dolore, propria della dottrina cattolica.

³⁹ G. FORNERO, *op. cit.*, p.76

⁴⁰ G. FORNERO, *op. cit.*, p.84

Non volendosi troppo dilungare nel considerare il dibattito tra concezioni laiche e religiose, si arrivi però a ragionare su un aspetto conclusivo. Ovvero, entrambe le dottrine contemplanò in modo inequivocabile il valore e la natura del bene vita, ritenendolo chi trascendente e chi immanente.

Ciò che tuttavia mi preme distinguere e che anche in dottrina è stato spesso evidenziato, è la vita intesa come biologia e la vita intesa come biografia. È una distinzione, a mio avviso, fondamentale.

Nel considerare la vita come biologia, o come processo biologico, si ritiene “vivo” chiunque possa espletare le funzioni vitali primarie, purché i suoi organi funzionino almeno in parte. Gli individui, però, non sono solo vivi, ma hanno anche delle vite.⁴¹ In tal senso, la vita biografica è ben differente da quella biologica, essa è la vita vissuta. Quando la vita non può essere più innovata di eventi in alcun modo, non può esser più rinverdata di emozioni, sentimenti, coscienza e percezione dell’ambiente circostante, è lecito ritenersi biologicamente vivi ma biograficamente morti. In un certo senso, la morte può far quindi ingresso già in alcuni stadi della vita, rendendo *de facto* inespletabili alcuni diritti generalmente riconosciuti ai vivi. La perdita di questi diritti, quale quello dell’autodeterminazione per stato di incapacità, è in un certo grado sintomo di morte giuridica, nonché fisica, dell’individuo.

⁴¹ RACHELS, “*Quando la vita finisce*”, in “*Il diritto di rifiutare le cure. Critica delle distinzioni irrilevanti*”, di G. CRICENTI, Europa e dir. priv. Fasc.3, 2011

Sezione II - Normativa e giurisprudenza sul fine-vita in Italia

Capitolo I. La legge n.219/2017 e la disciplina delle DAT nell'ordinamento giuridico italiano

1. Il quadro normativo sul fine-vita

Poste le premesse esposte nel capitolo precedente, nella speranza che possano aver delineato le problematiche che sottendono e necessariamente precedono un qualsiasi discorso giuridico al riguardo, si passi ora al tema centrale di questo lavoro, ovvero la normativa preposta alla disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT) che, in questo ampio capitolo, riguarderà l'analisi della legge n.219/2017. È bene, tuttavia, fare prima un'ulteriore premessa - questa volta di carattere giuridico - attorno il quadro normativo nel quale le DAT trovano fondamento, ovvero sia i riferimenti costituzionali e convenzionali di carattere sovranazionale e internazionale.

Si cominci proprio da quest'ultimi, tramite un approccio discendente, per arrivare sino alla normativa nazionale qui presa in esame. I documenti sovranazionali e internazionali che disciplinano in modo generale la materia del fine-vita, o meglio, i diritti ai quali si fa riferimento purché le DAT trovino fonte di legittimità, sono molteplici. Tra questi, si può certamente citare, nell'ambito delle Nazioni Unite, l'art.5 della Dichiarazione Universale dei diritti umani (1948) che statuisce che “Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti”, così come riprende l'art.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁴², stabilendo in buona sostanza il diritto - in capo all'individuo - di scegliere a quali trattamenti sanitari sottoporsi e a quali sottrarsi in base alla propria volontà, sebbene tale diritto sia desunto implicitamente e non *expressis verbis*.

Sempre in ambito internazionale, si consideri anche l'art.5 della “Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina” - anche conosciuta come Convenzione di Oviedo ed entrata in vigore il 1 dicembre 1999 - nel quale si stabilisce che “*un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e*

⁴² “Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico”, (art. 7)

sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso”⁴³, facendo proprio il principio del consenso informato e dell’alleanza terapeutica medico-paziente (*commi 1 e 2*) e asserendo il diritto a rifiutare le cure negando il proprio consenso alla terapia (*comma 3*).

Oltre ad essi si può citare anche l’art.3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, nel quale si disciplina il diritto all’integrità della persona, di cui al *par. 2* si afferma che, nell’ambito medico, si è tenuti a rispettare il consenso libero e informato della persona interessata (*lett. a*).⁴⁴

Si ricorda anche l’art.3 della CEDU, più propriamente relativo alla proibizione della tortura, ma facente anch’esso riferimento a “*trattamenti inumani e degradanti*”⁴⁵, nei quali rientrano più estensivamente anche quelli di ostinazione terapeutica ingiustificata.

Sul piano costituzionale, invece, si fa generalmente riferimento ad un trittico di garanzie poste agli artt. 2, 13 e 32 della Carta costituzionale italiana. In particolare, si garantiscono i diritti inviolabili dell’uomo⁴⁶ (art.2 Cost.); la libertà personale⁴⁷ (art.13 Cost.) nonché la libertà di disporre del proprio corpo, secondo un’interpretazione estensiva ma comunemente accettata in dottrina; infine, il diritto alla salute⁴⁸ (art.32 Cost.) garantito a ciascun individuo⁴⁹ (comma 1), che deve poter poter rifiutare le cure (comma 2), ad eccezione di disposizioni di legge che lo proibiscono. La

⁴³ Convenzione di Oviedo, art.5

⁴⁴ “Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: (a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; (b) il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; (c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; (d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani.”, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, art.3

⁴⁵ “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”, art. 3, CEDU

⁴⁶ “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”, Art.2 Cost.

⁴⁷ “La libertà personale è inviolabile.”, Art.13 Cost., comma 1

⁴⁸ “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.”, Art. 32 Cost.

⁴⁹ Nell’art. 32 della Costituzione, appare peraltro rilevante la volontà dei padri costituenti di considerare il diritto alla salute come un diritto fondamentale dell’individuo e, alla stregua di questa considerazione, l’utilizzo del termine “*individuo*” anziché di “*cittadino*”, riconoscendo quindi il diritto alla salute anche allo straniero. L’universalità di tale diritto è confermata anche al primo comma, ove si garantiscono cure gratuite agli indigenti, stabilendo inequivocabilmente l’accesso a tale diritto in modo eguale a tutti gli individui.

riserva di legge può tuttavia espletarsi esclusivamente tenendo conto del rispetto dei diritti comunemente riconosciuti alla persona umana.

A completare il quadro normativo, seguono poi altre norme di rango primario, come la Legge del 9 gennaio 2004 n. 6 che ha introdotto nel Codice Civile l'istituto dell'amministrazione di sostegno con l'obiettivo di tutelare i soggetti con limitata capacità di compiere le funzioni della vita quotidiana, e la già citata Legge n. 38 del 15 marzo del 2010, recante disposizioni all'accesso del malato alle cure palliative e alla terapia del dolore. Segue, ancora, il "Codice di deontologia medica" del 2014, di cui si ricordano brevemente gli artt. 20 (relazioni di cura), 33 (informazione e comunicazione con la persona assistita), 35 (consenso e dissenso informato), 38 (Autonomia del cittadino e disposizioni anticipate) e 53 (rifiuto consapevole di alimentarsi).

Un quadro normativo soddisfacente sul tema, deve tuttavia tener conto non solo dei diritti ivi affermati, ma anche degli strumenti penali posti in essere proprio in ragione della rilevanza costituzionale del bene che si vuole tutelare. *Id est*, se è vero che la Repubblica tutela la salute e il bene vita con norme di rango costituzionale, è vero anche che deve pur porre norme penali volte a tutelare questi stessi beni meritevoli di tutela al fine di rendere effettivo e concretamente esercitabile quel diritto, qualificando come reati quelle condotte lesive del bene tutelato, secondo il principio di offensività. In particolare, relativi alla questione attorno la disciplina del fine-vita nell'ordinamento italiano, assumono rilevanza gli artt. 579⁵⁰ c.p. (omicidio del consenziente) e 580 c.p.⁵¹ (Istigazione o aiuto al suicidio), che fungono da "limite" all'esercizio indiscriminato di altri diritti, fra cui quello all'autodeterminazione, che dunque non è sempre esercitabile.

⁵⁰ "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui [c.p. 50], è punito con la reclusione da sei a quindici anni [c.p. 20, 32].

Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61.

Si applicano le disposizioni relative all'omicidio [c.p. 575, 576, 577] se il fatto è commesso:

1. contro una persona minore degli anni diciotto;

2. contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;

3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.", art. 579 c.p.

⁵¹ Chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima [c.p. 29, 32, 50, 583].

Le pene sono aumentate [c.p. 64] se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio [c.p.p. 575, 576, 577]., art.580 c.p.

Dagli anni '80 del secolo scorso si è poi iniziato a discutere di “testamento biologico” o “*living will*”, secondo l’accezione giuridica anglosassone, con la finalità di positivizzare le manifestazioni di volontà “oggi per allora”, per ovviare quelle situazioni in cui il soggetto divenga incapace di volere e decidere e, quindi, di autodeterminarsi. La presenza di principi costituzionali ha certamente contribuito a disciplinare la materia anche in assenza di una legge ma facendo troppo spesso ricorso alla giurisprudenza, chiamata ad interpretare i principi costituzionali e darne una giusta applicazione ai singoli casi. Tale ricorso al giudice, ha evidenziato un’ingiustificata carenza normativa dell’ordinamento italiano, dal momento che, non trattandosi di un sistema di *common law*, non vige il principio dello *stare decisis* e, pertanto, il ricorso alla pronuncia giurisprudenziale non farebbe altro che generare una frammentarietà applicativa delle norme costituzionali e potenziali frizioni tra Legislatore e giurisprudenza in vista della mancanza della certezza del diritto derivante dall’esistenza una norma.

In tale contesto - nonché necessità - ha visto la luce la legge n.219/2017 sulle “disposizioni anticipate di trattamento” (DAT), definite dal Comitato Nazionale di Bioetica come un atto con il quale “una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi non fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato”.⁵²

2. “*Habemus legem*”: la disciplina delle DAT nella legge n.219 del 22 dicembre 2017

Nonostante presenti delle criticità - che più avanti vedremo - l’introduzione della legge n.219/2017 è stata accolta di buon grado, dal momento che introduce una nuova concettualizzazione del bene “salute”, che non è più inteso come assenza di malattia ma si pone in consonanza alla percezione che ciascuno ha di sé⁵³ - come del resto si addice ad un’epoca post-moderna - e, sulla base di ciò, stabilisce una relazione medico-paziente che permette di dare maggiore attuazione a quanto affermato nell’art. 32 Cost. in materia di rifiuto delle cure. In altre parole, si tratta certamente di una legge perfettibile, ma pur sempre preferibile ad un vuoto normativo.

⁵² Parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 18 dicembre 2003

⁵³ U. ADAMO, “*Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*”, Rivista AIC, n.3/2018

La sua perfettibilità è da rilevarsi non tanto in relazione alla capacità innovativa della norma che, invero, non ha prodotto un radicale cambiamento della disciplina del fine-vita rispetto a prima. Attribuisce certamente ulteriori diritti, ma in misura limitata. Tale “limitatezza” è rinvenibile senz’altro riguardo la vincolatività delle DAT stesse e l’ambito circoscritto dei trattamenti terapeutici, in quanto solo alcuni possono essere rifiutati. L’art.32 della Costituzione ne è quindi onorato solo in parte, sebbene si debba poi riflettere se la *ratio* della norma fosse effettivamente quello di onorare l’art.32 e, a tal proposito, occorre considerare che il fine precipuo è forse quello di eliminare il più possibile la disparità tra individui capaci ed incapaci, e quindi la disparità nei trattamenti terapeutici. Se così fosse, allora la norma recherebbe maggior attuazione all’art.3 Cost. quanto piuttosto all’art.32, attribuendo maggior attenzione alla tutela di trattamenti indiscriminatori che al rifiuto delle cure.

Quanto alla vincolatività, non avrebbe alcun senso giuridico predisporre uno strumento per redigere un atto scritto e poi far venir meno le volontà manifestate.⁵⁴ Va però detto che le DAT assomigliano decisamente più a delle direttive rispetto a delle disposizioni, in quanto quest’ultime prevedono generalmente un’attuazione e un’applicazione pressoché meccanica delle volontà espresse. Le DAT invece non hanno questa natura di automatica applicazione, dal momento che il medico ha piena facoltà a valutare le volontà espresse rispetto al contesto, mantenendo quindi la sua discrezionalità che deriva dalla sua competenza professionale. Sono dunque direttive, poiché alle volontà espresse segue un’attenta valutazione e non una diretta applicazione.

Peraltro, non si trascuri che non possono essere richiesti trattamenti contrari alle norme di legge e alle buone pratiche cliniche, condizioni che fanno valere l’illegittimità del contenuto. Non possono pertanto essere richieste pratiche eutanasiche, delle quali si risponderebbe per illecito penale.

La legge è pertanto innovativa se la si inquadra in un’altra ottica, ovvero come innovazione al paradigma dominante bioetico. In tal senso, la norma ripudia la tradizionale medicina paternalistica, fondata sull’idea che la malattia derivi da un’alterazione degli equilibri naturali, che il medico è chiamato a ripristinare. A tale paradigma, con la legge n.219/2017 se ne sostituisce un altro, in cui il medico non è necessariamente un terapeuta, ma colui che ha le conoscenze e le

⁵⁴ U. ADAMO, *op. cit.*, p.121

competenze a partire dalle indicazioni sovrane che riceve dalla società e soprattutto dal paziente, nella sua prevalente identità di “utente” del servizio sanitario.⁵⁵

In questi termini dunque, la legge n.219/2017 è una legge da tempo attesa nel nostro ordinamento per la tutela dei c.d. “soggetti deboli”, nata per rispondere alle richieste della nostra società e per trovare un più giusto equilibrio tra il progresso tecnologico in campo medico e la centralità della persona, garantendo quindi l’autodeterminazione dei soggetti in stato di incapacità sopravvenuta.

Tuttavia non è stata priva, in fase di stesura e approvazione, di numerose questioni controverse emerse nei lavori in commissione, di cui si ricordano le divisioni in merito al principio di disponibilità e indisponibilità della vita, l’ossessiva richiesta di ribadire in ogni articolo il divieto di eutanasia, la rivendicazione della necessaria prevalenza della decisione del medico sulla volontà del paziente e, infine, l’altrettanto controversa questione nel considerare la nutrizione e idratazione artificiale come trattamenti sanitari (e quindi rifiutabili ai sensi della legge e del dettato costituzionale ex. art.32) o come strumenti di assistenza di base (e quindi non rifiutabili).⁵⁶ Al riguardo, si è infine deciso di optare per la prima, considerando a tutti gli effetti nutrizione e idratazione artificiale come trattamenti sanitari, anche se la loro omissione può comportare la morte del paziente.^{57 58}

Va comunque rilevato il fatto che la legge non sia mai stata espressione di una sola parte o di un solo partito - sebbene la maggioranza parlamentare ne sia stata ampia promotrice ma pur rimanendo il governo neutrale sulla questione (com’è giusto che sia per questioni eticamente sensibili) - ma ogni deputato ha potuto scegliere, slegato dalle direttive di partito, secondo la propria coscienza e la propria opinione in merito.

⁵⁵ F. D’AGOSTINO, “La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Come leggere la legge n. 219/2017”, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. 1/2018

⁵⁶ D. LENZI, “La legge 219/2017 e il difficile percorso parlamentare”, in *Diritto e Salute*, fasc.4/2018, p.103

⁵⁷ Sul punto, va ricordata la sentenza della Cassazione n.21748/2007, nella quale la Corte ha incluso l’idratazione e la nutrizione artificiali tra i trattamenti sanitari che possono essere sospesi a condizione che vi sia l’irreversibilità dello stato vegetativo permanente e il consenso dell’interessato, che può essere espresso ora con DAT o - in assenza - desunto mediante ricostruzione delle volontà del soggetto interessato.

⁵⁸ Sempre in tema di idratazione e nutrizione artificiali, il *ddl Calabrò* - precedente alla legge sulle DAT del 2017 e decaduto con la fine della legislatura - ha tentato di proporre un contenuto diverso, ritenendo i due trattamenti come forme di sostegno vitale, non formanti oggetto di DAT in alcun modo.

E' altresì una legge che ha visto la luce grazie all'importante ruolo interpretativo della dottrina giuridica e giurisprudenziale, dalle numerose sentenze delle corti di merito e, come talune leggi, si potrebbe dire che ha avuto anche i suoi martiri per arrivare all'effettivo riconoscimento di un diritto. I casi Welby ed Englaro hanno infatti certamente contribuito, oltre a sensibilizzare l'opinione pubblica, anche a riconoscere l'esistenza di un vuoto normativo in materia, più volte confermato anche dalla Corte Costituzionale.

Ed infine, prima di passare all'analisi del contenuto della legge, si valuti anche la filosofia della stessa, orientata al rafforzamento della laicità delle istituzioni e delle norme che, di pari passo con l'evoluzione del costume sociale e un mutato ruolo del patrimonio della tradizione, si rende sempre più necessario. Forse, proprio in tal senso, la norma appare come un passo in avanti verso la qualità stessa della vita democratica e il tasso di laicità del nostro ordinamento.

Sia chiaro, ad ogni caso, che la legge n.219/2017, per quanto partorita secondo una prospettiva laicizzante dell'ordinamento, non è una legge sull'eutanasia, alla quale non fa alcun riferimento testuale, né in senso positivo né negativo. Riconosce il diritto di non curarsi, o meglio, di non sottoporsi a specifici e circoscritti trattamenti, ma non il diritto a morire. Altrettanto ripudia e proibisce ogni forma di accanimento terapeutico, anche qualora sia richiesto dallo stesso paziente, evitando che i progressi della scienza medica possano spingersi oltre ogni forma di ragionevolezza, nel vano tentativo di tenere in vita soggetti che, arrivati ad uno stato terminale di malattia, non hanno alcuna possibilità di guarigione.⁵⁹

Ammette, invece - anche in forza della legge n.38/2010 sulle cure palliative - la sedazione continua profonda, ovvero la somministrazione intenzionale di farmaci per annullare il livello di coscienza allo scopo di interrompere la percezione di sofferenza altrimenti insopportabile per il paziente, purché vi sia il suo consenso, imminenza della morte - a causa del carattere irreversibile della malattia diagnosticata - e la presenza di sintomi refrattari. Anche così formulata, non si tratta comunque di una pratica eutanastica, dal momento che quest'ultima provocherebbe intenzionalmente la morte del paziente, mentre le cure palliative si limitano a tutelare il soggetto dalle sofferenze derivanti da una morte imminente. In altre parole, mediante le cure palliative, si tratta di riconoscere il paziente meritevole di una morte più lieve e, altresì, di una morte più dignitosa.

⁵⁹ F. BOTTI, *“La fine di un lungo viaggio al termine della notte: la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento”*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, fasc.2, agosto 2018, p.624

2.1 Consenso informato

Alla luce del quadro finora delineato, comprensivo di ogni premessa utile alla comprensione e alla necessità di una legge che disciplini alcuni aspetti riguardanti il fine-vita e che dia migliore attuazione al principio di autodeterminazione, si passi ora in rassegna il contenuto della legge n.219/2017, composta di 8 articoli che, nel loro complesso, disciplinano forma, contenuto e principi delle DAT nell'ordinamento giuridico italiano.

L'art.1 disciplina il c.d. "consenso informato", principio nucleare della legge, di cui il comma 1 statuisce che: *"La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge"*.

Da questa prima disposizione, introduttiva della legge, emergono quindi i principi ispiratori, le finalità e i riferimenti normativi costituzionali (artt. 2, 13 e 32 Cost.)⁶⁰ e sovranazionali (artt. 1, 2 e 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)⁶¹, riguardanti il diritto alla vita e alla salute

⁶⁰ Art. 2 :*"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."*;

Art. 13: *"La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge."*

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. E punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.";

Art. 32 Cost., cit.

⁶¹ Art. 1: *"La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata."*;

Art. 2 : *"Ogni individuo ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato."*;

Art. 3 : *"Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica."*

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

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

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

il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani."

dell'individuo, ma anche la sua autodeterminazione e la sua dignità, quali diritti più “propri” della persona, in quanto attinenti alla sua sfera più intima e profonda, essendo sia il concetto di dignità, sia le decisioni che derivano dalla possibilità di autodeterminazione un prodotto del suo pensiero e dei suoi convincimenti maturati nel corso della vita e in coerenza con la propria personalità.

Sempre nel primo comma si introduce poi il nucleo fondante della norma, ovvero il più volte richiamato “consenso informato”, destinato a divenire il nuovo paradigma bioetico in sostituzione del paternalismo medico, accogliendo quindi l'elemento volontaristico del paziente.

Di consenso informato - pur non essendo un principio nuovo nella deontologia medica - si inizia a parlare in Italia nel 1967 con la sentenza n.1950 del 25 luglio della Corte di Cassazione⁶², e poi ripreso, per l'appunto, dai vari codici professionali, senza tuttavia mai fornire una definizione globale e condivisa, essendo sempre circoscritta a specifici contesti. *Id est* il consenso informato è rimasto confinato nella deontologia medica, senza mai meritare - fino alla legge qui in esame - un ruolo privilegiato nel sistema giuridico italiano, che ne ha supplito mediante le disposizioni costituzionali prima citate, decisamente più ampie e astratte, senza mai far riferimento specifico al principio del consenso, ma limitandosi, nell'art.32 Cost., ad enunciare un diritto di rifiuto delle cure, che è cosa diversa.

Fino agli anni '70, dunque, il rapporto tra medico e paziente era di natura prettamente paternalistica, essendo le scelte di stretta competenza del medico, legittimato a compiere un intervento sul paziente, senza la necessità del consenso dello stesso.⁶³

A ben vedere, occorre tuttavia rilevare che il principio del consenso in seno alla relazione medico-paziente trovi forza anche nella legge n.833/1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale che, in attuazione dell'art.32 Cost., statuisce che gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono di norma volontari e che lo scopo del consenso informato è quello di tutelare il diritto all'autodeterminazione del paziente e delle sue scelte riguardanti la salute.

Con la presente legge, il consenso informato viene quindi consacrato quale atto fondante della relazione tra medico e paziente, tale che nessun trattamento può essere iniziato in assenza di tale consenso, come del resto la Corte Costituzionale ha affermato nella sentenza del 23 dicembre 2008, n. 438: *“il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, va considerato vero e proprio diritto della persona,*

⁶² Cass. Civ., sent. n. 1950 del 25 luglio 1967

⁶³ A. TORRONI, *“Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile”*, Rivista del Notariato, fasc.2/2018, p. 443 ss.

anzi, sintesi di due diritti fondamentali della persona, quello dell'autodeterminazione e quello alla salute, radicati nei principi sanciti dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione".⁶⁴

Proseguendo, stante il principio del consenso, quest'ultimo dev'essere naturalmente "libero", ovvero le decisioni del paziente di prestare consenso al trattamento sanitario sono da intendersi libere da influenze esterne, se non addirittura coercitive. In altre parole, il consenso dev'essere necessariamente frutto di una personale decisione e per sua stessa natura non delegabile.

Dev'essere altresì "informato", ovvero il medico è tenuto a rendere noto al paziente il quadro clinico in modo comprensibile, *condicio sine qua non* affinché si instauri il dialogo medico-paziente che costituisce la relazione di cura. "Libero" e "informato" sono dunque i due elementi imprescindibili del principio del consenso.

Infine, come limite all'esercizio di decisione riguardo i trattamenti sanitari, si è deciso di apporre la riserva di legge, reiterando il medesimo schema dell'art.32 Cost., dove si prevede che *"nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento se non per disposizione di legge."* È bene infatti ricordare che, sebbene il dettato costituzionale garantisca il diritto di rifiuto del trattamento sanitario, vi sono, tra questi, alcuni che consentono sempre una prestazione medica senza il consenso del paziente, al fine di tutelare non solo la salute dell'individuo ma bensì la salute collettiva.

Tra questi trattamenti - che sono da considerarsi obbligatori - vi sono quelli relativi alle malattie infettive e diffusive, malattie veneree in fase contagiosa (Legge n. 837/1956), malattie mentali, lesioni da infortunio sul lavoro e malattie professionali e il trattamento ospedaliero delle persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Il Legislatore vuol in tal modo tutelarsi, ma non per tale ragione intende limitare il diritto all'autodeterminazione dell'individuo. Ovvero, prevedendo l'ordinamento alcuni trattamenti sanitari obbligatori e purché anche la legge n.219/2017 ne sia conforme, si ristabilisce una certa gerarchia di beni costituzionalmente garantiti, tra i quali si valorizza il bene salute collettivo rispetto al bene salute individuale. Laddove il primo risulti minacciato, l'autodeterminazione circa il secondo viene meno e non senza una certa ragionevolezza del principio alla base del ragionamento.

Si pensi, ad esempio, alle malattie infettive e agli effetti disastrosi che potrebbero avere sulla collettività nel caso in cui non venissero curate o nel caso si ritardi il trattamento sanitario favoreggiando il diffondersi della malattia in altri soggetti.

⁶⁴ Cort. Cost., sent. n. 438 del 23 dicembre 2008

Al comma 2, invece, si stabilisce che *“è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. 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.”*⁶⁵

Il comma 2, dunque, ribadisce il consenso informato quale atto fondante della relazione di cura ma ne aggiunge un ulteriore elemento. Nel ritenere il consenso informato il punto d'incontro tra *“l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”* si riconosce non solo come anacronistica la condotta professionale paternalistica ma anche come giuridicamente illegittima.⁶⁶

Non si trascuri tantomeno la scelta lessicale di nominare primariamente il paziente - seppure il rapporto tra i due sia paritario - proprio a rimarcare la sua focalità e centralità nella relazione. Si è peraltro deciso appositamente di non impiegare la locuzione di *“alleanza terapeutica”*, in quanto il lemma *“alleanza”* sarebbe allusivo di una sovrapposizione tra le posizioni del paziente e del medico, preferendo invece rimarcare l'autonomia decisionale tra le parti, quella decisionale e generica del primo e quella professionale del secondo, che del resto potrebbero non coincidere.

Il comma 2 si chiude poi con una rigorosa precisazione sull'informazione nei confronti dei familiari o della parte dell'unione civile o qualsivoglia persona di fiducia, che può avvenire *“solo se il paziente lo desidera.”* Tale specificazione nasce sia dalla *ratio* stessa della legge - finalizzata a tutelare l'autodeterminazione e il consenso informato - sia da una problematicità che la prassi dimostra, ovvero quella di informare primariamente i familiari, talvolta escludendo parzialmente o addirittura totalmente il malato, soprattutto in caso di malattie gravi o terminali.⁶⁷

Quanto al comma 3, *“ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati,*

⁶⁵ L. n. 219/2017, art.1, co. 2

⁶⁶ AA.VV., *“Consenso informato e DAT (Disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia”*, Responsabilità civile e Previdenza, fasc.1, 1 gennaio 2018

⁶⁷ L. ORSI, *“Un cambiamento radicale nelle relazione di cura, quasi una rivoluzione”*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc. 1/2018, p.25

nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico".⁶⁸

Le specificazioni contenute nel terzo comma vanno ulteriormente a rafforzare le modalità del consenso informato, recando indicazioni riguardo l'informazione, che dev'essere completa, aggiornata e soprattutto comprensibile al paziente, poiché solo in tal modo le scelte e le decisioni del paziente possono dirsi realmente consapevoli e libere. In questo momento - ovvero quello dell'informazione - il paziente è certamente soggetto passivo, ma altresì è elevato a soggetto destinatario unico e privilegiato.

La seconda parte del terzo comma dell'art.1 è ancor più interessante in un'ottica autodeterminativa del paziente al quale, da un lato il comma 2 riconosce il diritto di coinvolgere nella relazione un familiare o una persona di fiducia, mentre, dall'altro, il comma 3 riconosce il diritto di rifiutare le informazioni circa il suo stato di salute oppure di incaricare una persona di fiducia che sia destinataria legittima di riceverle e di esprimere il suo consenso in sua vece.

Il canale della c.d. "offerta informativa" permette così di ridurre il peso psicologico inevitabilmente legato alla ricezione di cattive notizie e alla presa di difficili decisioni relative alla cura della propria malattia.⁶⁹ Trattasi, quest'ultimo, di un aspetto fondamentale, in quanto si riconosce l'importanza dell'intervento dei familiari, ma al tempo stesso questo è subordinato alla richiesta di coinvolgimento da parte del diretto interessato,⁷⁰ figura centrale della relazione e che può decidere liberamente quali informazioni ricevere, quante riceverne e il soggetto che può esserne destinatario in sua vece.

Il comma 4, invece, riguarda più propriamente la forma del consenso, e sul punto prevede che: *"Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con*

⁶⁸ L. n. 219/2017, art.1, co.3

⁶⁹ L. ORSI, *op. cit.*, p.27

⁷⁰ I. PELLIZZONE, *"I diritti dell'incapace in assenza di disposizioni anticipate di trattamento: proposte per un'interpretazione sistematica della l. n. 219 del 2017"*, in *Diritto e Salute*, fasc. 4/2018

*disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.”*⁷¹

Sul punto non si dirà molto più di quanto già la legge stabilisca, se non che il comma 4 traduce in norma il principio di libertà della forma, tanto che il consenso informato può essere esplicitato “*nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente*” e che sarà registrato nella cartella clinica “*in qualunque forma espressa*”. Netta appare quindi la distinzione nella forma rispetto alle dichiarazioni anticipatorie (art.4, co.6), che invece sono richieste solo mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Sempre in tema di consenso informato, l’art.1, comma 5 chiarisce un aspetto controverso, ovvero quello dell’esplicitazione del consenso del paziente rispetto ai trattamenti sanitari, decretando *expressis verbis* il diritto dell’individuo maggiorenne e capace a rifiutare le cure, momento focale della norma e del suo interesse tutelato, e recita integralmente: “*Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l’interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. 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. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l’accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.”*⁷²

Il comma 5 rappresenta per il suo contenuto il tema più dibattuto della legge, ovvero quello legato ai trattamenti sanitari rifiutabili, tra i quali rientrano anche l’idratazione e nutrizione artificiali, che invece non erano previsti dal ddl Calabrò⁷³. Questi sono da ritenersi, ai fini della

⁷¹ I. n. 219/2017, art.1, co.4

⁷² I. n. 219/2017, art.1, co.5

⁷³ DDL n. S. 10 - XVI Legislatura

legge e al pari degli altri trattamenti, disponibili e rifiutabili dal paziente ex art.32 Cost.. Se imposti, risulterebbero in contrasto con il principio della inviolabilità della sfera personale ex art.13 Cost..⁷⁴

Sul punto, la legge segue il profilo già tracciato in giurisprudenza in merito al caso Englaro, ove nutrizione e idratazione artificiali sono da ritenersi a tutti gli effetti trattamenti sanitari, in quanto sottendono un sapere scientifico posto in essere dai medici e poi proseguito dal personale paramedico. Non si tratta di un accanimento terapeutico, bensì di presidi finalizzati al mantenimento in vita del paziente.⁷⁵ Del resto, questa tesi è convalidata anche dalla comunità scientifica internazionale e dalla giurisprudenza statunitense nel caso Cruzan e quella inglese nel caso Bland.

La seconda parte, invece, enuncia il c.d. principio del “non abbandono”, in base al quale al rifiuto delle cure non consegue il disinteresse del medico verso il paziente quando è possibile comunque dare sollievo e vicinanza.⁷⁶ In altre parole, il medico non riveste un ruolo passivo dinanzi alle scelte del paziente ma, come ha sottolineato il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *“Informazioni e consenso dell’atto medico”*, *«In caso di malattie importanti e di procedimenti terapeutici e diagnostici prolungati, il rapporto curante-paziente non può essere limitato ad un unico, fugace incontro. (...) Il curante deve possedere sufficienti doti di psicologia tali da consentirgli di comprendere la personalità del paziente e la situazione ambientale»*.⁷⁷ In virtù di tali “doti psicologiche” il sanitario è tenuto - rispettando le decisioni del paziente - ad illustrare le *“conseguenze di tale decisione e le possibili alternative”*, non violando in alcun modo la libertà del consenso ma certamente mettendo a disposizione le proprie conoscenze professionali per dare invece maggior attuazione all’informazione del consenso, che è l’altro elemento sul quale il principio del consenso stesso poggia. In forza dell’art.1, comma 2, questa informazione può coinvolgere anche i familiari del paziente, stante che quest’ultimo lo desidera.

Tuttavia il comma 5 non può essere letto se non congiuntamente al comma 6 e 7 successivi, nei quali si stabilisce 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*

⁷⁴ A. ASTONE, *“Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219”*, Diritto di Famiglia e della Persone, fasc.4, 1 dicembre 2018, p.1508 ss.

⁷⁵ Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748

⁷⁶ D. LENZI, *op. cit.*, p.109

⁷⁷ Parere del CNB del 20 giugno 1992, *“Informazione e consenso dell’atto medico”* in S. CANESTRARI, *“Una buona legge buona: la l. n. 219 del 2017 e la relazione medico-paziente”*, Diritto e Salute, fasc. 4/2018

*responsabilità civile o penale. Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali*⁷⁸ e che “*nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell’equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla.*”⁷⁹

Con questo prezioso - a fini della legge - trittico di commi (5, 6 e 7), si vuole da una parte vincolare il sanitario al rispetto delle decisioni del paziente e quindi attribuirne vincolatività, mentre dall’altra si stabilisce l’esenzione civile e penale del medico che ottemperi alle decisioni del paziente.

2.1.1 Limiti: autonomia professionale e obiezione di coscienza

Vi sono, tuttavia, anche dei limiti al contenuto delle DAT. Il primo si impone sia al medico che al paziente e - come già detto nel precedente capitolo - si traduce nell’impossibilità di richiedere atti eutanasi, in quanto contrari a norme di legge.

Il secondo limite riguarda invece la deontologia professionale, ovvero qualunque richiesta del paziente non può esserne ad essa contraria, ma al riguardo si pone un controverso problema circa la possibilità del medico di appellarsi ad un’obiezione di coscienza, che non è invece esplicitata *ex lege* per evidenti motivi che avrebbero comportato un ritorno - o un mai abbandono - del paradigma medico paternalistico. Se infatti, si attribuisce un diritto di obiezione di coscienza al medico, per sua natura sempre esercitabile in quanto risponde alla morale personalissima del professionista sanitario, allora si comprime il diritto di decisione e autodeterminazione del paziente e cade il fine stesso della legge.

Si tratta di un punto molto dibattuto in dottrina, in quanto risulta tutelata la deontologia professionale ma non l’obiezione di coscienza, ponendo al riguardo questioni di legittimità costituzionale della legge stessa. Al riguardo occorre soffermarsi con maggior attenzione.

Occorre infatti precisare che autonomia professionale e obiezione di coscienza rappresentano - tradotti in legge - due istituti giuridici differenti. Appellandosi all’autonomia professionale il medico può legittimamente rifiutare un trattamento richiesto dal paziente sulla base

⁷⁸ l. n. 219/2017, art.1, co.6

⁷⁹ l. n. 219/2017, art.1, co.7

delle proprie conoscenze scientifiche, cioè su parametri oggettivi e verificabili. Questo è ampiamente tutelato dalla l. n. 219/2017 (art.1, co.6) e funge da contrappeso al principio del consenso informato.⁸⁰

Altrettanto non si può ritenere dell'obiezione di coscienza, ovvero la possibilità del medico di rifiutare di dare atto ad una richiesta del paziente - seppure legittima ai fini della legge - in quanto si ritiene inaccettabile secondo le proprie convinzioni morali. Si configura come il riconoscimento legale di una forma di disobbedienza "fondata sull'integrità" [Dworkin, 1990] e appare chiaro come appellarsi a tale diritto apra scenari ben più ampi del quadro in questione.

Si desume - e si è generalmente concordi in ciò - che l'obiezione di coscienza trovi garanzia costituzionale implicita negli artt. 2, 3, 19 e 21 (co.1) Cost. e anche la Corte Costituzionale ritiene sia *"un valore costituzionale così elevato da giustificare le previsioni di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili"* ma che questo richieda un'esplicita previsione legislativa che ne regoli l'esercizio *"in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale."*⁸¹

A tal riguardo, la legge n.194/1978 che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza riconosce ai medici e al personale sanitario il diritto di non prendere parte a operazioni di aborto, fornendo quindi un'apposita disciplina dell'obiezione di coscienza, la quale si invoca anche per la legge n. 219/2017 qui in esame, tramite l'inclusione di una clausola.

Se, dunque, tutelando l'autonomia professionale il Legislatore ha voluto tutelare la libertà del medico, evitando di farne un mero esecutore delle volontà del paziente, l'inserimento di una clausola che garantisca l'esercizio dell'obiezione di coscienza sarebbe orientata alla tutela della dignità e dell'integrità morale del medico, avendo come parametro di riferimento i suoi stessi convincimenti morali, entrando quindi in una sfera personalissima e altamente soggettiva dell'individuo, ma attribuendone così un'enorme capacità decisionale, soverchiando altri diritti riconosciuti invece al paziente. Appare chiaro come l'assenza di una clausola di obiezione sia da ricondurre proprio alla volontà del Legislatore di scongiurare uno scenario simile, ritenendo troppo difficoltoso poter controbilanciare interessi costituzionalmente garantiti da entrambi le parti.

Secondo una parte minoritaria in dottrina, l'obiezione di coscienza sarebbe comunque appellabile attraverso un rinvio che, da quanto stabilito all'art.1, co.6 in combinato disposto con

⁸⁰ D. PARIS, *"Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?"*, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.1/2018

⁸¹ Corte Cost., sent. n. 467/1991

l'art.22 del codice di deontologia medica⁸², che contiene una clausola di coscienza generalissima, consentirebbe al medico di rifiutare un qualsivoglia intervento richiesto dal paziente e contrario alla propria moralità. Tuttavia, quest'ipotesi avanzata in dottrina è da ritenersi poco condivisibile, in quanto lesiva del principio gerarchico delle fonti, secondo cui è normalmente la legge a delimitare l'ambito di validità dei codici deontologici professionali, e non il contrario. Ciò che appare più verosimile è che l'obiezione di coscienza non sia tutelata nella l. n. 219/2017.

Riprendendo la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 467/1991, sebbene si stabilisca che l'obiezione di coscienza possa trovare tutela solo “*a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale*”, non si afferma tuttavia l'obbligatorietà di una clausola di coscienza.

Alla luce della sentenza succitata, l'obiezione di coscienza è quindi da considerarsi un “diritto ad interposizione legislativa” e, pertanto, l'obiezione sarà legittima (obiezione *secundum legem*) solo qualora sia espressamente prevista da una disposizione legislativa. Qualora quest'ultima non vi fosse - com'è il caso della l. n. 219/2017 - la condotta del soggetto che viola le disposizioni normative in virtù dei comandi della propria coscienza (obiezione *contra legem*) sarà considerata antiggiuridica, con le conseguenze a ciò connesse.⁸³

D'altronde, tale indirizzo appare più che ragionevole, in quanto, se mediante un appello all'obiezione di coscienza - che, come detto, non si basa su elementi oggettivi e verificabili - l'individuo potesse ritenersi esente dagli obblighi previsti per legge, ne conseguirebbe un rischio di crisi sistemica, scongiurabile proprio attraverso la tecnica dell'interposizione legislativa che ne andrebbe a circoscrivere l'esercizio. È bene, quindi, che l'obiezione non sia sempre legittima, ma lo sia solo *secundum legem*.

Ma non solo: l'interposizione legislativa è la soluzione auspicabile poiché essa è chiamata a controbilanciare contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale ma, se il Legislatore dovesse comprimere tale diritto *in toto* - non prevedendo quindi una disposizione legislativa e una qualsiasi

⁸² “*Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione*”, Codice di deontologia medica, art.22

⁸³ E. CANALE - I. DEL VECCHIO, “*La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*”, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 1-bis, p.9

possibilità di sollevare obiezione - nulla esclude un intervento della Corte Costituzionale che possa dichiararne l'incostituzionalità.

Invero, possono configurarsi tre letture della legge in relazione all'obiezione di coscienza: una lettura "estensiva", una "costituzionalmente orientata" e una "restrittiva". Nel primo caso, potrebbero cogliersi, in alcune disposizioni della legge, gli appigli necessari per una previsione implicita dell'obiezione, così come il rinvio all'art.22 del codice di deontologia medica, ipotesi però con poco sostegno giuridico; nel secondo caso, vi sarebbe la necessità di inserire un'ipotesi di obiezione di coscienza, magari anche mediante l'intervento manipolativo della Corte costituzionale; altrimenti, nell'ultimo caso, una lettura "restrittiva" escluderebbe qualsiasi facoltà di obiezione⁸⁴, quale sembra stata l'intenzione del Legislatore, che però risulterebbe tacciata di incostituzionalità nel caso in cui la Corte rilevasse che l'omessa previsione di una clausola di coscienza sia manifestamente irragionevole in relazione alla ponderazione dei beni costituzionali in gioco, a meno che si riservi al giudice di merito una possibilità interpretativa ampliativa, per la quale almeno nelle materie sensibili che coinvolgono questioni inerenti la vita e la morte, l'obiezione di coscienza debba essere sempre riconosciuta.

2.1.2 La dimensione comunicativa

Procedendo, il comma 8 dell'art.1, afferma che "*il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce il tempo di cura*".⁸⁵

Si potrebbe in realtà omettere di analizzare questo comma, che può apparire velleitario, eppure è a mio avviso una disposizione che definirei *ungarettiana*, per via del suo ermetismo che invero racchiude l'essenza della norma e, nello specifico, del consenso informato: la consacrazione del dialogo. In altre parole, segna l'avvenuto passaggio verso un tipo di relazione medico-paziente di tipo simmetrico, nel quale i due soggetti comunicano tra loro ed il paziente non subisce più passivamente le cure che gli sono sottoposte.

⁸⁴ E. CANALE - I. DEL VECCHIO, *ivi*, p. 15

⁸⁵ l. n. 219/2017, art.1, co.8

La comunicazione assume infatti un irrinunciabile “valore euristico”⁸⁶ in quanto permette al medico di acquisire una serie di dati indispensabili, sia dal punto di vista diagnostico che terapeutico.

Ma c'è di più: permette altresì di superare quelle “resistenze” sia di carattere personale, sia ambientale che vengono a crearsi tra le parti. È frequente, infatti, che vi siano atteggiamenti di chiusura al dialogo da parte del paziente, dovute magari alla scoperta della malattia e dall'ansietà riferita alle possibili conseguenze della patologia con annessa ritrosia a formulare delucidazioni, ma è altrettanto frequente la riluttanza del personale medico a considerare tempo ben speso quello del dialogo, nella convinzione che i pazienti non siano in grado di comprendere adeguatamente le informazioni loro fornite.⁸⁷

La dimensione comunicativa risulterà ancor più rilevante - nonché indispensabile - in relazione alla pianificazione condivisa delle cure, di cui vi è espressa disciplina all'art.5, ove il dialogo è necessario si svolga secondo tre distinti momenti. Nella fase iniziale è pressoché irrinunciabile che vi sia la presa d'atto, ovvero l'accettazione di una dimensione oggettiva della malattia; successivamente, il dialogo si articola nel “rapporto genuino” tra medico e paziente, *id est* la costruzione del consenso informato; infine, vi è l'accettazione dei rispettivi titoli, da una parte la professionalità del sanitario, dall'altra l'autonomia decisionale del paziente.

Sul punto, per un'attenta analisi dell'art.5, si tornerà successivamente.

Quanto ai commi 9 e 10, questi disciplinano la formazione del personale sanitario. Il comma 9 prevede che “*ogni struttura sanitaria pubblica o privata garantisce con proprie modalità organizzative la piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale*”, mentre il comma 10 che “*la formazione iniziale e continua dei e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative*”.

Il comma 9 specifica quindi la finalità di tale formazione, riferendosi alla “*piena e corretta attuazione dei principi di cui alla presente legge*”, cui è tenuta ogni struttura sanitaria pubblica o privata.

⁸⁶ A. LUPPO, *Capire è un po' guarire: il rapporto paziente-terapeuta fra dialogo e azione*, in AM Riv. della Soc. Ital. di antropologia medica, 1999, p.72

⁸⁷ C. IAGNEMMA, “*Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura: l'approccio narrativo della Legge n. 219 del 2017*”, in Giurisprudenza Penale Web, 2019, 1-bis - “Questioni di fine vita”, p. 118

Il comma 10, invece, sottolinea che una persona, per poter scegliere, non ha bisogno solo di informazioni, cioè di dati e numeri, ma - soprattutto nei casi di malattie cronico-degenerative - necessita in primo luogo di potersi appoggiare ed affidare a qualcuno per condividere paure e difficoltà.⁸⁸ In questo risulta fondamentale, per il personale sanitario impiegato in una relazione di cura, sviluppare capacità di relazione e comunicazione per aiutare la persona ad essere veramente protagonista del suo percorso di malattia e della sua vita. Non è un caso che, il precedente comma 8, reciti testualmente che *“il tempo di comunicazione tra il medico e paziente costituisce il tempo di cura”*. In altre parole, la preoccupazione dei curanti non deve essere solo la malattia, ma anche la persona, ed è evidente come tutto questo necessiti di una formazione adeguata, che dev'essere *“iniziale e continua”*.

Ciò detto, esaurito il discorso attorno l'art.1 della novella in esame, si passi ad esaminare il contenuto dell'art.2, relativo invece alla terapia del dolore e al divieto di ostinazione irragionevole nelle cure.

2.2 Terapia del dolore e cure palliative

L'art.2 della legge n. 219/2017 richiama la già più volte citata l.n. 38/2010, disciplinando l'esercizio della terapia del dolore e dell'accesso alle cure palliative, nonché il divieto di accanimento terapeutico.

I commi 1 e 2 delle disposizioni qui in esame vanno letti congiuntamente, e a loro volta in combinato disposto ai *dicta* contenuti all'art.1, co.3 e dell'art.5 sulla pianificazione condivisa delle cure, che più avanti vedremo. Al comma 1 si fa espressa previsione della terapia del dolore, inteso quale approccio medico che consente di curare il “sintomo” dolore in tutte le sue espressioni ma soprattutto curare la causa che ha determinato tale dolore.

A tal riguardo, *“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”* e *“nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella*

⁸⁸ N. ZAMPERETTI, La formazione del personale sanitario, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc. 1/2018, p.38

*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.”*⁸⁹

Per comprendere appieno la necessità di inserimento di tali disposizioni, occorre ritenere innegabile e come fatto assodato - scevro, quindi, di ogni orientamento e influenza etico-religiosa intesa a considerare il ruolo positivo del dolore - che la sofferenza incida in modo incontrovertibile sulla “qualità della vita” e sul benessere psico-fisico del paziente, dal momento che la condizione psichica e quella fisica sono tra loro correlate e inscindibili, in maggior ragione se in presenza di condizioni connotate da dolori ritenuti soggettivamente insopportabili.

La terapia del dolore è così ricompresa tra quei diritti garantiti dall’art.32 Cost. quale articolazione del più ampio diritto alla salute, e non è un caso che si sia fatta necessità della l.n. 38/2010 e che nel 2014 l’OMS abbia approvato all’unanimità un documento che impegna tutti gli Stati a sviluppare le cure palliative, indicandole quale diritto umano fondamentale.⁹⁰

Quanto all’applicazione pratica, per rendere meglio noto l’oggetto del quale se ne fa ivi discorso, la sedazione palliativa consiste - a differenza della più generale “terapia del dolore” - nella intenzionale riduzione della coscienza del paziente fino al suo possibile annullamento, al fine di alleviare i sintomi refrattari fisici e/o psichici.^{91 92} Ovvero, quando i trattamenti sanitari, i farmaci e le altre pratiche mediche risultano inefficaci ad alleviare i sintomi del dolore, si può ricorrere allora all’annullamento della coscienza dell’individuo attraverso potenti narcotici e anestetici, che possono altresì condurre alla morte del paziente.

La sedazione può essere tuttavia qualificata quale moderata/parziale (quando non toglie completamente coscienza all’individuo), temporanea (se per un periodo limitato), intermittente (se somministrata in alternanza) o continua (se protratta fino alla morte del paziente). Quest’ultima è l’unica forma di sedazione contemplata dall’art.2, comma 2 ed eticamente sostenibile solo in presenza di quattro elementi: il consenso informato del paziente; una malattia inguaribile in uno stadio avanzato; la morte imminente, generalmente attesa entro poche ore o pochi giorni; la

⁸⁹ Testo integrale dell’art.2, commi 1 e 2 della l.n. 219/2017

⁹⁰ WHO Resolution EB134.R7. *Strengthening of palliative care as a component of integrated treatment within the continuum of care*, January 2014

⁹¹ Definizione fornita dal CNB nel parere del 29 gennaio 2016 riguardo la “*Sedazione palliativa profonda continua nell’imminenza della morte*”

⁹² Tra i sintomi refrattari più frequenti il CNB ricorda la dispnea, il dolore intrattabile, la nausea e il vomito incoercibili, il delirium, l’irrequietezza psico-motoria, il *distress* psicologico o esistenziale.

presenza di uno o più sintomi refrattari o di eventi acuti terminali con sofferenza intollerabile per il paziente.

Occorre comunque non confondere l'intervento eutanasi con la sedazione profonda continua - seppure il confine sia labile - tanto da essere ritenuta da alcuni come un'eutanasia mascherata. Sul punto si è espresso lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica, rimarcando delle evidenti differenze finalistiche tra le due. A tal proposito, la sedazione è considerato un atto terapeutico che ha come finalità quella di alleviare il dolore del paziente attraverso il controllo dei sintomi refrattari, mentre l'eutanasia consiste nella somministrazione di farmaci allo scopo di provocare, con il consenso del paziente, la morte di quest'ultimo. Il primo è ritenuto un atto terapeutico, il secondo un atto finalizzato alla morte, considerando quale elemento discriminante l'intenzione del medico.

A ben vedere, però, tra atto eutanasi e sedazione profonda continua intercorre un confine piuttosto nebuloso che ragionevolmente tende confondere i due. Si potrebbe infatti ritenere questa forma di sedazione come una lenta eutanasia (*slow euthanasia*). È per tale motivo che, nel considerare l'intenzione soggettiva del medico vi deve essere riflesso a livello oggettivo, ovvero somministrare un farmaco sedativo in dosi e in combinazioni maggiori di quanto richiesto per controllare i sintomi refrattari corrisponde ad un atto eutanasi, poiché sproporzionato.^{93 94} Al principio di proporzionalità il legislatore ammette poi le cure palliative solo nelle quattro condizioni sopra citate (consenso informato, malattia inguaribile, imminenza della morte, presenza di sintomi refrattari) come per dire che, se anche si ammettesse che la sedazione profonda continua costituisca una forma di eutanasia, essa dev'essere il più possibile circoscritta ad ambiti nei quali il paziente è così vicino alla morte che, se anche la sedazione avesse un effetto di abbreviamento della vita, questo sarebbe quantificabile in termini esigui.⁹⁵

⁹³ C. VIAFORA, *La sedazione in fase terminale, parte integrante delle cure palliative. Un commento all'art.2 della Legge 219, 22 dicembre 2017*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc. 1/2018, p. 41

⁹⁴ Va anche considerata una questione procedurale, ovvero il discrimine tra atto eutanasi e sedazione profonda passa anche l'uso dei farmaci impiegati. Nel caso di un trattamento palliativo, vengono infatti utilizzati farmaci con possibile reversibilità dello stato di incoscienza indotto, mentre nel caso di atto eutanasi attivo si tratta di esercizio di un'iniezione letale per il paziente, tale da non rendere assolutamente reversibile la condizione di quest'ultimo allo stato precedente, ma provocando intenzionalmente una morte pressoché immediata.

⁹⁵ Vi sarebbe, poi, da considerare anche il disagio morale che spesso il trattamento palliativo provoca nel personale medico chiamato ad applicarlo, circostanza che si ricollega alla mancanza di una clausola di obiezione di coscienza, di cui si è già discusso (v. § cap.II, par. 2.1)

2.3 *Minori e incapaci*

L'art.3 disciplina, invece, la condizione dei minori e degli incapaci, due categorie di "soggetti deboli" particolarmente vulnerabili in tema di autodeterminazione. Quando infatti la persona, a causa della minore età o di incapacità sopravvenuta, non è in grado di autodeterminarsi occorre individuare gli strumenti per garantire il rispetto della sua dignità e valorizzare la sua autodeterminazione.⁹⁶

A tal riguardo, in tema di minori, la legge qui in esame di cui all'art.3, disciplina nei primi due commi le condizioni nel quale il minore viene messo a conoscenza delle proprie condizioni di salute e come possa eventualmente esprimere le proprie volontà, e le modalità di espressione del consenso informato. In riferimento allo stato conoscitivo della propria salute, il minore "*deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà*"⁹⁷, mentre "*il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità.*"⁹⁸

Le medesime disposizioni si applicano anche in relazione all'interdetto (comma 3), mediante il tutore, ai sensi dell'art.414 c.c.⁹⁹

Ora, riguardo i minori, occorre una breve sintesi preliminare per meglio comprendere le novità che introduce la legge n.219/2017 sul tema, soprattutto in relazione alla patria potestà e al ruolo sempre più determinante delle volontà del minore, infradiciottenne inteso.

È bene ricordare che il minore, nel sistema civilistico, è tradizionalmente considerato legalmente incapace di agire e - in quanto tale - il potere decisionale è affidato a chi detiene la patria potestà, che la esercita fino al compimento del diciottesimo anno (art.2 c.c.)¹⁰⁰, momento in cui

⁹⁶ G. FERRANDO, *Minori e incapaci*, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc. 1/2018, p.47

⁹⁷ Seconda parte art.3, co.1 della l.n. 219/2017

⁹⁸ L.n. 219/2017, art.3, co.2

⁹⁹ "*Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione*", art. 414 c.c.

¹⁰⁰ "*La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa.*", art. 2, co.1 c.c.

l'individuo acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa e certificata¹⁰¹, nonché l'idoneità a gestire i propri interessi. I pensieri e i convincimenti del minore sono comunque da tenere in considerazione, così come statuisce l'art.24, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, il quale fa riferimento anche al "grado di maturità" del minore.¹⁰²

In tema di trattamenti terapeutici, il consenso informato, dunque, deve essere richiesto a entrambi i genitori. Se tra questi vi è contrasto, si può ricorrere al Tribunale dei minori, mentre nel caso in cui uno dei due è impossibilitato (a causa di lontananza, incapacità o altro impedimento), la potestà è esercitata in modo esclusivo dall'altro (art. 317 c.c.). Se, invece, i genitori che condividono la potestà sono separati o divorziati, questa spetta al genitore affidatario, fatta eccezione per questioni di più forte interesse - come gravi problemi di salute - per cui è necessario l'accordo di entrambi. Se, infine, la patria potestà non è esercitabile da nessuno dei due *mortis causa*, il consenso deve essere espresso dal tutore.¹⁰³

Quanto al ruolo del minore, anche l'art.6 della Convenzione di Oviedo, più volte citata, prevede che: *"Il parere del minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità"*. A ben vedere, in riferimento all'età e al grado di maturità più volte richiamato, si possono indicativamente identificare tre fasce d'età, in funzione delle quali il parere assume più o meno rilevanza: nel minore non ancora quattordicenne, si ritiene che questi non sia in grado - tranne eccezioni particolari - di comprendere pienamente i significati e le problematiche sottese a un delicato intervento sanitario; nella fascia d'età compresa tra i quattordici e i sedici anni, non è possibile non riconoscere un'adeguata rilevanza a una loro consapevole volontà espressa, specie in caso di esplicito e fermo dissenso al trattamento sanitario proposto; dopo il compimento dei sedici anni, la volontà del minore assume una rilevanza quasi completa, essendo già fondata sull'accentuato sviluppo delle capacità fisiche e psichiche.¹⁰⁴ Viene da sé che al compimento del diciottesimo anno di età, l'individuo sia

¹⁰¹ *"Le norme che prevedono ipotesi di capacità speciali, sono, quali norme eccezionali, di stretta interpretazione ed hanno una sfera di applicazione limitata alla particolare disciplina da esse regolata"*, così Cass. civ. Sez. III, sent. n. 3490/1971

¹⁰² *"I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la loro opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità"*, art.24, co.1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

¹⁰³ Sul consenso del soggetto minore e del soggetto incapace, si veda M. ZAGRA - A. ARGO - B. MADEA - P. PROCACCIANTI, *Medicina legale orientata per problemi*, Elsevier, 2011, p. 178

¹⁰⁴ M. ZAGRA - A. ARGO - B. MADEA - P. PROCACCIANTI, *ivi*, p.179

pienamente in grado - salvo eccezioni di interdizione o incapacità temporanea - di instaurare una relazione con il medico di cura fondata sul principio del consenso informato.

La novità introdotta dal legislatore del 2017 è dunque quella di sancire per legge il coinvolgimento del minore, tenendo conto della sua volontà e nel suo “*best interest*” e in relazione alla sua “*dignità*”, termine che compare per la prima volta nella legge in lettura costituzionalmente orientata all’art.3 Cost., ove si riconosce a *tutti* pari dignità, *inter alia* senza distinzioni di età.

Tale previsione, che riconosce al minore un maggior coinvolgimento, permette di rileggere l’art.1, comma 3 della legge, nel quale si attribuisce ad “ogni persona” il diritto a essere destinataria delle informazioni riguardanti la diagnosi, la prognosi e i benefici e rischi dei trattamenti sanitari indicati, nonché sulle possibili alternative terapeutiche. Così come il comma 5 dello stesso articolo, dove si è scelto di impiegare lessicalmente “*ogni persona capace di agire*” in relazione al diritto di rifiuto del trattamento sanitario.

Con questo non significa che, in forza della legge qui in esame, il minore sia destinatario degli stessi diritti del soggetto adulto e che le sue volontà siano sempre valedoli, ma certamente se il legislatore avesse deciso di circoscrivere tali diritti al solo individuo maggiorenne, conseguentemente il soggetto minore sarebbe stato escluso aprioristicamente dall’esercizio. Invece, si vuol codificare quanto già da tempo si andava affermando in dottrina e in giurisprudenza, ossia che il minore - poiché detiene una soggettività giuridica, che si esprime con la titolarità di diritti della persona protetti da norme di massimo rango - può, limitatamente alle capacità di discernimento che possiede, manifestare una volontà rilevante in ordine a questioni riguardanti la propria esistenza e lo sviluppo della sua personalità.¹⁰⁵

Quanto all’autodeterminazione dell’incapace, già la Corte Costituzionale aveva posto la necessità di garantire pari tutela dei diritti della persona che si trovi in tale stato¹⁰⁶, confermando quanto già espresso dalla Suprema Corte nella sentenza n.21748/2007, la quale - in merito al caso Englaro - chiarì che la perdita di coscienza non può in alcun modo determinare anche la perdita di diritti fondamentali.¹⁰⁷

Così appare costituzionalmente orientato l’art.3 della legge n. 219, comma 4, ove stabilisce che “*Il consenso informato della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata.*

¹⁰⁵ A. PISU, *Scelte terapeutiche e protezione degli interessi esistenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, 1-bis - “*Questioni di fine vita*”, p.11

¹⁰⁶ Cort. cost., 21 novembre 2011, n.322

¹⁰⁷ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748

Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere.”¹⁰⁸

Le disposizioni normative riprendono chiaramente un profilo già tracciato nella sentenza Englaro più volte citata, nella quale la Corte di Cassazione - sul tema dell'incapace e della tutela di un suo diritto personalissimo - ha stabilito che *“In tema di attività medica e sanitaria [...] il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore un potere «incondizionato» di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza; nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non «al posto» dell'incapace né «per» l'incapace, ma «con» l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.”¹⁰⁹* Equivale a dire, come codifica la norma, che il consenso informato *“della persona inabilitata è espresso dalla medesima persona inabilitata”*, tramite la ricostruzione desunta della sua volontà, ovviamente in assenza di DAT.

In tal modo, così come per i minori, si vuole tutelare l'incapace, mettendolo nelle condizioni di poter esprimere le proprie volontà mediante il proprio “rappresentante legale” (genitori, tutore, amministratore di sostegno), che può esprimere tanto il consenso, tanto il rifiuto del trattamento sanitario, incluse alimentazione e idratazione artificiale.¹¹⁰

A tal riguardo, il comma 5 conclude che *“Nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza di 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,*

¹⁰⁸ Legge n.219/2017, art.3, co.4

¹⁰⁹ Cass. Civ., sez. I, sent. n. 21748/2007

¹¹⁰ G. FERRANDO, *op. cit.*, p. 49

la decisione è rimessa al giudice tutelare.”¹¹¹ Questa disposizione, allorché si renda necessaria, permette di disciplinare situazioni in cui vi sia contrasto tra il rappresentante legale del minore o dell’incapace e il medico, che tuttavia può muovere obiezione non di coscienza-morale, come si è chiarito precedentemente (vedi cap.II § 2.2), ma di tipo tecnico-professionale. Ma anche in tal caso, nella sentenza Englaro, si è stabilito che *“Il giudice può autorizzare il tutore - in contraddittorio con il curatore speciale - di una persona interdetta, giacente in persistente stato vegetativo, ad interrompere i trattamenti sanitari che la tengono artificialmente in vita, ivi compresa l'idratazione e l'alimentazione artificiale a mezzo di sondino, sempre che: a) la condizione di stato vegetativo sia accertata come irreversibile, secondo riconosciuti parametri scientifici, b) l'istanza sia espressiva della volontà del paziente, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dai suoi convincimenti.”*¹¹²

Questo è tuttavia il quadro giuridico affinché, in assenza di DAT, si possa assicurare anche all’incapace il diritto che le sue volontà (desunte e ricostruite) siano rispettate. In presenza di DAT, invece, il ruolo del rappresentante legale è compresso rispetto alla loro assenza, in quanto in quest’ultimo caso - come abbiamo avuto modo di vedere in via giurisprudenziale - il rappresentante si fa interprete dell’incapace, anziché di esecutore e rappresentante delle sue volontà, assumendo dunque più propriamente il ruolo di “fiduciario”, come disciplina l’art.4.

2.4 Disposizioni anticipate di trattamento

L’art.4 della legge n.219/2017 costituisce il *core* dell’elaborato normativo, disciplinando la questione delle “disposizioni anticipate di trattamento” e introducendo la figura del fiduciario. In seguito al caso Englaro si pose infatti il “problema” di fornire un strumento di valenza giuridica - e quindi vincolante - che rendesse nota la volontà dell’individuo “*capace di agire*” in una prospettiva di eventuale incapacità, senza quindi dover ricorrere ad una complicata volontà desunta. Trattasi, in altre parole, seppure non sia perfettamente corretto sul piano tecnico-giuridico, di un “testamento di vita”, o “*living will*” secondo la terminologia inglese.

¹¹¹ Legge n.219/2017, art.3, co.5. Nel medesimo comma, si stabilisce anche che il ricorso può essere presentato dal “*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*”.

¹¹² Cass. Civ., Sez. I, sent. n. 21748/2007

Si stabilisce, pertanto, al comma 1, che *“ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata “fiduciario”, che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie.”*¹¹³

Prosegue al comma 2 con le modalità e i requisiti del fiduciario, che *“deve essere una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere. L’accettazione della nomina da parte del fiduciario avviene attraverso la sottoscrizione delle DAT o con un atto successivo, che è allegato alle DAT”* e tuttavia tale incarico può essere revocato dal disponente *“in qualsiasi momento”* (comma 3), stante la validità del contenuto delle DAT, che *“mantengono efficacia”* anche in assenza di indicazione del fiduciario (comma 4).¹¹⁴

Passando in analisi il primo comma, occorre constatare l’importanza - attribuita dalla norma - ad un’adeguata informazione medica del paziente, dal momento che solo un “volere” consapevole consente la piena espressione del principio di autodeterminazione. Acquisisce allora rilevanza l’informazione del medico e la comprensione da parte del paziente sulle possibili condizioni di malattia che potrebbero provocare la cessazione della coscienza e sulle possibilità terapeutiche alternative, che il medico è altresì tenuto ad esporre. Dunque, così come il consenso informato, anche la sottoscrizione delle DAT prevede una preliminare adeguata, completa e comprensibile informazione.

Tuttavia la legge, al riguardo, non pone particolari prescrizioni formali, ma si limita a dire che è indispensabile che il paziente riceva le informazioni dal medico, senza che quest’ultimo sia tenuto a sottoscrivere il documento, come prova della sua presenza e consulenza con il paziente.¹¹⁵

116

¹¹³ Legge n. 219/2017, art.4, co.1

¹¹⁴ Oltre a poter non contenere alcuna indicazione riguardo il fiduciario, il comma 4 prevede che le volontà del disponente mantengano efficacia anche nel caso in cui il fiduciario sia indicato nelle DAT ma egli *“abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace”*

¹¹⁵ L. PALAZZANI, *op.cit.*, p.965 *ss.*

¹¹⁶ E’ tuttavia possibile, in via facoltativa, poter allegare documenti medici o indicare il nominativo del medico con il quale il disponente si è consultato preventivamente. Appare altresì possibile, per quanto remota, la possibilità di sottoscrivere le DAT in presenza del medico curante.

Si rileva, poi, una poco chiara indicazione riguardo la specificità o la generalità del contenuto delle DAT: se infatti il documento contiene indicazioni troppo dettagliate non lascia spazio all'interpretazione medica in ambito applicativo; se invece il contenuto è troppo generale si rende difficoltoso, se non addirittura impossibile, essere certi che il desiderio espresso corrisponda alla situazione clinica concreta. Su questo la norma è silente, lasciando libertà al disponente di scegliere quale delle due modalità di stesura adottare.

Quanto al contenuto delle DAT, a ben vedere, il legislatore non fornisce esplicite indicazioni al disponente, che però può desumerle dall'impianto normativo, *id est* dal canone di liceità esposto nell'art. 1, comma 6, nel quale viene fatto divieto di esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali. Anche in tal senso assume rilevanza la preventiva informazione medica, nella quale il sanitario deve far presente e richiamare - su tali questioni - all'osservanza il disponente prima della sottoscrizione delle DAT.

Il disponente "consapevole" potrà dunque esprimere il suo consenso o il rifiuto di singoli trattamenti specificamente individuati, comprese le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali (*ex art.1, comma 5*) così come è implicitamente inclusa la possibilità di rifiutare la ventilazione artificiale, la trasfusione di sangue e interventi chirurgici o farmacologici o trattamenti invasivi; potrà esprimere il desiderio di ricevere tutti gli strumenti per alleviare le sofferenze (inclusi farmaci oppiacei); potrà anche scegliere il luogo di degenza, richiedendo di essere curato in casa o in una struttura ospedaliera. È possibile indicare anche delle coordinate di ordine temporale, prevedendo, ad esempio, un limite di tempo oltre il quale un determinato trattamento medico debba essere interrotto ove non abbia procurato miglioramenti secondo il giudizio medico.^{117 118}

Per quanto riguarda invece la capacità del disponente, il comma 1 attinge alla c.d. "capacità di fare testamento", ovvero l'attitudine della persona a stabilire, attraverso l'atto di ultima volontà, la sistemazione dei propri interessi, patrimoniali e non, per il tempo in cui avrà cessato di vivere.¹¹⁹

A tal riguardo, l'art. 4, comma 1, ripropone le condizioni espresse dall'art. 591 c.c., dal quale si evince che la capacità di testare costituisce la regola, mentre i casi di incapacità

¹¹⁷ C. ROMANO, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, Studio n. 136-2018/C, Consiglio Nazionale del Notariato

¹¹⁸ Oltre alle disposizioni tipiche, ovvero concernenti i trattamenti sanitari desiderabili e non, le DAT potrebbero contenere anche disposizioni atipiche *post mortem*, come ad esempio le volontà del disponente in tema di donazione di organi. Le disposizioni atipiche non sono tuttavia previste dalla legge ma, se inserite, possono aver comunque rilevanza giuridica in determinate situazioni.

¹¹⁹ G. BONILINI, *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 70 e ss.

rappresentano l'eccezione. La succitata norma afferma infatti che *“possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge”*, elencando poi le tre ipotesi di incapacità di testare: la minore età, l'interdizione per infermità di mente e l'incapacità di intendere e di volere. La presenza di una di queste tre ipotesi comporta l'annullabilità dell'atto. Dell'art. 591 c.c., in relazione alle disposizioni anticipate di trattamento, viene in considerazione il secondo comma, nel quale si prevede che il testamento è invalido quando redatto da *“quelli che, sebbene non interdetti, si provino essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento”*. La rilevanza della disposizione qui in esame si ricava parallelamente alla nozione di incapacità di testare del legislatore del 1865, il quale, adottando la scriminante della “sanità mentale”, dichiarava incapaci di fare testamento coloro che *“sebbene non interdetti, si provino non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento.”*

La differenza tra la disciplina nel legislatore del 1865 e del codice del 1942 appare chiara, e sotto diversi aspetti: nella disciplina del primo, che accoglie unicamente la nozione di “sanità mentale”, il solo accertamento di una patologia mentale compromette l'invalidità dell'atto; nell'art. 591 c.c. le ipotesi di incapacità sono invece più ampie, abbracciando sia le ipotesi di vere e proprie patologie mentali, sia qualunque evento perturbatore della volontà del testatore, idoneo a privarlo, sia pure temporaneamente, di qualunque capacità deliberativa. Si considerano pertanto, oltre alle malattie mentali, anche le circostanze transitorie ed episodiche e, soprattutto, le conseguenze che ne derivano, ovverosia la gravità dell'alterazione delle facoltà mentali e intellettive nel soggetto disponente.¹²⁰ Si rileva, pertanto, l'effetto dell'anomalia psichica, non occorrendo che vi sia una vera e propria malattia mentale, ma può bastare un qualsiasi perturbamento, purché sopprima veramente la capacità di intendere e di volere.¹²¹ In altre parole, per invalidare l'atto occorre che, pur non trovandosi in presenza di una malattia mentale ma di un perturbamento psichico transitorio o episodico, quest'ultimo raggiunga un grado di intensità tale da privare totalmente il testatore della facoltà di concepire ed esprimere liberamente la propria volontà.

Orbene, l'art.4, comma 1 della legge n.219/2017 accoglie pienamente quanto espresso dall'art. 591 c.c. in merito alla capacità di testare, rendendo quindi eventualmente invalide le DAT anche in presenza di perturbamenti psichici transitori o episodici e che molto spesso potrebbero derivare dall'incedere della malattia stessa sulla psiche e sulla serenità delle scelte del disponente.

¹²⁰ Sul tema, si veda A. VENTURELLI, *La capacità di disporre per testamento*, Giuffrè, 2009

¹²¹ L. BARASSI, *La successione per causa di morte*, Giuffrè, 1944, p.310

Riguardo la figura del fiduciario, disciplinata nei commi 2 e ss., la norma prevede che, in merito ai requisiti, egli sia una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, mentre l'accettazione dell'incarico avviene attraverso la sottoscrizione delle disposizioni o altrimenti con atto successivo, purché venga poi allegato alle DAT. La figura del fiduciario per le decisioni in materia di salute, in realtà, era già presente nel nostro ordinamento, introdotta nel 2016 con la legge n.76, riguardante le unioni civili tra persone dello stesso sesso.¹²²

Per quanto concerne il ruolo del fiduciario, non sarebbe del tutto corretto ridurlo ad un semplice esecutore delle volontà del disponente - interpretando quindi alla lettera il contenuto delle DAT, pena l'inutilità della figura del fiduciario stesso - né, tuttavia, egli può farsi interprete discrezionale di volontà non espresse. Il ruolo fondamentale del fiduciario va invece inteso, ai fini della legge, come colui che dovrebbe controllare la corretta applicazione formale e sostanziale delle preferenze, interpretando i desideri del sottoscrittore delle disposizioni in collaborazione con il medico. Quest'ultimo, in forza del comma 5, "*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*", ovvero ricorrendo al giudice tutelare.

A tal fine emergono delle problematiche riguardo la collaborazione tra fiduciario e medico nella definizione della condizione clinica del paziente, dal momento che il fiduciario non possiede competenze mediche, eccetto il caso in cui sia lui stesso un medico. Tale difficoltà si ripropone in capo al giudice, qualora quest'ultimo sia chiamato a dirimere eventuali controversie tra medico e fiduciario, non avendo - anche il giudice - competenze cliniche. Alla stregua di tale ragionamento, la verifica delle condizioni "*palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica del paziente*" (comma 5) è asimmetricamente sbilanciata a favore del medico, l'unico in grado di valutarle in virtù delle sue conoscenze professionali.¹²³

Altresì, occorre rilevare che la norma non pone un termine alla possibilità di accettazione del fiduciario, e può pertanto avvenire anche dopo la perdita di capacità del disponente. Laddove,

¹²² La legge n.76/2016 prevede, al comma 40, che "*Ciascun convivente di fatto può 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*" (co. 40, lett. a)

¹²³ Sul punto, L. PALAZZANI, *op.cit.*

invece, il fiduciario, pur non avendo rinunciato, non si attivi o non si renda reperibile per esercitare le funzioni a lui affidate, si ritiene che il giudice possa nominare al paziente un amministratore di sostegno, che assumerà i compiti verosimilmente chiariti dal giudice nel provvedimento di nomina.¹²⁴

Per ultimo, si consideri un altro tema critico e ricorrente in tema di disposizioni anticipate, ovvero l'inattualità delle DAT, la distanza temporale e psicologica tra il momento della manifestazione del desiderio e il momento dell'applicazione effettiva, quando il soggetto non sarà più in grado di esprimersi. Le DAT sono infatti espresse a "mente fredda", in una condizione cronologicamente ed empiricamente distante dalla situazione di incapacità, tanto da far ritenere le DAT inattuali, in quanto referenti a contesti mai precedentemente vissuti dal soggetto. Come ha sottolineato in merito il CNB, l'unica soluzione sarebbe quella di redigere, in allegato alle DAT, una dichiarazione del "rischio etico" che il redigente assume, ovvero l'acquisizione della consapevolezza della possibilità che i suoi desideri possano mutare e non sia possibile esprimersi.

Infine, il comma 6, concerne la forma delle DAT che *"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 [...] Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni."*

Rispetto a quanto disposto nell'art. 1, comma 4, in merito ai modi di acquisizione del consenso informato (che può essere acquisito in *"qualunque forma espressa"*), l'art. 4, comma 6, in tema di dichiarazioni anticipatorie è molto più restrittivo, prevedendo che queste siano valide unicamente per dichiarazione scritta nella sola forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata consegnata all'ufficiale di Stato civile del Comune di residenza del dichiarante. Nessuna altra tipologia di forma scritta viene presa in considerazione.¹²⁵ Nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano saranno ammesse DAT espresse con videoregistrazioni o dispositivi

¹²⁴ C. ROMANO, *op. cit.*, p.19

¹²⁵ G. BALDINI, *Le disposizioni anticipate di trattamento (DAT): prime riflessioni*, Diritto e Salute, fasc. 4/2018, p.29

e con le medesime forme sono rinnovabili e modificabili in ogni momento. Ne consegue che si porrà un problema di vincolatività per tutte quelle dichiarazioni che, ancorché documentate, non risultino espresse nelle forme previste dalla norma, ovvero che non siano consegnate agli uffici della PA indicati.¹²⁶ Tuttavia, queste potranno essere prese in considerazione, quantomeno a valore orientativo, al fine di realizzare il *best interest* del paziente - che costruisce d'altronde la *ratio legis* - ponderando esigenze di certezza della forma e le volontà stesse del paziente.

2.5 Pianificazione condivisa delle cure

Dopo aver disciplinato gli istituti del consenso informato e delle DAT, l'art. 5 - rafforzando la relazione tra medico e paziente - disciplina la pianificazione condivisa delle cure, che si pone come un terzo istituto, sintesi tra i due precedentemente enunciati.

Al primo comma, si statuisce pertanto che *“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.”* A tal fine, recita il comma 2 che *“il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell’unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative.”*

La pianificazione condivisa delle cure, così formulata, appare quindi come una tipologia più specifica di DAT, in quanto si tratta di soggetti già medicalizzati, affetti da patologia cronica e invalidante o che si trovi affetto da una malattia *“caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta”*.

Se le DAT sono una forma di consenso anticipato ma privo di attualità di una persona non necessariamente malata che esprime le proprie decisioni *“ora per allora”*, la pianificazione delle

¹²⁶ G. BALDINI, *ivi*, p.30

cure è una forma di consenso prolungato nel tempo dato da chi è già paziente, non rivolto a un singolo atto ma a un complesso di atti terapeutici o in più generali cure.¹²⁷

È un strumento che prevede meno adempimenti rispetto alle disposizioni anticipate e, in virtù di ciò risulta più duttile, in quanto può adattarsi ad ogni singola situazione, oltre ad essere molto più facilmente modificabile a seconda dell'andamento della patologia e delle aspettative di miglioramento che si riserbano. Si tratta, in altre parole, di instaurare una relazione medico-paziente di tipo dinamico, in quanto - a differenza delle DAT che, in quanto atto scritto si connotano invece per la loro staticità - richiede che questa si sviluppi e si realizzi nel tempo, tale che proprio "*il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura*" (art.1, comma 8).

Il comma 2 richiede l'attualità della malattia, ovvero che la patologia risulti già "*in atto*", un'ulteriore differenza rispetto alle DAT che, fungendo da testamento biologico, possono essere disposte anche anticipatamente alla presenza di una patologia, oltreché ovviamente alla condizione di incapacità di esprimersi. Inoltre, dalla legge si ricava che si potrà accedere alla pianificazione condivisa solo se la malattia sia, contemporaneamente, "*cronica e invalidante*", oppure se essa risulti caratterizzata da un'"*inarrestabile evoluzione con prognosi infausta*", condizione che lascia talvolta ampi margini di incertezza.¹²⁸

Vi sono però anche punti di congiunzione tra artt. 4 e 5, e tra questi la possibilità per il paziente - come nelle DAT - di indicare un fiduciario (comma 3) la cui nomina dev'essere però espressa in forma scritta o, nel caso in cui le condizioni fisiche non lo consentano, attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare (comma 4). A dimostrazione della parentela tra pianificazione condivisa delle cure e DAT, il comma 5 prevede che per quanto riguarda gli aspetti non espressamente disciplinati, come potrebbe essere il caso di un contrasto tra fiduciario e medico, si applicano le disposizioni dell'art. 4.

In ultimo, in particolar riferimento al comma 2, l'art. 5 vuole in definitiva considerare la dignità del paziente, in merito alle realistiche attese di quest'ultimo "*in termini di qualità della vita*". Questo passaggio si ricollega ad una consolidata giurisprudenza in cui il tema della qualità della vita è divenuto centrale e di cui si ricorda il "caso Massimo". In quest'ultimo, la S.C. riconosceva il diritto del paziente a scegliere un trattamento piuttosto che un altro sulla base della

¹²⁷ D. LENZI, *op. cit.*, p. 116

¹²⁸ P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc. 1/2018, p. 68

qualità della vita che ne sarebbe derivata.¹²⁹ Di tale orientamento anche una sentenza della Corte di Cassazione del 2013¹³⁰ la quale ha stabilito che in presenza di una lesione di diritti inviolabili, come quello alla salute, vi debba essere risarcimento e che tale risarcimento dovrà essere commisurato al peggioramento della qualità della vita effettivamente dimostrato dalla vittima.¹³¹

Assume quindi rilevanza la dignità del paziente, intesa come “la condizione di nobiltà ontologica e morale in cui l’uomo è posto dalla sua natura umana, e insieme il rispetto che per tale condizione gli è dovuto e che deve a sé stesso”.¹³² A tal riguardo, la dignità assume una duplice valenza: da un lato indica il diritto del singolo di autodeterminarsi, dall’altro il riconoscimento della qualità di ogni essere umano in quanto tale, a prescindere dalle condizioni in cui versa e dalle sue volontà.¹³³

¹²⁹ Cass. pen. n. 669/1992: “è di tutta evidenza che nel diritto di disporre, lui e lui solo, della propria salute e integrità personale pur nei limiti previsti dall’ordinamento, non può che essere ricompreso il diritto a rifiutare le cure mediche, lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze... trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita e che pertanto lui e lui solo può legittimamente fare”

¹³⁰ Cass. civ. n. 11514/2013

¹³¹ Così Cass. civ. n. 11514/2013 *cit.*, “è risarcibile la sofferenza causata dal peggioramento della qualità della vita, dal non poter più svolgere quelle attività realizzatrici della persona umana che precedentemente erano consentite al soggetto”

¹³² Enciclopedia Treccani, voce “*dignità*”

¹³³ RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia, e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, in R. LA RUSSA - R. V. VIOLA - N. DI FAZIO - V. FAZIO - A. QUATTROCCHI - D. LISI - P. FRATI - V. FINESCHI, *Consenso informato e DAT (disposizioni anticipate di trattamento): momento legislativo innovativo nella storia del biodiritto in Italia*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 1 gennaio 2018, p. 353 e ss.

Capitolo II. Profili penali e giurisprudenziali sul fine-vita in Italia

1. Fondamenti e sviluppo del biodiritto penale

Nei capitoli e nelle pagine precedenti abbiamo dapprima considerato i “problemi” del nostro tempo legati al fine-vita e la necessità di ponderare diritti e libertà dinnanzi all’avanzare della tecnica, affinché i diritti restino sempre garanzia di libertà; si è poi considerato l’annoso dibattito etico, in particolar riferimento alla teoria religiosa dell’indisponibilità della vita contrapposta alla visione laica, che dovrebbe invero ispirare un ordinamento giuridico quale quello di una democrazia pluralista, nella quale vivono - come la democrazia stessa vuole - visioni differenti sul tema, che dovrebbero tradursi in un atteggiamento di neutralità e autonomia (e quindi di laicismo) dell’ordinamento sulle questioni etiche; si è così arrivati ad analizzare la legge n. 219/2017, una “buona legge buona”¹³⁴ recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Tuttavia, il discorso attorno il fine-vita in Italia non può ritenersi esaustivo, e quindi concluso, senza considerare anche la dimensione penale e le tendenze giurisprudenziali degli ultimi due decenni, che del resto si influenzano reciprocamente. In tal senso, bisogna riconoscere che l’apporto della giurisprudenza, in un’ottica laicizzante e costituzionalmente orientata dell’ordinamento, è stato ed è tuttora notevole, e aggiungerei - alla luce delle recentissime sentenze - vicino a compimento.

Premesso ciò, occorre altresì introdurre quelli che, valutati complessivamente, sono considerati i fondamenti del biodiritto penale. Nell’introdurre quest’argomento - che, come detto, va a completare i precedenti - partirei, come d’altronde Rodotà insegna, proprio dalla nozione di “persona”, che in definitiva altro non è che il *logos* di quanto scritto finora. Un concetto estremamente rilevante per il diritto penale ma - allo stesso tempo - privo di unicità di vedute, sebbene si possano considerare oramai superate le concezioni che ravvisano un interesse principalmente statale sulla sfera di pertinenza dell’essere umano. In buona sostanza, la grande differenza rispetto al passato è che la concezione di “microfisica del potere”, di sovranità statale sui corpi - divenuta progressivamente anacronistica in maggior misura nel secondo dopoguerra e nei decenni successivi - ha via via lasciato il posto ad una visione di stampo giusnaturalista nel quale

¹³⁴ S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (ddl recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)», Rivista Italiana di Medicina Legale, fasc. 3/2017*

alla persona vengono riconosciuti diritti inviolabili. Si passa dall'essere umano quale "mezzo" per realizzare interessi pubblicistici all'interesse pubblico per realizzare il bene dell'essere umano quale "fine".

La "persona" gode così di diritti biologici costitutivi della persona stessa, quale quello alla vita, all'integrità fisica e alla salute, ampiamente tutelati a livello normativo nazionale e sovranazionale. Di contro, ne consegue che i delitti di omicidio e di lesioni personali siano definiti quali "delitti naturali", poiché posti a tutela di quei beni giuridici riconosciuti per "natura" all'individuo e che costituiscono delle costanti presenti in tutte le culture giuridiche.¹³⁵

La materia che disciplina i problemi relativi alla tutela della vita prende pertanto il nome di biodiritto e negli ultimi decenni paradigmatiche sono state, tra le tante, le questioni relative alla procreazione assistita, l'interruzione di gravidanza, la clonazione, donazioni e trapianti di organi e, come abbiamo visto, le problematiche relative al fine-vita, comprendenti l'assistenza al suicidio, il rifiuto di trattamenti sanitari e, in ultimo, la spinosa questione dell'eutanasia. Ciò che però appare evidente, oltre alla complessità di disciplinare normativamente determinati argomenti, è altresì la difficoltà di conciliare la tutela dei beni giuridici biologici della persona con il principio di laicità, che richiede di delimitare la punizione ai soli casi ove sussiste la necessità di salvaguardare autentici beni giuridici non altrimenti efficacemente tutelabili.¹³⁶ Da qui la contrapposizione tra bioetica cattolica e bioetica laica, di cui si è introduttivamente discusso in relazione alle teorie della disponibilità e dell'indisponibilità della vita.¹³⁷

Nelle questioni considerate, data la complessità più volte richiamata, occorre dunque constatare che un astensionismo del legislatore può talvolta dirsi rispettoso dell'autonomia di scelta individuale, in quanto il diritto non sempre appare come lo strumento più adeguato per via della sua incapacità di afferrare la complessità delle relazioni che intende disciplinare, finendo per operare scelte coercitive.¹³⁸ È pertanto auspicabile una laicità del biodiritto penale, intesa come autonomia

¹³⁵ Cfr., F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, vol I, Delitti contro la persona*, Cedam, 2013, p. 94 ss.

¹³⁶ S. CANESTRARI, *Fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n.219*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 1/2018, p. 55 ss.

¹³⁷ Sul punto, S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014; G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Paravia, Milano, 2005

¹³⁸ S. CANESTRARI, *Fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n.219*, cit.

da concezioni morali e religiose, affinché funzione del diritto penale non sia quella di castigare costumi immorali ma quella di tutelare preventivamente e concretamente beni giuridici.¹³⁹

Nel nostro ordinamento, il principio di laicità è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare nella sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato illegittimo l'art. 402 c.p. (vilipendio della religione dello Stato).¹⁴⁰ In una prospettiva di più ampio respiro si può peraltro ragionevolmente ritenere che la laicità penalistica si leghi armonicamente all'insieme dei principi costituzionali, oltre a caratterizzare in senso pluralistico la forma del nostro Stato.

2. Casi giurisprudenziali sul fine-vita in Italia

A monte di quanto detto finora, e di quanto si dirà, vi è la quasi ovvia constatazione secondo la quale negli ultimi cinquant'anni la medicina, *lato sensu*, ha conosciuto un grande sviluppo nella cura delle patologie. È bene tener presente questo aspetto, altrimenti non sarebbe appieno comprensibile l'attualità del problema bioetico e biogiuridico.

Le nuove tecnologie rendono infatti possibile la sopravvivenza anche in seguito a traumi e malattie che in passato portavano in tempi celeri ad una morte certa. Le “macchine”, simbolo del nostro tempo, sono quindi in grado di sostituire funzioni vitali come la respirazione, la circolazione sanguigna, la funzione renale che l'organismo malato non è in grado di svolgere da solo, mantenendolo artificialmente in vita finché la cura non faccia effetto o sia disponibile un organo per il trapianto. La finalità è che l'efficacia della cura possa poi consentire di sospendere il funzionamento delle macchine grazie al recupero della salute del paziente. Quando ciò non accade, la sopravvivenza è affidata alle macchine.¹⁴¹ In questi casi, ovvero quando la vita viene sostenuta artificialmente, si pone il problema delle decisioni relative all'uso dei dispositivi medici, della loro appropriatezza, dei costi sostenibili e dei limiti di durata, ingenerando inevitabilmente questioni etiche e giuridiche.

A fronte di tali infelici circostanze, si potrebbe quasi dire che diventa difficile morire, in quanto la morte si tramuta in un percorso a tappe, che talvolta può durare addirittura anni, al punto

¹³⁹ Cfr., S. CANESTRARI, *ivi*

¹⁴⁰ “E' incostituzionale l'art.402 c.p. che prevede il reato di vilipendio della religione dello Stato”, Corte cost., sent. n. 508/2000; tra le altre, Corte cost., sent. n. 203/1989, sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole.

¹⁴¹ R. MASONI, *Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella l. n. 219/2017: l'ultima tappa di un lungo percorso*, Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc.3/2018, p.1139 ss.

che l'uomo moderno "ha paura di non riuscire a morire, di essere tenuto in vita come un simulacro di sé stesso".¹⁴²

Come abbiamo visto, seppur la legge n.219/2017 sia da considerare una pietra miliare per certi aspetti, per altri restano irrisolte questioni relative ai così formulati artt. 579 e 580 c.p., per i quali sono sorte imputazioni penali tali da far ritenere la "questione del fine-vita" ancora irrisolta per il legislatore, chiamato ad ultimarne la disciplina.

Nei casi concreti che descrivono drammatiche situazioni cliniche nelle quali versa il paziente, si può infatti considerare ragionevole la sua richiesta e desiderio di ricevere un atto eutanasi "pietoso" che ponga fine alle sue sofferenze. In tal senso, occorre ricordare che nei testi normativi dell'ordinamento italiano vigente non c'è un giudizio espresso di disvalore della condotta suicida, che non è invero oggetto di divieto. Sull'evento suicidio l'ordinamento tiene fermo - nell'art. 580 c.p. - un giudizio di disvalore d'evento, presupposto valutativo dei divieti di istigazione e aiuto al suicidio. Per converso, non è tantomeno leggibile il riconoscimento di un diritto al suicidio, in quanto l'art. 580 c.p. ne dà una chiara indicazione di segno contrario.¹⁴³ Si ritiene persino doveroso, oltretutto legittimo, l'impedimento dell'altrui suicidio, over ricorrano i presupposti d'applicazione dell'art. 593 c.p. (omissione di soccorso).

Va quindi interpretato il bene tutelato, ovvero il diritto alla vita, che nell'ordinamento corrente - sul tema, paternalistico e anacronistico - consiste in un bene indisponibile e inteso in senso meramente biologico, presupposto necessario all'esercizio di tutti gli altri diritti. Si rende necessario rilevare che tale interpretazione non consideri che la vita biologica sia sì un presupposto necessario, ma che necessiti anche di un suo senso umano. In altre parole, il diritto alla vita, considerato isolatamente, non implica né rispetto né dignità.¹⁴⁴ La tutela della persona - intesa quindi in senso più ampio - esige invece che siano tutelate la vita, l'autonomia e la dignità della persona stessa. A tal riguardo, per dignità non si intende un valore astratto, ma dignità in relazione alla persona quale titolare di diritti, e di cui l'autonomia costituisce un aspetto fondamentale della dignità così concepita.¹⁴⁵ Risulterebbe quindi riduttivo considerare il bene vita solo in senso

¹⁴² U. VERONESI, *Il diritto di morire: la libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Mondadori, 2005, p.25

¹⁴³ Cfr., D. PULITANO', *Il diritto penale di fronte al suicidio*, Diritto Penale Contemporaneo, fasc.7/2018, p. 66 ss.

¹⁴⁴ J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, 2008, p.90 ss.

¹⁴⁵ Cfr., D. PULITANO', *cit.*, p.67

biologico, scevro del suo senso umano, poiché la vita biologica è in costante ricerca del suo senso umano e privata di questo equivale ad un contenitore vuoto.

La controversa interpretazione del bene vita trova pertanto tutta la sua complessità laddove debbano applicarsi norme penali poste a tutela di tale bene, dal momento che i presupposti interpretativi non sono comunemente condivisi e risultano tacciati del mancato rispetto del principio di laicità. La drammaticità di taluni casi umani e giudiziari hanno posto in rilievo proprio tale complessità e discordanza di vedute, tali da essere assurti agli onori delle cronache nazionali da almeno un decennio.

2.1 Il caso Welby

Ripercorrendo brevemente i casi giurisprudenziali più noti in Italia sul fine-vita e i principi di diritto emersi in materia, un primo caso da considerare è quello che ha riguardato la vicenda umana e giudiziaria di Piergiorgio Welby, paziente affetto da una grave ed irreversibile forma di distrofia fascio scapolomerale, che impediva allo stesso qualsiasi movimento, con l'esclusione di quelli labiali e oculari, obbligandolo a usufruire della respirazione artificiale mediante ventilatore meccanico, cui era attaccato dal 1997. Tale patologia, secondo la letteratura medica, viene definita come una *«malattia degenerativa dei muscoli scheletrici, progressiva ed ereditaria; lentamente progressiva che interessa, in particolare, i muscoli della faccia e delle spalle. Le funzioni intellettive sono normali. L'insufficienza respiratoria è presente nella maggior parte delle forme distrofiche. Non vi sono terapie specifiche: il medico è costretto ad assistere impotente alla progressione*

inesorabile della perdita di forze e della atrofia».¹⁴⁶ È pertanto una malattia con prognosi necessariamente infausta, senza possibilità di guarigione alcuna.¹⁴⁷

Dopo una lettera aperta al presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, datata 22 settembre 2006, nella quale gli chiedeva di svolgere una funzione di sensibilizzazione nei confronti del Parlamento affinché riflettesse sul tema dell'eutanasia, Welby tentò la carta del "giudiziario", valendosi del diritto all'autodeterminazione in materia medico-sanitaria e chiedendo quindi l'immediato distacco del ventilatore artificiale che ne assicurava la respirazione assistita. La richiesta fu negata dal Tribunale di Roma, che dichiarava il ricorso integralmente inammissibile, non pronunciandosi, pertanto, sulla richiesta di distacco dal ventilatore polmonare formulata da Piergiorgio Welby. Pur riconoscendo l'esistenza di un diritto soggettivo costituzionalmente garantito di poter richiedere l'interruzione della terapia medica, il giudice di merito lo riteneva privo di tutela giuridica in assenza di specifica normativa di carattere secondario ed in considerazione del fatto che

¹⁴⁶ ADAMS - VICTOR - ROPPER - BROWN, *Principi di neurologia*, McGraw Hill, ed. VIII, 2006

¹⁴⁷ Di come Piergiorgio Welby abbia affrontato il suo dramma esistenziale e le varie fasi della patologia, non vi è testimonianza più autentica che quella narrata attraverso le sue stesse parole nel libro *"Lasciatemi morire"*, pubblicato nel 2006, nel quale racconta in un passaggio: *«La mia storia è simile a tanti altri distrofici. Non è facile ricordare come tutto sia cominciato: forse fu una caduta immotivata o un bicchiere troppo spesso sfuggito di mano. Ma quello che non si può dimenticare è il giorno in cui il medico, dopo la biopsia muscolare e l'elettromiografia, ti comunica la diagnosi: distrofia muscolare progressiva. È una delle patologie già crudeli perché, mentre lascia intatte le facoltà intellettive, costringe il malato a confrontarsi con tutti gli handicap conosciuti, da claudicante a paraplegico, da paraplegico a tetraplegico, poi arriva l'insufficienza respiratoria e la tracheotomia. Il cuore di solito non viene colpito e quello che i medici chiamano esito infausto si ha per i decubiti o una polmonite. Per me la diagnosi arriva nel 1963. Il solito pellegrinaggio alla ricerca di una cura approda alla sentenza di un luminare: «non supererò i vent'anni». Lascio gli studi e tra il 1969 e il 1971 giro l'Europa. Non muoio, ma la malattia si aggrava... negli anni ottanta vi è un ulteriore aggravamento: non posso più camminare. Incontro Mina, nativa dell'Alto Adige, durante un viaggio parrocchiale ed è colpo di fulmine. Mi sposo e aspetto la fine. Non arriva. Ma con l'aggravarsi della malattia facciamo un patto: se avrò una crisi respiratoria non voglio che chiami soccorso e mi faccia ricoverare. Non voglio accettare la tracheotomia, un atto chirurgico cruento che mi renderebbe schiavo di un ventilatore polmonare.*

Il 14 luglio 1997 altro aggravamento: insufficienza respiratoria, l'ultimo stadio della distrofia. Perdo i sensi, vado in coma. Mi risveglio nella rianimazione del Santo Spirito. Mina non è riuscita ad accettare di perdermi, l'ambulanza ha trovato tutti i semafori verdi, nessuna fila al pronto soccorso, ho subito l'intervento. Sono tracheostomizzato.

Oggi respiro con l'ausilio di un ventilatore polmonare, mi nutro di un alimento artificiale (Pulmocare) e altri elementi semiliquidi, parlo con l'ausilio di un computer e di un software. La notte alle volte non riesco a creare quel vuoto mentale che mi permetta di ignorare il rumore del ventilatore polmonare e allora quell'ansare rauco da bestia ferita a morte mi invade il cervello, mi paralizza i neuroni, ne blocca la sinapsi, tramuta tutte le percezioni in terrore. Non è paura di morire, sono già morto una volta ed è stato come spegnere la luce, non è quindi il dover morire che mi tormenta in quei momenti ma è il dover vivere! Sono gli stessi i tetti e le antenne che vedo incorniciati dalla finestra, sono gli stessi i dolori e le disperazioni, gli attimi di smarrimento e i momenti, sempre più rari, in cui una lettura mi rasserena e mi fa scordare quest'orrore quotidiano, queste giornate fotocopia, questo nulla che si ripete con costanza diabolica spalmando le ore, i giorni, i mesi, gli anni sulla traccia di una esistenza più inutile di un buco di una scarpa.»

la legislazione positiva si orienta in senso contrario rispondendo essa al principio di indisponibilità della vita umana, alla luce di quanto disposto «dagli artt. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo tali da determinare un danno permanente, 575, 576, 577, n.3, 579 e 580, c.p., che puniscono, in particolare, l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio».¹⁴⁸

A detta del Tribunale, quindi, nella richiesta di Welby, si sarebbero scontrate due esigenze, entrambe tutelate dall'ordinamento: da un lato, il diritto del paziente alla sospensione delle terapie mediche, mentre dall'altro, la libertà del medico di valutare se sospendere le stesse qualora ritenute accanimento terapeutico o se continuare i trattamenti in ossequio ai suoi doveri deontologici e in virtù dell'art 54 c.p., configurando l'impossibilità di far prevalere una delle due istanze, con conseguente inammissibilità del ricorso.¹⁴⁹

La decisione mostra in realtà tutta la sua debolezza, poiché omette di bilanciare i principi costituzionali in contrasto e prende in considerazione elementi che in realtà appaiono estranei alla controversia. Pur nella difficoltà di trovare una normativa chiara e applicabile al caso di specie, paradossale è che ciò che venga messo da parte sia la fonte gerarchicamente superiore per antonomasia, il testo costituzionale.¹⁵⁰ Com'è stato ragionevolmente osservato, l'aspetto più grave di una pronuncia siffatta è stato il ritenere la costituzione italiana come qualcosa di esterno, separato rispetto al resto dell'ordinamento giuridico italiano, o comunque non direttamente applicabile dai giudici ordinari nei rapporti intersoggettivi.¹⁵¹ La giustiziabilità di interessi fondamentali della persona, infatti, prescinde dalla mediazione legislativa e reclama una diretta tutela giurisdizionale sulla base della immediata precettività delle norme costituzionali¹⁵², pena una palese violazione dei principi che presiedono alla disciplina della gerarchia delle fonti. Detto altrimenti, non si può condizionare l'applicazione di una norma costituzionale all'esistenza di fonti di rango inferiore.

¹⁴⁸ ord. Tribunale di Roma, Sez. I civ., dep. 16 dicembre 2006

¹⁴⁹ N. VICECONTE, *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle Corti italiane*, Rivista AIC, fasc. 1/2011, p. 6

¹⁵⁰ C. TRIPODINA, *Il risvolto negativo del diritto alla salute: il diritto di rifiutare le cure. Studio in prospettiva comparata di due recenti casi italiani: il caso Welby e il caso Englaro*, in R. BALDUZZI, *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, Bologna, 2008, p. 380

¹⁵¹ C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO - C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 64

¹⁵² *Ibidem*

Il PM facente reclamo avverso alla suindicata ordinanza ha infatti obiettato come non si può concludere che esista un diritto soggettivo perfetto insuscettibile di tutela. Un diritto soggettivo esiste o non esiste; se esiste non potrà non essere tutelato, incorrendo l'organo di giustizia in un inammissibile *non liquet*, con l'effetto di lasciare senza risposta una pretesa giuridicamente riconosciuta. L'ordinanza del Tribunale di Roma è stata infatti definita una decisione "pilatesca" e dal sapore di denegata giustizia.¹⁵³

Secondo una corretta interpretazione del caso, il giudice avrebbe dovuto pertanto privilegiare la norma costituzionale direttamente applicabile o, altrimenti, in caso di insuperabile conflitto, avrebbe dovuto sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma certamente non si può lasciare inattuato un principio costituzionale e senza tutela giuridica il diritto soggettivo che da esso discende. Oltretutto, allo stato della legislazione, nessuno era in grado di dare una definizione di accanimento terapeutico e descrivere in cosa consistesse. Pertanto, individuare il contenuto di un diritto soggettivo facendo riferimento ad un concetto giuridicamente inesistente, quale è, allo stato, quello dell'accanimento terapeutico, e facendo riferimento a quella che anche nella realtà è un'esperienza variegata e di difficile definizione, appare un'operazione opinabile perché costruita su parametri concettuali di riferimento non definiti né definibili. E ancora, la previsione costituzionale appare godere invece di una sua precisa autonomia concettuale, in quanto in essa non si rinviene alcun riferimento letterale o interpretativo che possa rimandare al cosiddetto "accanimento terapeutico" (esperienza, per giunta, del tutto estranea all'epoca di redazione del testo costituzionale), non avendo il legislatore costituzionale (direttamente o indirettamente) posto limiti all'esercizio del riconosciuto diritto soggettivo che possano passare attraverso un tale concetto.¹⁵⁴

Stante il diniego del tribunale civile di Roma di far fronte alle sue richieste, Welby decide allora di "farsi giustizia da sé", incaricando il medico-anestesista di fiducia, il dr. Mario Riccio - molto sensibile alle condizioni dei malati terminali - affinché, previa sedazione, provvedesse al distacco del ventilatore meccanico che lo teneva in vita. Piergiorgio Welby muore la notte di quello stesso giorno, il 20 dicembre 2006. In conseguenza di ciò, ovvero di una condotta intrapresa senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria, che si era invece espressa in segno contrario, il dottor Mario Riccio viene imputato per il reato di omicidio del consenziente con l'ordinanza del gip del tribunale di Roma, che motiva: «*al principio di cui all'art. 32 Cost. o alle altre norme internazionali o di*

¹⁵³ G. ZAGREBELSKY, *Il giudice, la legge e i diritti di Welby*, in La Repubblica del 19/03/2007

¹⁵⁴ Trib. di Roma, sent. G.I.P. n. 2049/2007

grado secondario, non può essere riconosciuta un'estensione tale da superare il limite insuperabile del diritto all vita», che «nella sua sacralità, inviolabilità e indisponibilità, costituisce un limite per tutti gli altri diritti che, come quello affermato nell'art.32 Cost., siano posti a tutela della dignità umana».

Il procedimento nei confronti di Mario Riccio si conclude con la sentenza del Tribunale penale di Roma del 23 luglio 2007, che ha dichiarato il non luogo a procedere nei suoi confronti «perché non punibile per la sussistenza dell'esimente dell'adempimento di un dovere», ex art. 51 c.p. che, in ambito medico-sanitario, trova applicazione in base all'art. 32 Cost.. Il giudice di merito tiene comunque a precisare che l'ambito entro il quale l'individuo può autorizzare anche condotte direttamente causative della sua morte viene stabilito chiaramente dallo stesso legislatore costituzionale, quando afferma che *«nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario»*. Pertanto, tutto ciò che discende da tale principio in termini di necessario consenso o di possibile dissenso deve essere esercitato con riferimento a un «trattamento sanitario», ovvero l'adesione o il rifiuto può riguardare solo una condotta che ha come contenuto competenze di carattere medico e che può essere posta in essere unicamente da un soggetto professionalmente qualificato, quale il medico, e sempre all'interno di un rapporto di natura contrattuale a contenuto sanitario instaurato tra quest'ultimo e il paziente. Pertanto rientrerà, ad esempio, nella previsione dell'art.32, comma 2, Cost., l'ipotesi del distacco del respiratore artificiale effettuato da un medico e non da un familiare o da un altro soggetto, poiché l'interruzione di una terapia, consentita dalla norma costituzionale, è quella che si pone all'interno di un rapporto terapeutico e, in ragione di ciò, gli attori di tale rapporto sono unicamente il medico e il paziente.

In conclusione, il rifiuto di una terapia - anche se già iniziata - costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art.51 c.p.. La fonte del dovere per il medico, quindi, risiederebbe in prima istanza nella stessa norma costituzionale, che è fonte di rango superiore rispetto alla legge penale, e l'operatività della scriminante nell'ipotesi sopra delineata è giustificata dalla necessità di

superare la contraddizione dell'ordinamento giuridico che, da una parte, non può attribuire un diritto e, dall'altra, incriminarne il suo esercizio.

Tali principi, qui espressi, troveranno poi codifica, come si è visto, nella legge n. 219/2017, di cui all'art.1, comma 6, che esclude la responsabilità civile e penale del medico che agisca in ottemperanza alle volontà espresse dal paziente.

2.2 Il caso Englaro

Diverso fu il caso che coinvolse Eluana Englaro, donna in stato vegetativo permanente (SVP) dal 1992 a seguito di un sinistro stradale che ne provocò un gravissimo trauma cranico-encefalico.¹⁵⁵ A differenza di Piergiorgio Welby, Eluana, pur essendo in grado di respirare autonomamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, era radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi avere alcun contatto con l'ambiente esterno. La fattispecie era dunque quella del paziente incapace di esprimere il proprio consenso o rifiuto ai trattamenti sanitari e di esprimere altresì ogni propria volontà.

Accertata la condizione di irreversibilità dello stato vegetativo, il padre di Eluana aveva chiesto, in qualità di tutore legale, l'autorizzazione alla sospensione dei trattamenti di sostegno vitale del malato, in particolare dell'alimentazione e idratazione artificiale che tenevano Eluana in vita. La vicenda, dopo una lunga trafila giurisprudenziale, ha trovato una risoluzione solo nel 2007, con la sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., n.21748, considerata una sentenza pilota in tema di fine-vita per i principi di diritto in essa espressi, tali da ispirare il legislatore del 2017 nella disciplina delle DAT.

A tal riguardo, la S.C. afferma in sentenza¹⁵⁶ che il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente. La

¹⁵⁵ L'incidente stradale avvenne il 18 gennaio 1992, al ritorno da una festa a Pescate, paese alle porte di Lecco; la giovane Eluana, che aveva da poco compiuto 21 anni, perse il controllo dell'automobile a causa del fondo stradale gelato e si schiantò contro un muro, riportando lesioni craniche gravissime e una frattura con slivellamento della seconda vertebra che causò un'immediata paresi di tutti e quattro gli arti. All'arrivo dei soccorsi, la giovane era in coma. Dopo alcuni mesi nei reparti di terapia intensiva degli ospedali di Lecco e Sondrio, Eluana uscì dal coma ma, a causa delle lesioni cerebrali e irreversibili, fu dichiarata in stato vegetativo, prima persistente, poi permanente.

¹⁵⁶ Cass. civ., sez. I, sent. n. 21748/2007

pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. E aggiunge che «il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma - atteso il principio personalistico che anima la nostra costituzione (la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive) e la nuova dimensione che ha assunto la salute (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza) - altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale».¹⁵⁷

La Corte considera poi il diritto di autodeterminazione terapeutica del paziente, che non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita; di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'«alleanza terapeutica» che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale; ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico; né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, giacché tale rifiuto

¹⁵⁷ In tema di consenso informato, così già Cass. civ., sez. III, sent. n. 20832/2006, nella quale si afferma che «funzione intrinseca della richiesta di consenso informato non è tanto quella di soddisfare un astratto diritto all'autodeterminazione del paziente, quanto quella di tutelare il diritto stesso alle scelte relative alla sua salute, anche in funzione della migliore protezione di questo bene e pertanto una volta acquisito il consenso consapevole per l'intervento chirurgico, l'informazione e il consenso per le autonome fasi dell'intervento non possono che essere correlati a quelle che implicano una possibilità di scelta, non a quelle che sono comunque obbligate e per le quali il rifiuto del consenso si risolverebbe nel rifiuto dell'intervento».

esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale.¹⁵⁸

Nel ricostruire la volontà presunta del paziente incapace, la Corte opera poi un passaggio lungimirante al riguardo: ritenendo il diritto alla salute un diritto «*personalissimo*» ed essendo l'incapace interdetto ad esercitarlo direttamente, quest'ultimo necessita naturalmente - attraverso l'istituto della rappresentanza legale - di un tutore, che però, proprio in ragione del carattere di indelegabilità di un diritto personalissimo, non riceve potere «*incondizionato*» di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. La rappresentanza del tutore è infatti sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non «al posto» dell'incapace né «per» l'incapace, ma «con» l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche. Si tratta, in sostanza, di coinvolgere lo stesso paziente incapace nella scelta, rinviando unicamente a quel complesso di valori che caratterizzava la sua personalità prima di cadere in uno stato di incoscienza tale da impossibilitarlo ad esprimersi direttamente.

Il rappresentante, pertanto, è tenuto a ricostruire la volontà presunta, valorizzandone i desideri già espressi in passato oppure desumendone le convinzioni dall'esame della personalità, dello stile di vita e, in una parola, della “*Weltanschauung*”, sì da coglierne e intenderne l'idea particolare, esclusiva, della dignità della persona. Un giudizio di valore, dunque, espresso in qualsiasi forma dall'interessato. In mancanza del quale, se non dimostrato e rimasto ignoto, rimarrebbe preclusa al rappresentante ogni iniziativa tutoria interdittiva delle cure, basata sulle proprie personali opinioni; e l'artificiale terapia di sostegno dovrebbe proseguire sino alla fine.¹⁵⁹

Pertanto, ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed

¹⁵⁸ Si rinviene come tale passaggio abbia ispirato l'art.1, comma 1, della l. n. 219/2017, stabilendo che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata», con la conseguente implicita qualificazione di “accanimento terapeutico” laddove il trattamento rifiutato dal paziente sia comunque iniziato o proseguito.

¹⁵⁹ D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, in foro.it anno 2008, parte I, col. 125

idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice - fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente - può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario, in sé non costituente, oggettivamente, una forma di accanimento terapeutico, unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona; ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa.

Stanti tali presupposti, dunque, il paziente incapace recupererebbe la capacità perduta tramite un soggetto investito del compito di ricostruirne e tramandarne la volontà, giocando un vero e proprio ruolo di intermediario tra il medico e il malato stesso.¹⁶⁰

Alla succitata sentenza ha poi dato attuazione il decreto della prima sezione civile della corte d'appello di Milano, n.88 del 26 giugno 2008 che, in ossequio ai principi espressi dalla Suprema Corte, ha disposto l'interruzione dei trattamenti. Eluana Englaro si spegne il 9 febbraio 2009¹⁶¹, a

¹⁶⁰ Nel ricostruire la volontà presunta di Eluana mediante testimonianze, diverse amiche intime della giovane riferirono che, avendo appreso di un gravissimo incidente stradale che aveva coinvolto un amico rimasto in coma, Eluana aveva dichiarato che sarebbe stato preferibile morire che sopravvivere privi di coscienza e volontà e completamente dipendenti dalle cure altrui, ammettendo anche di aver pregato perché l'amico si spegnesse senza ulteriori sofferenze ed umiliazioni. In un'altra occasione, commentando un analogo episodio che aveva coinvolto un compagno di scuola morto in un incidente di moto, Eluana aveva dichiarato: "*nella disgrazia è stato fortunato a morire subito*". Proprio discutendo in famiglia della tragedia capitata all'amico, la giovane aveva dichiarato anche ai propri genitori che non avrebbe potuto tollerare che lo stesso capitasse a lei e che per quanto la riguardava avrebbe preferito la morte rispetto ad una sopravvivenza del genere ed aveva ripetutamente chiesto loro di non permettere mai che qualcosa del genere le capitasse. (in B. ENGLARO, *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno Stato di diritto*, Rizzoli, 2009)

¹⁶¹ La morte di Eluana avviene mentre in Senato si discuteva il DDL n.1369 in materia di alimentazione e idratazione, suscitando clamore e reazioni scomposte in aula. Il Governo, allora presieduto da Silvio Berlusconi, ritirò il disegno di legge optando per l'immediata discussione di un testo più articolato relativo al testamento biologico e alla disciplina dei casi di fine vita.

termine di lungo *iter* giudiziario, al quale seguì un aspro dibattito politico con i ricorsi di Camera e Senato, che sollevarono una questione di conflitto di attribuzione¹⁶² ¹⁶³ risolta con ordinanza n.334/2008 della Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto «inammissibili, per carenza del requisito oggettivo, i ricorsi per conflitto di attribuzione sollevati dalla camera dei deputati e dal senato della repubblica nei confronti della sentenza della Cassazione 16 ottobre 2007, n. 21748, e del decreto della corte d'appello di Milano 25 giugno-9 luglio 2008, i quali, venendo a stabilire termini e condizioni affinché possa cessare il trattamento di alimentazione ed idratazione artificiale cui è sottoposta una paziente in stato vegetativo permanente, avrebbero utilizzato la funzione giurisdizionale per modificare in realtà il sistema legislativo vigente, così invadendo l'area riservata al legislatore.»¹⁶⁴

¹⁶² Alla Corte veniva rimproverato di aver in realtà posto in essere un atto sostanzialmente legislativo mascherato da pronuncia giurisdizionale, in radicale sovvertimento del principio della separazione dei poteri, concentrando in un solo atto sia l'attività di creazione che di applicazione di norme giuridiche. In particolare si rilevava come, postulando un vuoto di disciplina, il giudice avrebbe «*provveduto a riempire il preteso vuoto mediante un'attività che assume sostanzialmente i connotati di vera e propria attività di produzione normativa; adottando peraltro a questo scopo criteri ricostruttivi abnormi e radicalmente estranei alle regole che presiedono all'esercizio della funzione giurisdizionale*» (ricorso della Camera). Il conflitto veniva ad assumere altresì l'aspetto di conflitto da interferenza, desunto dalla conoscenza, da parte del giudice, della pendenza in materia di diverse proposte di legge, le quali «*si sono viste anticipate dall'intervento giurisprudenziale che, per il suo contenuto e per la autorevolezza dell'organo giudicante, non potrebbe non esercitare un effetto condizionante sulla libera determinazione dell'organo parlamentare. Non viene, quindi, soltanto in rilievo l'indebita assunzione di una funzione normativa propria del legislativo, ma altresì la specifica interferenza in un puntuale procedimento di legislazione che il parlamento ha in atto*» (ricorso del Senato). Tali affermazioni del ricorso sembrano far proprie alcune opinioni emerse nell'ambito del dibattito parlamentare in ordine alla decisione di sollevare il conflitto, dove era stato sostenuto, tra l'altro, che «*questa sentenza rappresenta un tentativo d'influenzare il parlamento che si appresta a trattare il medesimo argomento. Una sentenza inevitabilmente finisce con l'influenzare il comportamento del parlamento in una direzione o in un'altra. È un'evidente invasione*» (on. Buttiglione, camera dei deputati, seduta n. 46 del 31 luglio 2008, resoconto stenografico dell'assemblea).

¹⁶³ Prima del ricorso per conflitto di attribuzione, si ricordi anche il ruolo ostruzionista del Governo sulla vicenda Englaro. In seguito al decreto di attuazione della Corte d'Appello di Milano, n.88/2008, Eluana Englaro lasciò la casa di cura Beato Luigi Talamoni di Lecco per raggiungere la Residenza Sanitaria Assistenziale “La Quietè” di Udine, disposta ad accogliere Eluana per l'attuazione della sentenza di sospensione dell'idratazione e dell'alimentazione forzata. Il CdM approvò così un decreto legge per impedire la sospensione dell'alimentazione dei pazienti, nonostante una precedente lettera del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano al Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, nella quale esprimeva forti perplessità circa l'ipotesi di intervenire per decreto sull'attuazione della sentenza, nonché riserve sulla costituzionalità dello stesso. Di fatto, il Presidente della Repubblica si rifiutò di firmare il decreto ugualmente avanzato dal Governo, in quanto non superava le obiezioni di incostituzionalità precedentemente espresse. A fronte del rifiuto, il CdM, riunito in sessione straordinaria, approvò un disegno di legge con gli stessi contenuti del decreto precedentemente rifiutato, innescando uno scontro istituzionale tra Governo e Capo dello Stato. Il suddetto decreto viene trasmesso il giorno dopo in Senato, il 9 febbraio 2009, ma, proprio mentre in aula si discute la sua approvazione, arriva notizia della morte di Eluana (vedi nota n.161).

¹⁶⁴ Corte Cost., ord. n. 334/2008

In definitiva, come ha scritto Gustavo Zagrebelsky, il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come «parti» del diritto, non come «tutto il diritto», né i giudici possono ritenersi i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso, essendo essi più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia; «*il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti*».¹⁶⁵

2.3 Il caso Cappato

Più recente è invece il caso umano che ha interessato Fabiano Antoniani, conosciuto anche come DJ Fabo, e il correlato caso giudiziario di Marco Cappato, imputato *ex art.* 580 c.p.. A differenza dei precedenti casi Welby ed Englaro, la legislazione sul fine-vita vigente - che fa da cornice alla vicenda fattuale e giuridica - ha conosciuto un notevole progredire, ben accolto da chi ritiene la sovranità sul proprio corpo un diritto che debba essere sempre riconosciuto. Nel caso Cappato è infatti già in vigore la legge n.38/2010, che garantisce l'accesso a cure palliative e terapia del dolore, oltreché, nel corso degli accadimenti, altre soluzioni si sono rese possibili grazie alla tanto attesa legge n.219/2017, certamente ispirata dai casi giurisprudenziali antecedenti alla vicenda di Fabiano Antoniani.

A seguito di un grave incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, Fabiano Antoniani era rimasto tetraplegico e affetto da cecità bilaterale corticale, condizione quindi irreversibile. Non era autonomo nella respirazione (necessitando quindi dell'ausilio di un respiratore), né tantomeno nell'alimentazione (venendo nutrito in via intraparietale) e nell'evacuazione. Peraltro, soffriva di ricorrenti spasmi e contrazioni, produttivi di acute sofferenze che, non potendo essere completamente lenite farmacologicamente, sovente si ricorreva alla sedazione profonda. Tuttavia, così come nel caso Welby, alle sofferenze del corpo non si accompagnava uno stato d'incoscienza, in quanto le facoltà intellettive rimanevano piene.

Dopo una serie di ricoveri ospedalieri e tentativi di riabilitazione e di cura (comprensivi anche di un trapianto di cellule staminali effettuato in India nel 2015) la sua condizione era risultata irreversibile. In virtù del quadro clinico e delle prospettive di vita, Dj Fabo aveva quindi maturato la volontà di porre fine alle sofferenze e alla sua stessa esistenza, entrando perciò in contatto con

¹⁶⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 213

organizzazioni svizzere che si occupano di assistenza al suicidio. Entra anche in contatto con Marco Cappato, che gli prospetta la possibilità di ricorrere alle cure palliative ma, di fronte al fermo proposito di Antoniani di recarsi in Svizzera per il suicidio assistito, l'attivista accetta di accompagnarlo in automobile presso la struttura prescelta. Quest'ultima, dopo aver accertato la capacità di intendere e di volere di Antoniani, accoglie la richiesta e ne fissa la data. Il 25 febbraio 2017 viene quindi accompagnato in Svizzera da Marco Cappato (insieme anche alla madre e alla fidanzata) e, due giorni dopo, all'interessato veniva iniettato il farmaco letale che ne avrebbe cagionato la morte.

2.3.1 Le motivazioni del G.I.P. e la sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

Di ritorno dal viaggio, Marco Cappato si era autodenunciato ai carabinieri e, successivamente, veniva imputato dal GIP del Tribunale di Milano per il reato di cui all'art. 580 c.p., per aver rafforzato il proposito suicida di Antoniani e per averne agevolato l'esecuzione, nonostante la Procura ne avesse chiesto l'archiviazione.

Per il giudice delle indagini preliminari, infatti, l'indiscusso desiderio di morire della vittima evolve nel progetto di togliersi la vita con quelle specifiche modalità soltanto nel momento in cui Antoniani, dopo l'incontro con Cappato, entra in contatto con l'Associazione *Dignitas*. Grazie quindi al ruolo accessorio di Marco Cappato, l'intenzione di uccidersi da mera ipotesi si trasforma in possibilità concreta.¹⁶⁶ Ciò detto, all'attivista non viene contestata la responsabilità di avere rafforzato in Antoniani il mero proposito di morire, ma piuttosto quella di aver suscitato in lui l'intento di attuare proprio «*quel suicidio*», cioè di realizzarlo in quei modi.

Alla lettera, l'art. 580 c.p., punisce «*chiunque determina altrui al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione*». Nell'ordinanza, il magistrato, interrogandosi sul significato da attribuire al verbo "agevolare" impiegato dal legislatore, ritiene che debba tradursi nel favorire qualcuno nella realizzazione di un proposito ben determinato, imputando quindi qualsiasi condotta compiuta da un terzo senza la quale l'evento morte non si sarebbe verificato. Riguardo, invece, al lemma "esecuzione" si rileva nell'ordinanza come i pubblici ministeri abbiano elaborato l'inedito concetto di fase esecutiva, sulla scorta della

¹⁶⁶ Cfr., D. NAPOLI, *Il caso Cappato-Dj Fabo e le colonne d'Ercole del fine vita*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, fasc. 3/2017, pp. 355-386

quale solo l'aiuto prestato negli ultimi e decisivi frangenti che precedono il suicidio potrebbe assumere rilievo penale, ritenendo irrilevante ogni condotta precedente.¹⁶⁷ Secondo tale interpretazione, l'aver accompagnato in automobile Fabiano Antoniani presso la clinica svizzera non costituirebbe una condotta penalmente rilevante ex art. 580 c.p., in quanto evento precedente e non riguardante la cd. fase esecutiva. Il GIP ha tuttavia rigettato tale interpretazione restrittiva dell'art. 580 c.p., ritenendo invece congruo, ai sensi della norma incriminatrice, considerare penalmente rilevante ogni azione idonea ad offrire un apporto causalmente apprezzabile all'evento suicida.

Altra questione posta al vaglio del GIP è la possibilità, avanzata dalla Procura, di ritenere non punibile la condotta di agevolazione posta in essere da Marco Cappato, in quanto rivolta a garantire il diritto a morire con dignità del paziente. Al riguardo, il giudice fa notare come la Costituzione non preveda *expressis verbis* la vita tra i diritti fondamentali di cui ogni persona gode, ma sia essa desumibile dall'art.2 Cost., in quanto presupposto necessario per la piena manifestazione dell'individuo come singolo e come parte integrante della società.¹⁶⁸ Ulteriore argomentazione a sostegno è spesso ricavata dalla lettura dell'art. 27, comma 4, Cost., il quale vieta il ricorso alla pena di morte, neppure di fronte al più deprecabile e riprovevole dei delitti. Considera, però, anche come il bene vita abbia trovato qualche bilanciamento, come nel caso di interruzione volontaria di gravidanza¹⁶⁹ o nel caso Englaro¹⁷⁰, nel quale, come abbiamo visto, la Corte di Cassazione ha stabilito che “*deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita*”. Il giudice riconosce, quindi, - servendosi, in particolare, delle pronunce giurisprudenziali nei casi Welby ed Englaro - un “diritto a lasciarsi morire”, inteso unicamente come possibilità di rinuncia alle cure mediche. Pur tuttavia, nella fattispecie del caso questo diritto non è esercitabile, in quanto la morte di Fabiano Antoniani non è stata provocata dalla interruzione di terapie salvavita (che lo avrebbe portato ad una morte dolorosa e lenta) ma da una dose letale di *pentobarbital sodico* che il suicida si è iniettato personalmente in vena.

¹⁶⁷ D. NAPOLI, *ivi*, p. 367

¹⁶⁸ Così anche Corte Cost., sent. n. 35/1997; Corte Cost. sent. n. 223/1996; Corte Cost., sent. n. 238/1996.

¹⁶⁹ Corte Cost., sent. n. 27/1975

¹⁷⁰ Cass. Civ., Sez. I, n. 21748/2007, cit.

Pertanto, la giurisprudenza considerata fa più propriamente riferimento ad un diritto al rifiuto delle cure, tutelato ex art. 32 Cost., mentre il “diritto alla morte dignitosa”, ipotizzato dal PM, incontra un insormontabile ostacolo nell’assenza di una previsione normativa che facoltizzi una simile scelta. Ne consegue che l’archiviazione sulla base di un simile argomento, introdurrebbe nell’ordinamento un diritto inedito, in pieno conflitto con il legislatore, che invece ha esclusiva competenza in materia. Si tratterebbe, peraltro, di un’interpretazione chiaramente contraria allo spirito e al tenore della legislazione penale vigente, poiché condurrebbe all’abrogazione, quantomeno parziale, degli artt. 579 e 580 c.p..

A sostegno delle proprie argomentazioni, oltretutto, il GIP considera anche il ddl «in materia di consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento», all’epoca in fase di elaborazione in Parlamento e poi divenuto legge, n. 219/2017. Orbene, anche alla luce della novella, resterebbe impregiudicata la piena responsabilità penale per chi agevolasse o istigasse all’altrui suicidio, nonché per chi provvedesse a causare la morte di una persona consenziente. Detto altrimenti, sarebbe pienamente possibile “lasciarsi morire, in modo dignitoso, previo consenso valido” in forza di un valido rifiuto, ma mai “farsi uccidere” o “farsi aiutare al suicidio”: per queste ultime due condotte, resterebbero vigenti ed applicabili le disposizioni di cui agli artt. 579 e 580 c.p.. D’altronde, sarebbe del tutto fuorviante considerare il ddl in esame come una legge che legittimi l’eutanasia.

Infine, nel rigettare la richiesta di archiviazione della Procura, il GIP conclude che legittimare il suicidio assistito (in assenza di norme che lo prevedano positivamente) soltanto per alcune categorie di malati costituisce un potenziale *vulnus* dell’uguaglianza. Il diritto penale - osserva il giudice - è infatti tenuto a tutelare la vita e tale forma di presidio non può avere declinazioni diverse a seconda della percezione soggettiva del singolo.

Queste sono, pertanto, le ragioni per le quali il GIP ordina l’imputazione coatta nei confronti di Marco Cappato.

Con l’ordinanza del 14 febbraio 2018, la Corte d’Assise di Milano, investita del processo, solleva invece la questione legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., adducendo, in via principale,

l'illegittimità dell'incriminazione delle condotte di mera agevolazione materiale¹⁷¹, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio, per violazione degli artt. 2, 13 comma 1, e 117 comma 1 Cost., e, in subordine, l'illegittimità della previsione di identico trattamento sanzionatorio per condotte di istigazione e mera agevolazione materiale, per violazione degli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 Cost..

La Corte ritiene infatti che all'individuo debba essere riconosciuta la libertà di decidere quando e come morire, e che di conseguenza solo le azioni che pregiudichino la libertà della sua decisione possano costituire offesa al bene tutelato dalla norma in esame. Inoltre, alla luce dei principi di offensività, ragionevolezza e proporzionalità della pena – si legge nell'ordinanza – *«si ritiene che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, non siano sanzionabili. E tanto più che non possano esserlo con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, prevista dall'art. 580 c.p., senza distinzione tra le condotte di istigazione e quelle di aiuto, nonostante le prime siano certamente più incisive anche solo sotto il profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente contribuito al realizzarsi dell'altrui autonoma deliberazione e nonostante del tutto diversa risulti, nei due casi, la volontà e la personalità del partecipe»*.¹⁷²

2.3.2 L'ordinanza n.207/2018 e la sentenza n.242/2019: l'opzione non penalistica della Corte Costituzionale

Il caso Cappato - rimesso quindi al Giudice delle leggi - inaugura con l'ordinanza n. 207 della Corte Costituzionale una nuova tecnica decisoria: svolte le argomentazioni di merito, nelle quali si evidenzia la parziale illegittimità dell'art. 580 cp, la Corte rinvia di un anno la decisione per lasciare che il Parlamento intervenga con un'apposita normativa. Come sappiamo, a un anno di distanza e preso atto dell'inerzia parlamentare, la Corte ha poi finalmente dichiarato

¹⁷¹ A tal riguardo il giudice di merito cita la sentenza della Corte d'Assise di Messina del 10 giugno 1997, di cui: *“Nell'ipotesi di doppio suicidio, ove uno dei partecipanti sia morto e l'altro sia sopravvissuto, quest'ultimo non è punibile ex art. 580 cp, quando il suicida si sia autonomamente determinato, senza essere da lui minimamente influenzato, giacché anche l'agevolazione al suicidio sul piano soltanto materiale va ricondotta al fenomeno istigativo ed una interpretazione conforme a Costituzione impone di circoscrivere le condotte punibili a quelle nelle quali l'aiuto abbia esercitato un'apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima, che ha trovato nella collaborazione dell'estraneo incentivo e stimolo a togliersi la vita”*; nello stesso senso, GUP del Tribunale di Vicenza, 14.10.2015, imputato Tedde; Corte d'Appello di Venezia, sent. n. 9/2017.

¹⁷² Corte di Assise di Milano, ordinanza del 14 febbraio 2018

l'incostituzionalità - già precedentemente prospettata e argomentata nell'ordinanza n. 207 - dell'art. 580 cp.¹⁷³

Nella succitata sentenza, la Corte si trova, dunque, investita dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla Corte d'assise di Milano riguardo l'art. 580 cp sotto due distinti profili: in primo luogo, il perimetro applicativo della disposizione censurata, lamentato dalla Corte rimettente, ferma nel ritenere ingiustificata la punizione delle condotte di agevolazione dell'altrui suicidio che costituiscano mera attuazione di quanto autonomamente deciso da chi esercita la libertà in questione, senza influire in alcun modo sul percorso psichico del soggetto passivo; in secondo luogo, il trattamento sanzionatorio riservato alle condotte in questione, censurando l'art. 580 cp nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione. Quest'ultimo aspetto risulterebbe - a detta della Corte rimettente - in contrasto con l'art.3 Cost., essendo le condotte di istigazione al suicidio certamente più gravi rispetto a quelle di chi abbia semplicemente contribuito alla realizzazione dell'altrui autonoma determinazione di porre fine alla propria esistenza. Questi due profili costituiscono, complessivamente, il *thema decidendum* della Corte costituzionale nella sentenza n.242/2019, che qui si andrà sinteticamente ad analizzare.

Ricalcando quanto già espresso con l'ordinanza n. 207, la Corte ha preliminarmente escluso che - contrariamente a quanto sostenuto in via principale dal giudice rimettente - l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione. Dall'art. 2 Cost., così come anche dall'art.2 CEDU, discende infatti il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo e non quello di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Dal diritto alla vita non può derivare in alcun modo il diritto a rinunciare a vivere.¹⁷⁴ Né tantomeno si può desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, in quanto la *ratio* dell'art. 580 cp risiede proprio nella «*tutela del diritto alla vita, soprattutto delle*

¹⁷³ Cfr., F. POGGI, *Il caso Cappato: la Corte Costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire*, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc. 1/2020, p.84; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc. 3/2018, pp. 153-170; A. NATALINI, *Brevi note a margine di una storica ordinanza "trifronte"*, in F.S.MARINI, C.CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, 243-254.

¹⁷⁴ Presupposto già affrontato e confermato dalla sentenza della Corte EDU del 29 aprile 2002, *Pretty v. Regno Unito*.

persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio.»¹⁷⁵

La Corte ha tuttavia individuato una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa, corrispondente segnatamente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». Si tratta di situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta e che ora trovano attualità in virtù degli 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 (§ in diritto, 2.3).

Viene osservato come la legislazione vigente permette, in forza della legge n. 219/2017 e della legge n. 38/2010, rispettivamente di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario (compresa idratazione e nutrizione artificiale) e di poter accedere alle terapie palliative, al fine di alleviare le sofferenze del paziente. Tuttavia, la legislazione vigente non consente in alcun modo al medico di mettere a disposizione del paziente trattamenti diretti a determinarne la morte e, pertanto, il paziente, per congedarsi dalla vita, è costretto a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care. Lo stesso Fabiano Antoniani, *de facto*, aveva scartato la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda, in quanto ciò non gli avrebbe assicurato una morte rapida, preferendo quindi ricorrere all'assistenza al suicidio.¹⁷⁶

Sul punto, la Corte conclude che se il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari (condizione che per essere attuata può anche richiedere una condotta attiva, come ad esempio lo spegnimento di un macchinario), 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. Quanto, invece, all'esigenza di proteggere le

¹⁷⁵ Corte Cost., ordinanza n.207/2018

¹⁷⁶ «Non essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopraggiunta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo», Corte Cost., ordinanza n.207/2018

persone più vulnerabili, come vuole la *ratio* della norma, è vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti, ma occorrerebbe osservare anche che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede 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. In altre parole, se conseguenza dell'interruzione del trattamento sanitario è quella di determinare la morte del paziente, sia pure in modo "lecito" ma lento e sofferente, in egual modo non dovrebbe essere vietata la condotta che, in determinate condizioni, consenta al paziente di arrivare comunque alla morte, ma tramite un processo più celere e indolore. Altresì, sebbene la norma incriminatrice sia posta a tutela dei soggetti più deboli, se questi sono in grado di esprimere il loro consenso/rifiuto ad un trattamento sanitario, lo sono altrettanto nel decidere di porre fine alla propria esistenza mediante l'aiuto di altri.

Pertanto, entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita (§in diritto, 2.3).

Successivamente, la Corte rileva l'inerzia del legislatore, nelle cui more «*la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio*»¹⁷⁷, al fine di evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale. La carenza di disciplina non può infatti essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale e, dove i vuoti di disciplina rischiano di risolversi - come nel caso di specie - 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 (§ in diritto, 4).

Infine, quanto al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, la Corte precisa che la declaratoria di incostituzionalità si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta

¹⁷⁷ Corte Cost., sent. n. 162/2014; Corte Cost., sent. n. 113/2011.

affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o meno, ad esaudire la richiesta del malato.

In conclusione, la Corte dichiara 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, 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 reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

All'esito della sentenza n.242/2019, la Corte di Assise di Milano - investita nuovamente del procedimento penale a seguito della decisione della Corte Costituzionale - ha assolto Marco Cappato con la formula "*perché il fatto non sussiste*".

2.4 Il caso Trentini

Meno nota è la vicenda di Davide Trentini, la cui relativa recentissima sentenza della Corte di Assise di Massa¹⁷⁸ rappresenta un primo importante precedente di interpretazione alla sentenza della Corte Costituzionale n.242/2019.

Trentini, irrimediabilmente affetto da sclerosi multipla dal 1993 a decorso cronico progressivo e maturato un proposito suicida¹⁷⁹, era entrato in contatto con Marco Cappato prima e

¹⁷⁸ Corte di Assise di Massa, sent. del 27 luglio 2020 (dep. 2/9/2020)

¹⁷⁹ Secondo la testimonianza della madre del defunto Davide Trentini, nella fase iniziale del decorso della patologia, il figlio era riuscito "abbastanza a fare una vita normale", riuscendo anche a svolgere un'attività lavorativa. Successivamente, la malattia aveva avuto un decorso sempre più rapido e aggressivo, progredendo in maniera assai accentuata e peggiorando sempre più le condizioni del Trentini. Di conseguenza, negli ultimi anni della sua vita, il Trentini "non poteva fare niente della vita quotidiana". Soffriva di fortissimi dolori, che inizialmente erano stati trattati e tenuti sotto controllo con il ricorso a farmaci e antidolorifici. Siccome poi i dolori erano andati via via progressivamente aumentando, anche la somministrazione di detti farmaci era stata sempre maggiore: si era fatto ricorso alla terapia del dolore, utilizzando farmaci e trattamenti sempre più potenti ed invasivi, come i cerotti con l'oppio, la marijuana terapeutica e il metadone. Negli ultimi anni, però, la terapia del dolore non riusciva più ad alleviare i dolori del Trentini, che chiedeva disperatamente ai medici "qualcosa di più forte". Di fronte a quelle richieste, sempre più pressanti, una volta un medico, che già gli aveva prescritto "il massimo dei cerotti con il Fentanil", gli aveva risposto: "io più di questo non posso darti, non esiste più di quello che ti do". Il medesimo medico, rendendosi conto delle indescrivibili sofferenze che affliggevano il povero Trentini, aveva osservato: "tu sei ridotto a un punto che se ti copri col lenzuolo senti dolore". Il Trentini aveva infatti dolori diffusi in tutto il corpo, frequenti spasmi e contrazioni che portavano il suo corpo ad irrigidirsi "che alle volte sembrava di marmo". Non riuscendo più a sopportare quella condizione, il Trentini aveva iniziato a pensare al suicidio.

con Mina Welby¹⁸⁰ poi, per conoscere le modalità e accedere alla morte volontaria in Svizzera. Dopo vari incontri e dopo l'aiuto di Mina nello sbloccare alcune procedure burocratiche, svolgendo anche il delicato ruolo di interprete in lingua tedesca con la clinica elvetica, Davide aveva ricevuto il cd. "semaforo verde", ovvero l'accoglimento della richiesta. Era partito dunque per la Svizzera con Mina dove ha avuto accesso alla cosiddetta morte volontaria il 13 aprile 2017¹⁸¹. Marco Cappato, invece, aveva raccolto, attraverso l'associazione *Soccorso Civile Sos Eutanasia* di cui fanno parte entrambi insieme a Gustavo Fraticelli, i fondi mancanti per pagare la clinica Svizzera. L'indomani, Marco Cappato e Mina Welby si sono autodenunciati e sono stati poi imputati per aver aiutato Davide Trentini a raggiungere la Svizzera e ottenere il suicidio assistito, dunque per il reato di cui all'art. 580 c.p. in concorso fra loro.

La Corte di Assise di Massa, investita del processo, ha stabilito che, per quanto concerne la condotta di rafforzamento del proposito di suicidio del Trentini, manca qualsiasi prova del fatto che una simile condotta sia stata posta in essere dagli imputati. Risulta infatti provato che il Trentini si era autonomamente e liberamente determinato al suicidio e che, sulla formazione e sul rafforzamento della sua volontà suicidiaria, non avevano in alcun modo influito gli imputati (§11). La stessa struttura svizzera *Lifecircle* era già stata individuata autonomamente dallo stesso Trentini ancor prima di contattare il Cappato. Questo rende evidente che gli imputati non hanno influito sul processo volitivo che ha condotto Trentini a decidere di suicidarsi.

Per quanto riguarda, invece, la condotta di agevolazione all'esecuzione del suicidio, gli imputati devono essere assolti essendo configurabile la sussistenza della scriminante introdotta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.242/2019 (§12). Con tale sentenza, infatti, la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non

¹⁸⁰ Vedova di Piergiorgio Welby e co-presidente dell'Associazione Luca Coscioni

¹⁸¹ Era stata spiegata a Trentini la procedura meccanica che doveva seguire (la valvola che doveva azionare) per attivare il meccanismo che avrebbe condotto alla morte. Il Trentini non poteva darsi la morte d'evento qualcosa da un bicchiere perché le capacità prensili della mano non glielo permettevano. Era stata di conseguenza utilizzata una flebo che si azionava con un movimento della mano del Trentini e, quando, al momento di effettuare una prova preliminare, il Trentini era riuscito ad aprire la valvola, Mina Welby aveva notato la "soddisfazione" sul volto del Trentini. Subito dopo, si era attivato il meccanismo ed il Trentini era deceduto addormentandosi. Dopo il decesso, era intervenuta la Polizia e Mina Welby aveva come testimone contribuito all'identificazione del cadavere. L'imputata ha, infine, spiegato che, per lei, l'aver aiutato il Trentini era stato come "risarcire il dolore" che aveva provato il marito. Quest'ultimo, infatti, già tre giorni prima di morire, aveva chiesto di interrompere la propria vita. Ma non era stato accontentato da Mina, la quale aveva continuato ad insistere perché continuasse a resistere. Tuttavia, quando dopo la morte era stata eseguita l'autopsia, Mina aveva saputo che il marito aveva patito dei dolori "veramente lancinanti". Di conseguenza, lei si era sentita in qualche modo responsabile di non averlo aiutato a morire prima, per cui, nel caso del Trentini, era stata mossa dall'intento di "cercare di aiutare altri a non avere quella fine" (§7).

esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n.219/2017, agevola l'esecuzione del proposito suicida, 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 prendere decisioni libere e consapevoli e che tali volontà siano manifestate in modo chiaro e univoco.

Nel caso in esame sussistono tutti i requisiti esposti dalla Corte Costituzionale, ovvero: accertamento medico della natura irreversibile della patologia; verifica medica riguardo la grave sofferenza fisica o psicologica di cui soffre il malato; dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale; accertamento medico riguardo la capacità del malato di prendere decisioni libere e consapevoli; volontà dell'interessato manifestata in modo chiaro e univoco; informazione esposta al malato in ordine alle sue condizioni e alle possibili soluzioni alternative.

Riguardo il primo requisito, Trentini era affetto, in modo incontrovertibile, da sclerosi multipla, nota essere una malattia irreversibile. Ricorre anche il secondo requisito, in quanto era stato accertato in ambito medico che, a causa della predetta patologia, il Trentini pativa una grande sofferenza fisica (§14). È soddisfatto anche il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, che non significa necessariamente ed esclusivamente “dipendenza da una macchina” (§15.2).¹⁸² Sussiste, poi, il requisito dell'avvenuto accertamento in ambito medico del fatto che il malato era capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sulla base delle considerate testimonianze che dimostrano come il Trentini fosse perfettamente consapevole della sua condizione e che era in grado di compiere scelte motivate e razionali, valutando e scegliendo, tra più opzioni, quella effettivamente praticabile e quella meno dolorosa. Altresì, sussiste il requisito della volontà dell'interessato manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto consentito dalle sue condizioni (§17). Il Trentini aveva infatti manifestato in modo palese, ai suoi familiari e a Marco Cappato e Mina Welby, il suo proposito suicida, divenuto quasi ossessivo.¹⁸³ Sussiste, infine, anche il requisito dell'essere stato il malato informato sia in ordine alle sue condizioni, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, compreso l'accesso alle cure palliative.

¹⁸² Secondo l'interpretazione enucleata dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale in merito alla vicenda Dj Fabo, deve intendersi per trattamento di sostegno vitale, qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida. Il riferimento è quindi da intendersi fatto a qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza del personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici.

¹⁸³ Anche i fratelli e le sorelle del Trentini avevano cercato di dissuaderlo dal mettere in atto quel proposito ma non erano riusciti minimamente ad intaccare la sua volontà di suicidarsi.

Trentini aveva infatti intrapreso tutte le possibili terapie contro il dolore ma, proprio perché, nonostante i potenti farmaci antidolorifici che assumeva, era ridotto in una condizione per cui non riusciva più a vivere perché avvertiva dei dolori fisici intollerabili e costanti, da quando era sveglio fino a quando non si addormentava, per cui “la sua vita era sempre un dolore”, aveva deciso di porre fine alla propria vita (§18).

In conclusione, sussistendo tutti i requisiti della scriminante configurata dalla sentenza costituzionale citata, Marco Cappato e Mina Welby sono assolti ex art. 530 c.p.p., commi 1 e 2, perché il fatto non sussiste quanto alla condotta di rafforzamento del proposito di suicidio e perché il fatto non costituisce reato quanto alla condotta di agevolazione dell'esecuzione del suicidio.

3. La legge n. 219/2017 in combinato disposto con la legge “Gelli-Bianco” in materia di esenzione della responsabilità penale dell' esercente sanitario

Poste le dovute premesse e analizzata la giurisprudenza rilevante, si consideri nuovamente la legge n.219/2017, che all'art. 1, comma 6, prevede 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”*.

Per quanto concerne la sfera penale del nostro ordinamento in relazione al fine-vita, appare chiaro come questa disposizione arrechi una nuova forma di esclusione di responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, ponendo la novella complessivamente quale garante tanto dell'autodeterminazione del paziente, quanto del medico. Fino ad allora, l'equilibrio tra l'interesse del paziente e quello del medico era stato connotato dal silenzio del legislatore, ricorrendo sovente alla necessità dell'intervento giudiziario. Per via dell'assenza di una norma che lo tutelasse, il medico, *de facto*, per poter assicurare le volontà del paziente incorreva in un procedimento penale, sebbene la giurisprudenza abbia ragionevolmente adottato un atteggiamento depenalizzante nei confronti del medico che avesse agito funzionalmente alle volontà del paziente. Tuttavia, per legge, la responsabilità del medico e le volontà del paziente restavano in un rapporto dialettico e contrastante.

Il cambio di paradigma introdotto dalla legge n.219/2017 è notevole: ex art. 1, comma 6, il medico si attiene alle indicazioni del paziente circa le sue volontà, senza che questo comporti una responsabilità civile o penale del sanitario. In tal modo, il rapporto simmetrico medico-paziente è

stabilito non solo sul piano fattuale - delineando un'alleanza terapeutica anziché un rapporto paternalistico - ma anche sul piano giuridico, riconoscendo ad entrambe le figure la giusta tutela ed esercizio di diritti (sebbene ancora manchi una clausola di coscienza in capo al medico, come ricordato nel capitolo precedente). Il caso Welby, del quale si è parlato precedentemente, può considerarsi l'emblema del processo che ha portato a compimento la previsione di questa disposizione che regola il rapporto medico-paziente, rafforzando l'alleanza terapeutica.

Un'ipotesi di escludibilità della responsabilità penale del medico dinnanzi alle richieste del paziente, prima della legge n. 219/2017, era rappresentato dall'art. 51 c.p.¹⁸⁴. Tuttavia, si è posta la necessità, in ambito medico, di tutelare maggiormente l'esercente medico, introducendo l'art. 590 *sexies* c.p., nella cd. legge Gelli-Bianco¹⁸⁵ che ha riformato la precedente legge Balduzzi¹⁸⁶.

La *ratio* della legge Gelli-Bianco è quella di garantire ai pazienti la sicurezza delle cure ma anche quello di arginare il fenomeno della medicina difensiva, ovvero quella forma patologica dell'agire medico che si sostanzia in una serie di azioni od omissioni nell'adozione di misure terapeutiche e diagnostiche la cui finalità principale non è la salvaguardia della salute del paziente, quanto piuttosto la tutela del sanitario contro il rischio di incorrere in un contenzioso medico legale.¹⁸⁷ Oltre a nuocere alla salute dei cittadini, essa è anche causa di un notevole aumento dei costi della sanità, per via dell'aumento delle prescrizioni mediche di esami diagnostici inappropriati, che peraltro gravano sulle liste d'attesa affaticando i tempi di risposta del sistema sanitario.

Con l'introduzione dell'art 590 *sexies* c.p. sulla "responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario" si statuisce che per i fatti previsti dagli artt. 589 e 590 c.p. nell'ambito dell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene in essi previsti, introducendo poi nel secondo comma la clausola di esenzione della responsabilità: "*qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le*

¹⁸⁴ "L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità.

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale [c.p. 357] che ha dato l'ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine", art. 51 c.p.

¹⁸⁵ Legge n. 24/2017

¹⁸⁶ Legge n. 189/2012

¹⁸⁷ M. BERNARDINI, *La (non) responsabilità del medico nelle scelte di fine vita del paziente*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, 1-bis - "Questioni di fine vita", p.587

raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.

Si introduce, quindi, un regime favorevole che esclude la punibilità quando la condotta del medico sia denotata da imperizia purché abbia rispettato le linee guida e le buone pratiche accreditate nella comunità scientifica, identificando quelle più idonee al caso concreto, diagnosticando quindi correttamente la patologia e individuando il corretto percorso terapeutico. Per converso, se l'agire medico è denotato da negligenza e imprudenza, ovvero quando abbia individuato le linee guida non aderenti al caso concreto, allora vi è rilevanza penale della condotta.¹⁸⁸

3.1 La difficile applicazione dell'art. 590 sexies c.p.

Tuttavia, in ambito applicativo emerge che la norma ha destato grande incertezza. Al vaglio giurisprudenziale, nella sentenza Tarabori¹⁸⁹, i giudici di legittimità rilevano un vero e proprio *vulnus* del diritto alla salute, ravvisando come non sia possibile disgiungere il momento accertativo del rispetto delle linee guida e dell'accertamento dell'imperizia. Successivamente, e quasi ignorando quanto rilevato nella precedente sentenza Tarabori, nella sentenza Cavazza¹⁹⁰, la Corte ha affermato che l'unica ipotesi in cui si ravvisi la responsabilità del medico è quella dell'imperizia *in eligendo*, cioè l'individuazione di linee guida inadeguate al caso concreto. Sulla questione sono poi intervenute le Sezioni Unite¹⁹¹, che hanno reintrodotta la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, già presente nella legge Balduzzi. Secondo quanto affermato nella sentenza n. 8770/2017: *“l'esercente la professione sanitaria risponderà, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: a) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico- assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche “lieve”) da*

¹⁸⁸ M. BERNARDINI, *ivi*, p.588

¹⁸⁹ Cass. pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187

¹⁹⁰ Cass. pen., Sez. IV, sent. 19 ottobre 2017 (dep. 31 ottobre 2017), n. 50078

¹⁹¹ Cass. SSUU, sent. 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770

imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alle specificità del caso concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico".¹⁹²

Tuttavia, alla luce della suddetta pronuncia giurisprudenziale, rimangono perplessità in considerazione del fatto che la gradazione della colpa per imperizia non è parte della scelta operata dal legislatore.

Quel che invece emerge lucidamente è l'intento del legislatore di completare quanto già disposto nella legge n.219/2017: quest'ultima ha infatti principalmente agito per lo più sulla sfera dell'autodeterminazione del paziente, lasciando alla legge Gelli-Bianco l'onere di colmare la tutela del medico, deresponsabilizzandolo penalmente nei casi di imperizia. Tra le due, resta fermo il punto di contatto nel già citato art.1, comma 6, della legge n. 219, ove si stabilisce che il medico è esente da ogni obbligo professionale quando le richieste del paziente sono contrarie alla deontologia professionale. In tal senso, quanto disposto, si ricollega all'art. 5 della legge Gelli-Bianco, secondo cui *"gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche"*.

4. Gli artt. 579 e 580 c.p.: aporie e anacronismi del diritto sul fine-vita

La legge n.219/2017 impone altresì una riflessione sulla nuova tutela che il diritto penale deve accordare alla vita umana, rendendo sempre più anacronistiche le disposizioni contenute negli artt. 579 e 580 c.p.. Rimane infatti lacunosa la tutela dei soggetti terzi non medici - tra cui l'autonoma figura professionale dell'infermiere - che intervengono, contrariamente alla legge, per realizzare le volontà dei pazienti affetti da malattie incurabili. Né la legge n.219/2017, né tantomeno l'art. 590 *sexies* c.p. o l'art. 51 c.p. ("esercizio di un diritto o adempimento di un dovere") tutelano infatti i soggetti terzi alla relazione medico-paziente, che verrebbero pertanto incriminati ex artt. 579 o 580 c.p., a seconda che riguardino l'omicidio del consenziente o aiuto al suicidio. Si ravvisa,

¹⁹² Cass. SSUU, sent. n.8770/2017, *cit.*, par.11

pertanto, un profondo *gap* tra il *corpus* normativo penalistico attualmente in vigore e il riconoscimento ormai acclarato dei diritti personalissimi.¹⁹³

La *ratio* incriminatrice degli artt. 579 e 580 c.p. è da ricondursi al fatto che il Codice Penale Rocco è figlio della visione autoritaria e paternalistica dello Stato fascista, che pretendeva di sostituirsi ai singoli anche nelle decisioni più private, annullando e comprimendo le libertà individuali in special modo rispetto ai temi etici, profondamente condizionati dalla storia dei rapporti tra Stato e Chiesa. Come più volte detto, e qui ribadito, la legge n.219/2017 abbraccia invece una prospettiva tutt'altro che paternalistica, delineando possibilità di “non cura” del paziente, stante la non responsabilità del medico che assolve le proprie funzioni professionali, concezione non contemplata nel “tradizionale” consenso informato.

Data la *ratio*, gli artt. 579 e 580 c.p. permangono così come concepiti dal legislatore del 1930, che puniscono rispettivamente chi provoca la morte del consenziente e chi aiuti l'aspirante suicida nella realizzazione della propria già radicata volontà di morire¹⁹⁴, abbracciando il principio di non disponibilità del bene vita. Solo il tentato omicidio è rimasto penalmente irrilevante: lo Stato si è arrestato di fronte alla tragicità della decisione di colui che da solo usa violenza contro se stesso.¹⁹⁵

Restano quindi privi di tutela i soggetti terzi non medici che provochino o aiutino il paziente nel realizzare la sua morte secondo le sue volontà. In virtù del principio *in claris non fit interpretatio*, gli artt. 579 e 580 c.p. in relazione all'art.1, comma 6 della legge n.219/2017, non lasciano spazi interpretativi che estendano la non responsabilità a figure diverse dall'esercente la professione sanitaria, almeno secondo le parole impiegate dal legislatore (art.12 delle Preleggi)¹⁹⁶, che impiega esclusivamente il sostantivo “*medico*” (art.1, comma 6).

¹⁹³ V. ROSSETTO, *Diritto a morire: artt. 579 e 580 Codice Penale e Legge n. 219/2017. Necessità di riforma alla luce del nuovo consenso informato e dell'esclusione da responsabilità penale dei soli medici*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, 1-bis - “Questioni di fine vita”, p. 597

¹⁹⁴ Ai fini dell'art. 580 c.p., il suicida, anche se aiutato, deve comunque mantenere la signoria sull'azione finale.

¹⁹⁵ G. COCCO - E. M. AMBROSETTI, *I reati contro le persone. Vite, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali*, Cedam, 2010, p.80

¹⁹⁶ “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”, art. 12 delle Preleggi

La giurisprudenza, chiamata di volta in volta a risolvere spinose controversie in tema di fine vita, ha tuttavia ponderato gli interessi e i valori in gioco, configurando in più occasioni¹⁹⁷ forme di cd. “eutanasia pietosa”, ovvero quella forma di eutanasia che ha lo scopo di liberare un soggetto da una condizione di vita diventata insostenibile.

In attesa di un intervento legislativo in merito, permane un’ingiusta disparità di trattamento tra il medico e tutti gli altri soggetti a cui il malato intende rivolgersi, che di fatto non sarebbe ancora del tutto libero nell’attuazione della propria volontà ultima. Appare a questo punto evidente che, prevedere l’esclusione da responsabilità penale non solo del medico ma di tutti coloro che a vario titolo dovessero intervenire nel percorso attuativo della volontà di morire del malato, significa rivedere le condotte penalmente rilevanti e adeguare il ruolo del diritto penale all’effettivo bene giuridico da tutelare.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Si fa, in particolare, riferimento ai casi Welby, Englaro e Cappato, pur non tralasciando gli altri

¹⁹⁸ V. ROSSETTO, *cit.*, p. 602

Capitolo I. Germania

1. Introduzione

La legislazione tedesca in tema di *Sterbehilfe*¹⁹⁹ e suicidio assistito, nonché più in generale della disciplina giuridica del fine-vita, è per certi versi simile a quella italiana, seppure emerga che sia oggettivamente più “permissiva”. L’accesso al suicidio “legale” per malati terminali (spesso costretti a ricorrere a terzi per realizzare il suicidio) resta infatti più difficoltoso in Italia, sebbene nell’ultimo decennio molto si è fatto, grazie soprattutto al contributo della giurisprudenza. In Germania, il legislatore ha provato invero ad arginare il crescente fenomeno dell’eutanasia e rendere quindi meno “permissivo” il sistema, introducendo nel 2015 l’art. 217 StGB, che punisce la fattispecie “commerciale” di favoreggiamento al suicidio, che si vedrà più nel dettaglio nelle prossime pagine. Anche in Germania, tuttavia, la Corte Costituzionale è stata chiamata in causa più volte e ha svolto un ruolo fondamentale, come dimostra l’ultima sentenza del 26 febbraio 2020 nella quale si dichiara incostituzionale proprio l’art. 217 StGB, che il legislatore aveva posto affinché non si “normalizzassero” pratiche eutanasiche in ambito medico. La sentenza va in realtà pericolosamente oltre la legalizzazione dell’assistenza al suicidio del paziente con prognosi infausta: ritenendo, infatti, il suicidio una forma di manifestazione dell’idea di dignità della vita che ha l’individuo per sé stesso, tale manifestazione andrebbe assecondata anche nei casi in cui vi sia assenza di malattia ma solo “stanchezza” di vivere. Seppure alcuni argomenti possano essere in buona parte condivisibili, la questione sul conflitto tra diritto alla vita e diritto alla dignità meriterebbe riflessioni di non poco conto, che risulterebbe alquanto complicato affrontare. In questa trattazione, pertanto, ci si limiterà più umilmente alla sola analisi della disciplina normativa tedesca in tema di *Sterbehilfe* e alle più rilevanti correlate pronunce giurisprudenziali.

¹⁹⁹ Il termine “eutanasia”, in tedesco *Euthanasie*, è in realtà poco usato in Germania in quanto ritenuto troppo evocativo. Il termine è infatti sostituito con *Sterbehilfe* (“aiuto alla morte”), sebbene alcuni preferiscano ancor più il sintagma “*Sterbebegleitung*”, ovvero “accompagnamento alla morte”, ritenuto lessicalmente più dolce.

2. La normativa tedesca in tema di *Sterbehilfe*

In Germania, il cd. suicidio assistito ha trovato specifica regolamentazione normativa solamente in tempi recenti e dopo annosi dibattiti parlamentari in seno al *Bundestag*. Mentre, come d'altronde nella maggior parte dei Paesi europei, l'omicidio del consenziente costituisce reato in forza dell'art. 216 StGB (codice penale tedesco), diverso è l'atteggiamento del legislatore nei confronti di quelle condotte riconducibili ad atti di *Sterbehilfe*.

In Germania, infatti - diversamente dall'art. 580 cp previsto dal legislatore italiano - la condotta di istigazione o aiuto al suicidio - dopo la caduta dell'impero tedesco - ha cessato di essere considerata reato, salvo poi essere introdotto nel 2015, l'art. 217 StGB, che incrimina il favoreggiamento commerciale del suicidio, fino ad allora rimasto impunito in tutte le sue forme.

Volendo comunque fornire una panoramica d'insieme, giova rammentare le diverse forme di eutanasia e i rispettivi reati previsti dall'StGB. La cd. *aktive Sterbehilfe* (eutanasia attiva), se non si ravvisa alcuna volontà espressa della vittima di essere uccisa, è punibile come omicidio doloso semplice ai sensi dell'art. 212 StGB, mentre per chi cagioni la morte di un soggetto, in seguito alla richiesta espressa di quest'ultimo, si configura il reato di cui all'art. 216 StGB²⁰⁰, che punisce l'omicidio del consenziente (*Tötung auf Verlangen*).

A tal riguardo, risulta spesso problematico, nonché labile, il confine tra causare la morte del paziente (*gezielten Tötung*) e lasciarlo morire (*Sterbenlassen*), sebbene sul tema il *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia), nella sentenza concernente il cd. caso *Putz*²⁰¹, abbia chiarito che il lasciar morire “*non si limita a comprendere, secondo il suo significato naturale e sociale, una mera inattività: piuttosto può abbracciare una moltitudine di condotte attive e passive, il cui inquadramento secondo i criteri sviluppati dalla dogmatica e dalla giurisprudenza sulla base del delitto omissivo di cui al §13 risulta problematico, e in parte può dipendere dal puro caso. Perciò appare ragionevole e necessario comprendere ogni condotta posta in essere in rapporto a una tale interruzione del trattamento medico alla categoria normativa del Behandlungsabbruch (interruzione del trattamento), che affianca agli elementi oggettivi della condotta anche la soggettiva determinazione della finalità del trattamento da parte di chi la compie.*” Occorre dunque accertare l'elemento soggettivo, stabilendo se la condotta sia stata posta in essere in rapporto a un

²⁰⁰ “(1) Chi viene indotto all'omicidio su espressa e seria richiesta del soggetto ucciso, sarà punito con la reclusione da sei mesi fino a cinque anni. (2) Il tentativo è punibile.”, §216 StGB

²⁰¹ BGH, 25 giugno 2010, 2 StR 454/09

trattamento medico del paziente o se invece sia stata realizzata per togliere la vita intenzionalmente, e quindi come obiettivo primario e non come conseguenza dell'interruzione del trattamento.

Quanto alla cd. "*Indirekte Sterbehilfe*" (eutanasia indiretta), ovvero l'evento morte causato da effetti indiretti di farmaci analgesici tesi a lenire le sofferenze del paziente, questa non è punibile se corrisponde alla volontà attuale del paziente capace di agire oppure, se incapace, espresso tramite disposizioni precedentemente comunicate. Un chiaro riflesso del concetto di "dignità" quale perno dell'ordinamento tedesco, da cui discende la considerazione che una morte priva di dolore fisico sia preferibile rispetto al prolungamento della vita. Tale interpretazione è conforme alla pronuncia del BGH, nella quale si afferma che "*la somministrazione medica di farmaci analgesici, corrispondente alla volontà espressa o presunta del paziente, non diventa, se eseguita su un morente, inammissibile solo per il fatto di causare l'accelerazione della morte come effetto collaterale non voluto, ma accettato in quanto inevitabile.*"²⁰²

Infine, la cd. "*passive Sterbehilfe*" (eutanasia passiva), intesa quale rinuncia ad un trattamento salvavita, è anch'essa penalmente irrilevante laddove corrisponda alle volontà espresse dal paziente capace o incapace, con le stesse modalità previste dai casi di *indirekte sterbehilfe*. Il consenso costituisce quindi la scriminante, che copre sia la punibilità del comportamento attivo, sia quello omissivo del medico. Tuttavia, il BGH, nella già citata sentenza del 25 giugno 2010, individua quattro condizioni che devono coesistere al momento dell'interruzione del trattamento salvavita affinché la condotta sia lecita: a) l'interessato deve essere in pericolo di vita a causa di una malattia; b) il consenso si deve riferire ad un trattamento medico; c) si deve trattare di «lasciar scorrere» un processo patologico naturale, in modo che la vita del paziente venga meno per il decorso della malattia e non per mezzo di un intervento intenzionalmente mirato; d) l'interruzione deve essere eseguita dal medico, dal fiduciario del paziente, dai loro delegati o dai loro ausiliari.²⁰³

2.1 Il reato di favoreggiamento commerciale del suicidio introdotto dall'art. 217 StGB

²⁰² BGH, 15 novembre 1996, 3 StR 79/96

²⁰³ M. T. ROERIG, *Germania*, in P. PASSAGLIA (a cura di) *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, Corte Costituzionale, Servizio Studi, settembre 2019

Come detto, nel 2015, in seguito all'incremento del numero di associazioni favorevoli all'eutanasia²⁰⁴, si è introdotto l'art. 217 StGB²⁰⁵, che incrimina il favoreggiamento commerciale del suicidio ad un duplice scopo: proteggere l'autodeterminazione del suicida da manipolazioni da parte di persone o organizzazioni che praticano commercialmente il suicidio assistito e, più in generale, quello di impedire la diffusione del suicidio assistito stesso.

Ai fini della norma in questione, non è necessario che l'aspirante suicida compia concretamente o tenti il suicidio, dal momento che è sufficiente l'offerta di rendere possibile o assecondare il suicidio da parte del soggetto terzo, che quindi "favorisce" il suicidio. Tale agevolazione può, ad esempio, consistere nella messa a disposizione di appositi farmaci, apparecchiature o località. Si tratta, pertanto, di un cd. delitto di pericolo astratto, che sanziona la condotta in modo anticipato rispetto al potenziale suicidio, sulla base della semplice messa in pericolo del bene giuridico.

Tuttavia, assume rilevanza il carattere commerciale del favoreggiamento, sebbene per *geschäftsmäßig* (commerciale) non si debba intendere necessariamente un comportamento orientato al profitto, ma qualcosa di certamente più ampio. Il legislatore tedesco richiede infatti che vi sia un'attività persistente o ricorrente dell'autore del reato (ovvero di colui che agevola il suicidio altrui), anche in assenza di motivo di lucro o reddito, in quanto includere questo carattere comporterebbe una facile elusione della responsabilità penale. Il punto cruciale è quindi che l'attività sia concepita in modo da essere ripetuta o durevole, rimanendo invece impunita se posta in essere da familiari, amici o dall'esercente sanitario.

Quanto alla fattispecie soggettiva dell'art. 217 StGB, essa consiste nella mera intenzione di favorire il suicidio di un'altra persona. Questo dolo specifico serve a mantenere impunita la cosiddetta eutanasia indiretta²⁰⁶, e altresì il medico che intende precipuamente attenuare la sofferenza del paziente mediante la somministrazione di analgesici, seppure questi abbiano effetti collaterali infausti prevedibili.

²⁰⁴ Tra queste, in particolare, "*Sterbehilfe Deutschland*", associazione che promuove l'adozione del modello svizzero in tema di assistenza al suicidio

²⁰⁵ "(1) Chiunque, con l'intenzione di favorire l'altrui suicidio, offre, procura o trasmette l'opportunità in forma commerciale, anche in forma di autodeterminazione, è punito con la pena detentiva fino a tre anni o con pena pecuniaria. (2) In qualità di compartecipe è esente da pena chi agisca in modo non commerciale e sia o parente della persona favorita di cui al comma 1, oppure legata ad essa da stretti rapporti.", §217 StGB

²⁰⁶ K. JAVERS, *La fattispecie tedesca di favoreggiamento del suicidio*, in G. FORNASARI - L. PICOTTI - S. VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019, p. 57

Rilevante appare anche l'esclusione della responsabilità penale prevista dal comma 2, ampiamente criticata in dottrina per le modalità previste. Per il comma 2, infatti, *“In qualità di compartecipe è esente da pena chi agisca in modo non commerciale e sia o parente della persona favorita di cui al comma 1, oppure legata ad essa da stretti rapporti”*. A tal riguardo, la definizione legale di parente si ricava dall'art. 11 StGB²⁰⁷, mentre per le altre persone in “stretti rapporti” si deve fare riferimento all'art. 35, comma 1, StGB, che richiede la sussistenza di rapporti interpersonali di una certa durata e di un sentimento di solidarietà, di cui non può godere il medico, a meno che non sia legato al paziente anche da un rapporto di amicizia.²⁰⁸

La discutibilità della disposizione prevista al comma 2, consiste anzitutto in riferimento al principio di uguaglianza, in quanto la norma finisce per penalizzare il favoreggiamento messo in atto da soggetti estranei al paziente, che agirebbero nel suo interesse “commercialmente”, pur non considerando la motivazione dell'agente che potrebbe essere mosso anche da motivi compassionevoli. Essi sarebbero meritevoli di pena per il solo fatto di reiterare, o di avere l'intenzione di reiterare, tale condotta. Rimanendo, invece, esenti da responsabilità penale familiari o altre persone legate al paziente da rapporti interpersonali stabili, il legislatore finisce per indirizzare le condotte in questione verso coloro che, proprio in virtù del rapporto personale con l'aspirante suicida, verrebbero in una condizione di difficoltà psicologica nell'attuare direttamente l'altrui desiderio. In altre parole, dato il vincolo affettivo, familiari o amici dell'aspirante suicida potrebbero preferire rivolgersi ad istituti o cliniche specializzate nel dare assistenza al suicidio, piuttosto che agevolare essi stessi l'azione ultima del suicida.

Come poi si vedrà nel prossimo paragrafo, la norma è stata recentemente tacciata di incostituzionalità dalla Corte Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, nella sentenza del 26 febbraio 2020.

3. La giurisprudenza tedesca in tema di eutanasia e suicidio assistito

In modo quasi analogo a quello italiano, anche la giurisprudenza tedesca ha svolto un ruolo fondamentale, indicando i principi di diritto che debbano ispirare il legislatore in tema di fine-vita.

²⁰⁷ *“Parenti e affini in linea retta, coniuge, partner “di fatto” (Lebenspartner) o fidanzato/a, anche ai sensi della legge sulle unioni civili (Lebenspartnerschaftsgesetz), fratelli e loro coniugi o partners di fatto, e ciò anche qualora il matrimonio o la Lebenspartnerschaft, su cui si fonda la relazione, non sussista più o se la parentela o l'affinità siano venute meno”*, § 11 StGB

²⁰⁸ M. T. ROERIG, *cit.*, p. 104

Vale la pena ripercorrere sinteticamente le sentenze più rilevanti, fino alla recentissima pronuncia della Corte Costituzionale accennata poc' anzi.

Un punto di partenza, in tema di eutanasia passiva, è rappresentato dalla sentenza del *Bundesgerichtshof* del 1984 sul caso *Wittig*, nella quale la Corte ha riconosciuto l'assenza di un dovere giuridico di prolungamento della vita: *“Non sussiste alcun obbligo giuridico di conservazione ad ogni costo di una vita che si spegne. Le misure per il prolungamento della vita non sono indispensabili solo perché tecnicamente possibili.”*²⁰⁹ Con tale pronuncia, la Corte ha in qualche modo posto una “prima pietra” nella salvaguardia dei diritti dell'uomo e della sua autodeterminazione in relazione all'avanzamento tecnologico in campo medico.

Nel caso *Kempton* del 1994, il BGH si è spinto oltre, aprendo all'eventualità di una interruzione delle cure anche in un caso in cui non ci fosse ancora un reale e immediato pericolo di morte del paziente. Nel caso concreto, trattavasi di un paziente in stato di incoscienza con un gravissimo e irreversibile trauma cerebrale e, poiché il decorso naturale della malattia non avrebbe portato il paziente alla morte, non poteva ravvisarsi alcun caso di “eutanasia passiva”. Per tali ragioni, il BGH stabilì che *“date le particolari circostanze di questo caso limite, eccezionalmente, non si può a priori escludere un'ammissione dell'eutanasia attraverso l'interruzione di un trattamento o di una terapia laddove sia presunto che il paziente possa essere d'accordo con l'interruzione. Peraltro, anche in questa situazione, è da prendersi in considerazione il diritto all'autodeterminazione del paziente, contro il volere del quale non può essere di regola né avviato né continuato alcun trattamento sanitario.”*²¹⁰

Con una sentenza del 15 novembre 1996 si è invece ritenuta espressamente ammissibile la cd. *indirekte Sterbehilfe* (eutanasia indiretta): *“Un trattamento indicato con farmaci antidolorifici in conformità con la volontà espressa o presunta del paziente non diventa inammissibile nel caso di una persona che muore perché esso può accelerare il decesso come conseguenza collaterale inevitabile, non voluta ma messa in conto.”*²¹¹

Assai rilevante anche il già citato caso *Putz* e la relativa sentenza del BGH del 25 giugno 2010, con la quale si è consolidata la precedente giurisprudenza e sono stati altresì introdotti nuovi

²⁰⁹ BGH, 4 luglio 1984, 3 StR 96/84

²¹⁰ BGH, 13 settembre 1994, 1 StR 357/94

²¹¹ BGH, 15 novembre 1996, 3 StR 79/96

parametri ai fini della delimitazione del confine tra eutanasia passiva (ammessa) e attiva (vietata).²¹² Nel caso in esame, un avvocato, era stato condannato in primo grado per tentato omicidio, avendo consigliato la sua assistita, figlia e amministratrice di sostegno di una donna in coma, di tagliare la sonda che forniva a quest'ultima alimentazione e idratazione, in conformità con la volontà espressa in tal senso dalla paziente stessa prima di trovarsi nella condizione di incapacità. Il taglio non aveva determinato direttamente la morte, avvenuta poco dopo per cause naturali, in quanto la sonda era stata reinserita dal personale sanitario su indicazione della direzione della casa di cura che aveva inizialmente acconsentito alla richiesta di interruzione del trattamento, salvo poi disporre il ripristino dello stesso. Il BGH, investito del caso, si pronunciò per l'assoluzione dell'avvocato, fondando la sentenza sulla modifica del contesto normativo nel frattempo intercorsa alla luce della riforma del 2009, con la quale il legislatore ha dato maggiore rilievo alla volontà espressa o presunta del paziente ai fini del proseguimento di un trattamento sanitario, ponderando la tutela del diritto all'autodeterminazione e la protezione del diritto alla vita, entrambi costituzionalmente garantiti. Il consenso del paziente viene così ad essere considerato base giustificativa dell'interruzione del trattamento.²¹³

Più recente, invece, la pronuncia della 5^a sezione penale del BGH del 3 luglio 2019 ²¹⁴, che ha confermato l'assoluzione di due medici che avevano assistito ai suicidi di alcune donne - affette rispettivamente da diverse malattie - alle quali avevano fornito in precedenza dei farmaci. La Corte ha motivato l'assoluzione degli imputati constatando che, poiché il suicidio rappresentava l'esercizio del diritto all'autodeterminazione delle donne che avevano espresso la loro volontà di morire, non sussisteva l'obbligo di attivarsi per evitare la morte delle stesse, in quanto tali azioni si sarebbero anzi poste in contrasto alla volontà legittimamente espressa dalle stesse.

Infine, in seguito a molteplici ricorsi diretti di costituzionalità miranti ad ottenere una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 217 StGB, il BvR (Corte Costituzionale tedesca), nella recentissima sentenza del 26 febbraio 2020²¹⁵, ha ritenuto ammissibili e fondati tali ricorsi, dichiarando conseguentemente incompatibile la norma con la Costituzione.

²¹² M. T. ROERIG, *cit.*, p. 107

²¹³ *Ibidem*

²¹⁴ BGH, 5 StR 132/18 e 5 StR 393/18

²¹⁵ BvR, 26 febbraio 2020, 2 2347/15

3.1 Legittimare il suicidio: le motivazioni di incostituzionalità dell'art. 217 StGB

La Corte Costituzionale tedesca, nel dichiarare incostituzionale l'art. 217 StGB, ha argomentato che il divieto previsto dalla norma dell'aiuto professionale al suicidio lede il generale diritto alla personalità, di cui agli articoli 2 (comma 1) in combinato disposto con l'articolo 1 (comma 1) della Costituzione, che nel complesso garantiscono il diritto di prendere la decisione autodeterminata di porre fine alla propria vita consapevolmente e volontariamente, ricorrendo, nella realizzazione, anche all'aiuto di un terzo. L'art. 217 StGB opera, pertanto, un'ingerenza ingiustificata di questo diritto, in quanto lesiva di un diritto fondamentale.

La Corte prosegue ricordando che il rispetto e la tutela della dignità umana e della sua libertà sono principi fondamentali dell'ordine costituzionale. In particolare, l'autonoma tutela della propria personalità presuppone che l'uomo possa disporre del proprio corpo e secondo i propri criteri, senza costrizione da forme di vita che siano in irresolubile contraddizione con la propria immagine e la propria concezione di sé. Di conseguenza, il generale diritto alla personalità include come espressione dell'autonomia personale anche un diritto a una morte autodeterminata, il quale comprende il diritto al suicidio, esteso altresì alla libertà di ricercare aiuto presso terzi per realizzarlo e, qualora esso sia offerto, di ricorrervi.

La decisione di porre fine alla propria vita - sostiene la Corte - ha un significato esistenziale per la personalità di un uomo e, perciò, il diritto a una morte autodecisa - in quanto espressione di libertà personale - non è limitato a situazioni eterodeterminate. Il diritto di disporre della propria vita, che riguarda il più intimo ambito della autodeterminazione individuale, in particolare, non può essere limitato a malattie gravi o inguaribili o a determinate fasi della vita e della malattia, in quanto una restrizione del suo esercizio è estranea al concetto di libertà previsto dalla Costituzione. Ne consegue, altresì, che la decisione di porre fine alla propria esistenza non necessita di alcuna motivazione o giustificazione. L'autonomia sul proprio fine vita appartiene all'ambito più privato della personalità dell'uomo, nel quale egli è libero di scegliere i suoi metri di giudizio e di decidere alla luce di essi. Tale diritto deve sussistere in ogni fase della vita e la decisione del singolo di porre fine alla propria esistenza secondo la sua idea di qualità della vita e della significatività della propria esistenza deve essere rispettata dallo Stato e dalla società come atto di autodeterminazione (§§ 209-210).

Interrogandosi se il concetto di dignità sia compatibile con l'azione suicida, la Corte sostiene che il suicidio sia invero l'ultima espressione di dignità dell'uomo, poiché quest'ultimo, con tale atto, rinuncia alla sua vita come persona autonoma e secondo il proprio obiettivo. La dignità dell'uomo non è quindi un limite all'autodeterminazione ma il suo fondamento.

Quanto al coinvolgimento di terzi nell'azione suicida, la Corte ritiene sia lecita la possibilità dell'aspirante suicida di rivolgersi ad altri, in quanto se la tutela di un diritto fondamentale dipende dall'intervento di terze persone e se il libero svolgimento della personalità dipende in questo modo dalla cooperazione di un altro, allora il diritto fondamentale tutela anche dalla circostanza che non sia limitato da un divieto nei confronti dei terzi di offrire loro aiuto.

A tal riguardo, pertanto, l'art. 217 StGB svolge un effetto obiettivamente limitante della libertà di suicidarsi, dal momento che il singolo che desideri porre termine alla sua vita con l'aiuto di terzi che agiscano professionalmente è costretto a ripiegare ad alternative, con l'elevato rischio che in mancanza dell'oggettiva disponibilità non possa realizzare la sua decisione (§ 218).

Per tali motivazioni, la Corte conclude dichiarando nullo l'art. 217 StGB, in quanto non può essere interpretato in modo conforme alla Costituzione.

Capitolo II. Svizzera

1. Introduzione

Benché la Svizzera sia uno dei pochi paesi europei in cui è riconosciuta la possibilità di richiedere e di ottenere l'assistenza al suicidio, ciò non significa che la sua legalizzazione sia assoluta. Gli artt. 114 e 115 del codice penale elvetico - paralleli agli artt. 579 e 580 c.p. del nostro ordinamento - pongono infatti presidi normativi a tutela del bene vita, seppure in modo lacunoso, impreciso e dissimile, sul profilo sostanziale, dal legislatore italiano. In particolare, l'art. 115 del codice penale svizzero, che punisce a determinate condizioni chiunque offra assistenza al suicida nel realizzare il proprio proposito, appare fortemente sbilanciato a favore dell'autonomia individuale, a discapito invece del diritto alla vita. L'unico requisito che la norma richiede affinché si configuri il reato è infatti il movente "egoistico", una formula che, in ragione della mancanza di una definizione giuridica comunemente accettata, appare poco chiara e troppo discrezionale in sede probatoria.

In tal senso, non è un caso che la Corte EDU sia stata, in più di un'occasione, invitata ad interessarsi della legislazione svizzera sul fine vita, nei casi Haas e Gross. Come si vedrà, questi due casi, deferiti alla Corte di Strasburgo, altro non sono che un riflesso di una normativa sì lacunosa ma anzitutto frammentaria, essendo la fattispecie di reato di cui all'art. 115 c.p., integrata da strumenti di soft law, come le linee-guida dell'ASSM (Accademia Svizzera delle Scienze Mediche).

2. La legislazione svizzera in tema di eutanasia e suicidio assistito

Analizzando le varie forme di eutanasia e i rispettivi reati associati alle varie fattispecie, in modo non dissimile da Italia e Germania - fin qui analizzati - anche l'ordinamento elvetico proibisce l'eutanasia attiva, incriminando le condotte ad essa riferibili *ex art.* 114 c.p. (omicidio su

richiesta)²¹⁶ oppure - a seconda delle circostanze - ex art. 111 c.p. (omicidio doloso semplice), art. 112 c.p. (omicidio doloso grave), oppure ancora ex art. 113 c.p. (omicidio passionale).²¹⁷

Quanto all'eutanasia indiretta, questa non è ritenuta penalmente rilevante dal legislatore elvetico, che non prevede alcuna disposizione nel Codice penale vigente che regoli tale condotta, per cui lecita. Ad essere considerata ammissibile è altrettanto l'eutanasia passiva, intesa quale interruzione di un trattamento sanitario, così come dispone la Commissione centrale di etica dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM) nelle sue linee-guida: *“La capacità di un paziente capace di discernimento di rifiutare il ricorso a misure di sostegno vitale o la loro prosecuzione, accettando così la morte come conseguenza, va rispettata. Questo vale anche se un paziente capace di discernimento richiede che un dispositivo indispensabile per il mantenimento delle sue funzioni vitali venga spento o rimosso (ad es. respiratore o pacemaker). Al medico non è richiesto di sostenere il paziente nell'intento di porre fine alla propria vita, ma solo di sospendere una misura medica a cui il paziente non acconsente più.”*²¹⁸

Più spinosa è questione relativa al suicidio assistito, passibile di pena ai sensi dell'art. 115 c.p., che stabilisce: *“Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.”*

Con riguardo all'art. 115 c.p., un primo aspetto rilevante è costituito dall'elemento “egoistico” del favoreggiamento al suicidio, in assenza del quale l'aiuto, o anche l'istigazione stessa, è considerata lecita. Proprio questa penalizzazione non integrale del favoreggiamento al suicidio ha agevolato lo sviluppo delle procedure di suicidio assistito da parte di diverse cliniche per il fine vita, di cui si ricordano principalmente *EXIT Deutsche Schweiz*, *ADMD*, *Dignitas*²¹⁹ e *EXIT International*, che si adoperano per una morte “dolce” del paziente.

²¹⁶ In seguito ad una riforma risalente al 1989, la pena prevista dall'art. 114 c.p. è stata nettamente attenuata per l'autore che agisce con un «movente onorevole», ovvero per compassione nei confronti della vittima, confermando la volontà del legislatore di rispettare il desiderio delle persone che decidono di porre fine alla propria esistenza. Il testo vigente stabilisce che: *“Chiunque, per motivi stimabili, e soprattutto per compassione, cagiona la morte di un uomo a seguito di una sua richiesta seria e pressante, è punito con la pena detentiva sino a tre anni o con la pena pecuniaria”*.

²¹⁷ Cfr., M. T. ROERIG, *Svizzera*, in P. PASSAGLIA (a cura di) *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, cit.

²¹⁸ *“Come confrontarsi con il fine vita e il decesso”*, Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM), 2018

²¹⁹ *Ex multis*, la clinica *Dignitas*, nel febbraio 2017, ha accolto le richieste di Fabiano Antoniani, rendendo possibile il suo suicidio.

Un secondo aspetto da prendere in considerazione è che il testo della norma non presenta alcun legame con la professione sanitaria né con il malato terminale propriamente detto, rivolgendosi dunque a “*chiunque*” e al di fuori di uno specifico contesto. Come, quando e dove avvenga la condotta e quale sia lo stato di salute del richiedente non è una questione che interessi il legislatore.²²⁰

Alla lettera, pertanto, l’art. 115 del codice penale svizzero punisce il favoreggiamento al suicidio solo nei casi in cui l’autore del reato - ovvero colui che agevola il suicidio, in quanto è fondamentale che il dominio sull’azione sia esercitata dal suicida - agisce per “motivi egoistici”, senza tuttavia fornire una specifica definizione di tale formula, che non è tantomeno desumibile da altre norme del codice penale. Tuttavia, in dottrina si ritiene che si è in presenza di un motivo egoistico se l’autore tenta di soddisfare, prestando il suo aiuto al suicidio, interessi personali di natura materiale o affettiva. Un sentimento di indifferenza non è sufficiente per essere ritenuti colpevoli. Sul profilo materiale il reato si rapporta con la cupidigia, ovvero chi presta aiuto al suicidio deve già compiere il suo operato sapendo, ad esempio, di ricevere l’eredità della persona defunta o liberarsi di un obbligo legale (di mantenimento o di assistenza) con il decesso dell’interessato. Sotto il profilo affettivo, invece, un aiuto al suicidio caratterizzato da un sentimento di odio o vendetta configurerebbe il reato.²²¹

La norma in questione desta comunque perplessità in quanto priva di disposizioni chiare, precise e dettagliate che lasciano, conseguentemente, spazio ad abusi che compromettono il rispetto sostanziale della tutela della vita, configurando un sistema troppo sbilanciato a favore dell’autonomia individuale. In particolare, la rinuncia ad affidare l’assistenza al suicidio unicamente a strutture pubbliche e vincolate a norme cogenti, ha visto il pullulare di strutture private scarsamente controllate e inclini a prassi permissive, se non addirittura redditizie, specialmente in considerazione del fatto che le legislazioni più restrittive degli altri Stati favoriscono quello che è stato definito «*turismo dell’eutanasia*».²²²

3. Il suicidio assistito al vaglio della Corte EDU

²²⁰ M. T. ROERIG, *ivi*, p. 191

²²¹ A. BERNASCONI, *Suicidio assistito - l’art. 115 sotto la lente dell’analisi*, 2016

²²² Cfr., J. NOSEDA, *La legislazione svizzera sull’assistenza al suicidio*, in G. FORNASARI - L. PICOTTI - S. VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019, p.75

Vale ora la pena analizzare nel merito due casi giurisprudenziali rilevanti in tema di fine vita e assistenza al suicidio, entrambi deferiti alla Corte EDU dopo l'esperimento dei ricorsi interni, con l'ipotesi di violazione dell'art.8 CEDU avanzata da entrambi i ricorrenti, Haas e Gross.

I procedimenti giudiziari qui in esame, assumono rilievo in quanto riflesso dell'imprecisa e incompleta legislazione elvetica sul fine vita (in quanto ricorre a strumenti di soft law), benché - come si vedrà - la Corte di Strasburgo non abbia ravvisato, pur riconoscendo una certa fondatezza dei ricorsi presentati, un'incompatibilità tra il diritto svizzero e la CEDU. Sebbene però entrambi i casi abbiano la comunanza di esser stati dichiarati irricevibili e abbiano costituito ambedue una certa rilevanza, solamente la sentenza della seconda sezione della Corte - relativa caso Gross - può ritenersi una "sentenza pilota", ovvero quella pronuncia della Corte che non solo accerti l'inadempimento nel caso concreto, ma anche il "sottostante problema strutturale", e cioè l'esistenza nell'ordinamento dello Stato responsabile di una legislazione o di una prassi amministrativa o giudiziaria che causino una violazione sistemica e continuativa della CEDU.

3.1 Il caso Haas c. Svizzera

Il primo dei due casi in tema di fine-vita deferiti alla Corte EDU ha riguardato un ricorso del cittadino svizzero M. Ernest G. Haas, affetto da più di vent'anni da una grave psicopatologia bipolare, tale da far maturare in lui il desiderio di porre fine alla propria esistenza. Decide così di ricorrere all'aiuto offerto da un'associazione privata che fornisce assistenza al suicidio attraverso la somministrazione del pentobarbitale sodico, ma tale soluzione gli viene negata dall'associazione stessa in quanto la malattia di cui soffre non rientrava tra quelle definite terminali. Come si è visto nel precedente paragrafo, in forza degli artt. 114 e 115 c.p., l'ordinamento svizzero punisce l'omicidio del consenziente e legittima l'assistenza al suicidio solo se non ricorrono motivi di tipo egoistico e le linee guida dell'ASSM specificano come l'accesso al pentobarbitale non sia esente da prescrizione medica. Haas, dopo aver tentato invano di ottenere l'autorizzazione a procurarsi il pentobarbitale senza prescrizione medica, decide di ricorrere alla Corte di Strasburgo lamentando una violazione dell'art.8 della CEDU, che, al comma 2, sancisce il diritto al rispetto della vita

privata dalle ingerenze pubbliche.²²³ In buona sostanza, nel ricorso alla Corte EDU, Haas sosteneva che l'obbligo di prescrizione medica al fine di ottenere la sostanza necessaria al suicidio e l'impossibilità di procurarsi una tale prescrizione costituiva un'illegittima limitazione da parte dello Stato del pieno godimento del diritto al rispetto della sua vita privata.²²⁴

La Corte di Strasburgo, investita del caso²²⁵ e riprendendo in parte quanto già sentenziato nel caso *Pretty c. Regno Unito*²²⁶, ha affermato che, sebbene il diritto di un individuo di decidere in che modo e in che momento mettere fine alla propria vita rientri nel più ampio diritto al rispetto della vita privata, l'ineludibile necessità della prescrizione medica al fine del rilascio del pentobarbitale costituisce un modo appropriato e necessario affinché sia tutelata la vita delle persone che si trovano in una condizione di vulnerabilità, e che per questo l'intenzione del suicidio può anche fondarsi su una crisi temporanea che può limitare la capacità di discernimento. Seppure quella di "vita privata" sia una nozione estesa, la tutela del diritto convenzionale non richiede l'obbligo gravante sullo Stato di consentire la somministrazione del pentobarbitale a chiunque, a prescindere dalla prescrizione medica, pur se il ricorrente chiede di poter morire in modo degno e indolore. Questa interpretazione, in combinato disposto con l'art. 2, fa sì che la normativa in esame sia rispettosa dell'obbligo gravante sugli Stati di tutelare il diritto alla vita, in quanto riesce ad assicurare come la decisione di suicidarsi derivi da una libera volontà dell'interessato e risponda allo scopo legittimo di impedire gli abusi dell'utilizzo di sostanze letali. Dunque, stante anche il margine di apprezzamento degli Stati membri nelle questioni interne, la Corte ritiene che non vi sia stata violazione dell'art.8 della Convenzione per la previsione normativa di subordinare a perizia psichiatrica il rilascio di un medicinale letale, al fine di distinguere tra la volontà di porre fine alla propria vita come espressione di un disturbo patologico e la volontà di suicidarsi come scelta libera e autonoma.

²²³ "Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.", art.8, co.2, CEDU

²²⁴ U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio mediamente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, Rivista AIC, fasc. 2/2016, p.15

²²⁵ Corte EDU, Sez. I, sent. n. 31322/02

²²⁶ Corte EDU, Sez. IV, sent. n. 2346/02

In conclusione, dal caso Haas c. Svizzera si ricava che la CEDU vada letta “*comme un tout*” (§54): l’art.8, cioè, va bilanciato e letto congiuntamente all’art. 2 della Convenzione, dal quale si fa discendere l’obbligo in capo a ciascuno Stato membro di impedire che una persona sottoposta alla sua giurisdizione ponga fine alla propria vita, se la sua decisione non è libera e consapevole.

3.2 Il caso Gross c. Svizzera

Diverso, ma non dissimile nell’esito, è stato il caso Gross c. Svizzera, deferito alla *Grand Chambre* della Corte EDU.

La ricorrente Alda Gross era un’anziana signora non affetta da alcuna malattia in particolare, se non la fisiologica e comune perdita delle proprie capacità psico-fisiche derivanti dal progressivo invecchiamento, ritenuto però da lei insopportabile, preferendo quindi porre fine alla sua vita - a sua detta - non più degna di essere vissuta. Dopo falliti tentativi di suicidio, tenta allora di ricorrere alla richiesta di somministrazione del pentobarbitale sodico, unico espediente che possa assicurarle la morte senza fallire nuovamente. Come già visto nel precedente caso Haas, la somministrazione di tale farmaco, in quanto letale - secondo le linee guida dell’ASSM che integrano l’art.115 c.p. - richiede la prescrizione medica, ammissibile solo in presenza di una malattia in fase terminale e quando la sofferenza avvertita dal paziente si ritiene intollerabile e in seguito a perizia psichiatrica che ne accerti la volontà libera e consapevole di realizzare il suicidio. In sintesi, l’elemento patologico dev’essere sempre accompagnato da quello psicologico e la mancanza di uno di questi due requisiti determina l’impossibilità della prescrizione del farmaco letale.²²⁷

In mancanza dell’elemento patologico, la sig.ra Gross non riesce ad ottenere la prescrizione richiesta e decide quindi di presentare ricorso alla Corte di Strasburgo, sostenendo la violazione dell’art. 8 CEDU, già oggetto di controversia nel caso Haas, sul quale la Corte stessa si era già espressa.

Rifacendosi proprio ai precedenti casi Pretty e Haas, la Corte considera l’art.8, comma 2, CEDU, nel quale si rinvia alle restrizioni che lo Stato decide di prevedere per legge. A tal riguardo, rinviando alla fonte di legge svizzera, l’art. 115 c.p. non dispone invero la prescrizione medica come elemento necessario, indicando quale limite solo il presupposto egoistico dell’autore del reato.

²²⁷ U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio mediamente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un’analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, cit., p.19

Il requisito della prescrizione medica è invece previsto da linee guida di un ente non statale, ovvero l'ASSM.

La poco chiara normativa svizzera sul tema, quindi, porta la Corte ad esaminare la compatibilità tra il diritto svizzero e la CEDU sotto un profilo diverso da quello trattato nel caso Haas: non si tratta di confermare la legittimità della previsione di una perizia psichiatrica come prerequisito per il rilascio della prescrizione del farmaco letale, ma di verificare le conseguenze della mancata disciplina dell'ipotesi in cui il soggetto che chiede di morire, pur essendo capace di intendere e di volere, non sia un malato terminale.²²⁸

Infatti, nella sentenza²²⁹, la Corte ribadisce che l'obiettivo essenziale dell'art. 8 è la protezione degli individui da arbitrarie ingerenze delle pubbliche autorità. Ogni ingerenza, ai sensi dell'art.8 CEDU, dev'essere giustificata nei termini del comma 2, cioè "secondo la legge" e "necessaria in una società democratica" per uno o più degli scopi legittimi ivi elencati (§61). Volgendo alle circostanze del caso di specie, la Corte osserva che in Svizzera, secondo l'art.115 del codice penale, istigare o assistere al suicidio è condotta punibile solo ove l'autore di simili atti sia indotto a commetterli per "motivi egoistici". Nella giurisprudenza della Suprema Corte Federale Svizzera, un dottore è abilitato a prescrivere il pentobarbitale al fine di consentire al proprio paziente di suicidarsi, verificato che specifiche condizioni dettate dalla giurisprudenza della Corte Suprema Federale svizzera siano pienamente rispettate (§62).

In un successivo passaggio, la Corte osserva che la Suprema Corte, nella giurisprudenza sul punto, ha fatto riferimento a linee guida della deontologia medica sulla cura di pazienti alla fine della loro vita, varate da un'organizzazione non governativa e che non avevano la qualifica formale di legge. In aggiunta, la Corte osserva che queste linee guida si applicano soltanto a pazienti il cui medico sia arrivato alla conclusione che sia iniziato un processo che, sulla base dell'esperienza, condurrà alla morte nel giro di giorni o poche settimane (§65).

Le suddette considerazioni sono sufficienti per permettere alla Corte di concludere che la legge svizzera, mentre offre la possibilità di ottenere una dose letale di pentobarbitale su prescrizione medica, non offre linee guida che assicurino chiarezza, come invece prevede il diritto. C'è stata una violazione della Convenzione sotto questo aspetto (§67), conclude la Corte.

²²⁸ E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera: la Corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, Osservatorio AIC, settembre 2013, p.3

²²⁹ Corte EDU, sez. II, sent. 14.5.2013, ric. n. 67810/2010

Detto altrimenti, la conclusione della Corte è nel senso che lo stato di angoscia causato alla ricorrente dall'incertezza dell'esito della sua richiesta è stato originato dall'incompletezza delle disposizioni vigenti e ha determinato una violazione del suo diritto convenzionale al rispetto della vita privata.²³⁰

Sarebbe però erroneo considerare questa pronuncia fondativa di un presunto "diritto al suicidio assistito", in quanto la violazione dell'art. 8 CEDU contestata alla Svizzera deriva non dal fatto che la legislazione elvetica subordini l'accesso al farmaco letale a certe condizioni, bensì dalla circostanza che tali requisiti siano definiti con rinvio ad una fonte non normativa.

La Svizzera ha così presentato ricorso alla *Grand Chambre*, che nel 2014²³¹ ha dichiarato irricevibile il ricorso della sig.ra Gross, contraddicendo il precedente giudizio della seconda sezione che aveva invece ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU. È nel frattempo emerso, sorprendentemente, che la donna era deceduta ben prima del giudizio della seconda sezione della Corte di Strasburgo e che aveva ottenuto una prescrizione per una dose letale di sodio pentobarbitale nell'ottobre 2011, dose che era stata assunta provocando la sua morte. Secondo la ricostruzione, per assurdo, nemmeno i legali rappresentanti della donna sarebbero stati informati dell'intervenuto decesso, poiché da lungo tempo non intrattenevano rapporti diretti con la cliente. Tutte le comunicazioni avvenivano infatti per mezzo di un consulente spirituale della donna che, per sottrarla ad ulteriori affaticamenti, si faceva da tramite fra lei e i legali rappresentanti. Quando la donna aveva informato il consulente spirituale dell'esito che di lì a poco avrebbe avuto la sua vita, aveva confermato la propria intenzione a che la vicenda processuale procedesse, a beneficio di tutti coloro che si venissero a trovare nelle sue medesime condizioni, chiedendo che si mantenesse il segreto.

La Corte, pur comprendendo le sue intenzioni, ha condannato il comportamento scorretto e l'abuso di diritto commesso dal legale della stessa, il quale aveva continuato l'*iter* del ricorso presso la Corte, tacendo della morte della sua assistita, ritenendo tuttavia di non esserne a conoscenza. Conseguentemente, la sentenza della *Grand Chambre* ha reso priva di effetti giuridici la decisione della Sezione II.

²³⁰ E. CRIVELLI, *ivi*

²³¹ Corte EDU, *Grand Chambre*, sent. 30.09.2014, ric. n. 67810/10

Capitolo III. Belgio

1. Introduzione

Insieme a Olanda e Lussemburgo, il Belgio è uno dei tre Stati dell'Unione Europea che si è dotato di una normativa compiuta sul fine vita sin dal 2002. Per la sua avanguardia, rappresenta - non solo in Europa - un caso più unico che raro, dal momento che con la riforma del 2014 è il primo ordinamento al mondo a prevedere una norma che legittimi anche l'eutanasia sul minore.

Il fondamento è il principio di diritto belga, secondo il quale il corpo umano è cosa diversa dalla persona e, pertanto, gli atti di disposizione del corpo sono soggetti al principio di autodeterminazione dell'individuo.²³² Il legislatore belga intende, infatti, il corpo come mezzo attraverso il quale l'individuo esprime il proprio diritto alla personalità, declinato attribuendo grande autonomia alla volontà della persona. In altre parole, secondo il diritto belga, solo la persona può decidere sul proprio corpo, che non si identifica con la persona ma diventa un oggetto giuridicamente indipendente e separato dal soggetto di diritto. Secondo tale interpretazione il corpo può quindi costituire l'oggetto di un rapporto giuridico e i suoi elementi rientrano nel concetto di "negozio" e vengono considerati alla stregua del cd. "diritto di destinazione", ispirato a sua volta dal diritto di proprietà intellettuale.²³³

In tale ottica si colloca la legge n. C-2002/09590 sull'eutanasia, che rende *de facto* l'ordinamento belga uno tra i più permissivi in tema di fine-vita. Questo non è tuttavia sempre un dato positivo, in quanto sebbene la norma sembri dare piena attuazione al diritto di autodeterminazione dell'individuo, per una valutazione complessiva, non ci si può esimere dal considerare, oltre agli aspetti meramente giuridici, anche quelli fattuali. Quest'ultimi raccontano casi di abusi sempre più diffusi, di "dolci morti" concesse ad individui privi dei requisiti per accedervi, che la Corte di Strasburgo nella sentenza relativa al caso *Haas c. Svizzera* aveva individuato negli elementi psicologico e patologico.

Insomma, l'unicità della legislazione belga in tema di fine vita ci consente di verificare quel concetto di *slippery slope* di cui si era accennato nella parte introduttiva, ovvero uno "scivolamento verso il peggio", per il quale è preferibile vietare oggi una certa condotta per evitare che in futuro se

²³²B. DENTAMARO, *Il Belgio: caso più unico che raro*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, 1-bis - "Questioni di fine vita", p.401

²³³ *Ibidem*

ne affermino di peggiori. Detto altrimenti e in relazione al caso belga, affermare nel 2002 un diritto all'eutanasia a determinate condizioni, quindi riconosciuto a determinati soggetti, ha finito per trasformarsi in un diritto all'eutanasia riconosciuto anche ad “altri soggetti” e ad “altre condizioni”.²³⁴

2. La normativa belga sul fine vita e la legge n. C-2002/09590

Fino al 2002, il codice penale belga non incriminava specificamente la condotta di omicidio del consenziente, come invece disciplina l'art. 579 del codice penale italiano. Se un medico commetteva quest'atto, era passibile di essere imputato per reati affini, ovvero per omicidio, omicidio volontario con premeditazione²³⁵ o avvelenamento. Tuttavia non risulta alcuna sentenza di condanna per tali circostanze.²³⁶

Nel 1997, il Senato, su impulso del Comitato consultivo di bioetica, concordò sulla necessità di definire l'eutanasia, sviluppare le cure palliative, informare il paziente e rispettare l'obiezione di coscienza del medico e, a tal riguardo, la prima proposta di legge risale al primo governo Verhofstadt, nel 1999, in seguito a 40 audizioni, la maggior parte delle quali furono trasmesse in televisione suscitando la riflessione politica e sociale.²³⁷ Approvata infine il 28 maggio 2002,²³⁸ la legge comprende profili sia civilistici che penalistici, senza però modificare il codice penale, configurando quindi una legislazione *extra codicem* che depenalizza l'eutanasia.²³⁹

Analizzando la succitata legge, appare anzitutto rilevante l'art. 3, di cui al § 1, secondo il quale il medico che pratica l'eutanasia non commette reato quando: “a) il paziente è maggiorenne o un minore emancipato, capace di intendere e volere al momento della richiesta; b) l'istanza è

²³⁴ Ne è un esempio lampante l'eutanasia praticata su soggetti affetti da depressione, i quali, per la loro condizione, sono privi sia dell'elemento patologico in senso stretto (ovvero come patologia inguaribile e grave), sia di quello psicologico (in quanto disturbo psichico, le decisioni non sono frutto di una volontà libera).

²³⁵ Punito con l'ergastolo

²³⁶ B. DENTAMARO, *art.cit.*, p.402

²³⁷ *Ibidem*

²³⁸ Legge n. C-2002/09590 del 28 maggio 2002, poi modificata con la legge n. C-2014/09093 del 28 febbraio 2014 sull'eutanasia dei minori.

²³⁹ Obiettivo del legislatore del 2002 era quello di porre fine alle pratiche semi-clandestine e assicurare la certezza del diritto, sia nei confronti del paziente, che vedrà rispettata la propria richiesta di eutanasia, sia del medico, che non sarà soggetto a condanna penale se agirà nell'ambito delle condizioni previste.

presentata con un'iniziativa volontaria, meditata e reiterata, e non risulta indotta da pressioni esterne; c) il malato è in una condizione sanitaria senza speranza e la sua sofferenza sul piano fisico o psichico è persistente e insopportabile, che non può essere alleviata ed è la conseguenza di una malattia acuta o cronica grave e inguaribile."²⁴⁰

La richiesta del paziente costituisce il *core* della legge, in quanto condizione necessaria affinché l'eutanasia sia legale e deve provenire unicamente dal paziente, escludendo quindi la possibilità che possa farne le veci un familiare o un fiduciario scelto. La richiesta dev'essere altresì volontaria e ponderata, ovvero non può essere frutto di uno scoraggiamento momentaneo o di pressioni esterne. Il richiedente deve essere inoltre capace e cosciente al momento della richiesta e, diversamente dal legislatore italiano che nella legge n.219/2017 sul consenso informato impiega la locuzione "capace di agire", qui non s'intende la capacità giuridica in senso stretto, ma la capacità di comprendere il quadro medico e le conseguenze della scelta.

Quanto al requisito di sofferenza fisica o psichica costante e insopportabile, questo - non potendosi misurare in termini oggettivi - è lasciato unicamente alla valutazione del paziente. Giova rammentare, tuttavia, che si ricomprende anche la sofferenza di natura unicamente psichica, che può consistere in forme patologiche non accompagnate da sofferenze propriamente fisiche.

Il carattere della malattia invece può derivare da un incidente o da una patologia, senza che la legge preveda un elenco delle condizioni "qualificanti", così da effettuare la valutazione caso per caso, seguendo la volontà e lo spirito del paziente. Anche per tale motivo il legislatore ha deciso di non utilizzare l'espressione "fase terminale", sovente utilizzata nelle normative concernenti fine vita.

In ogni caso, il medico deve (§ 2) informare il paziente del suo stato di salute e della sua speranza di vita, prendere accordi con il paziente stesso sulla richiesta di eutanasia e richiamare alla sua attenzione le possibilità terapeutiche ancora esperibili, nonché sulle possibilità offerte dalle cure palliative e le relative conseguenze. Deve giungere, insieme con il paziente, alla convinzione che non ci sia alcun'altra soluzione ragionevole e che la richiesta sia interamente volontaria. Inoltre, deve assicurarsi della persistenza della sofferenza fisica o psichica del paziente e della reiterazione della medesima volontà. A tal fine, conduce diversi colloqui con il soggetto, ragionevolmente distanziati in considerazione dell'evoluzione del suo stato di salute. Infine, il medico è tenuto a consultare un altro medico in merito alla natura grave e incurabile dell'affezione. Il medico

²⁴⁰ Trad. a cura della redazione di *Prospettive assistenziali* dal testo pubblicato su *Medicina e morale*, n.5, 2002.

sollecitato prende conoscenza della cartella clinica, esamina il paziente e valuta la natura costante, insopportabile e non alleviabile della sofferenza fisica o psichica. Tale medico deve essere indipendente, sia nei confronti del paziente, sia nei confronti del curante, nonché essere in possesso di una competenza professionale in merito alla patologia del caso.

Riguardo la procedura, è richiesto che l'istanza del paziente sia presentata per iscritto. Se il paziente non è in grado di provvedere autonomamente, l'istanza è redatta nella forma scritta da una persona maggiorenne, scelta dal paziente, che non deve avere alcun interesse materiale al decesso del congiunto. Questa persona deve precisare che il paziente non è in condizione di formulare l'istanza per iscritto e ne indica i motivi. In questo caso, l'istanza è formulata per iscritto alla presenza del medico curante e la suddetta persona deve indicare nell'istanza di cui sopra le generalità del curante. Il paziente può comunque revocare l'istanza in qualsiasi momento, nel qual caso il documento è prelevato dalla cartella clinica e viene restituito al paziente (§4).

L'art. 4 contempla, invece, la possibilità di avere accesso all'eutanasia anche per il paziente incapace, mediante una dichiarazione anticipata di volontà. La volontà può tuttavia essere attesa soltanto qualora il medico accerti che il paziente: a) è colpito da una malattia acuta o cronica grave e inguaribile; b) che è in una condizione di incoscienza; c) che questa situazione è irreversibile sulla base delle attuali conoscenze scientifiche.

Tale dichiarazione anticipata può essere redatta da un maggiorenne o un minore emancipato, ma in entrambi i casi dev'essere sottoscritta alla presenza di due testimoni, di cui almeno uno non deve avere un interesse materiale nel decesso del dichiarante. Inoltre, la dichiarazione, per avere efficacia, dev'essere stata sottoscritta non prima di cinque anni precedenti l'impossibilità del paziente di manifestare la sua volontà.

Rilevante è anche il §2 dell'art.4, giacché stabilisce l'esenzione penale del medico che pratici l'eutanasia sul paziente *secundum legem*, ovvero con riguardo alle condizioni che la legge stabilisce affinché la pratica eutanasi sia ammissibile.

Infine, sebbene la legge legalizzi l'eutanasia a determinate condizioni, non vi è alcun obbligo di sorta nei confronti del medico, che non è obbligato a praticare l'eutanasia (art.14). Allo stesso tempo, la legge stabilisce che solo ed esclusivamente la figura dell' esercente sanitario è abilitata a praticare l'eutanasia sul paziente che la richiede e, nel caso rifiuti di mettere in atto l'eutanasia, è obbligato ad informare in tempo utile il paziente o l'eventuale persona di fiducia,

precisandone i motivi. Nei casi in cui il suo rifiuto sia motivato da ragioni mediche, la relativa comunicazione è inserita nella cartella clinica del paziente.

Per quanto concerne gli aspetti civilistici, invece, la persona deceduta a seguito dell'eutanasia è considerata defunta per morte naturale, condizione rilevante in particolar modo per le polizze assicurative e per i contratti stipulati (art.15).

2.1 Successive riforme: il ruolo del farmacista e l'eutanasia del minore

Nel 2005 la legge qui in esame è stata modificata al fine di disciplinare anche il ruolo del farmacista, su iniziativa dell'organo di categoria. Viene quindi introdotto l'art. 3 *bis*, che precisa che non commette alcun illecito il farmacista che consegni dei medicinali indicati per un'eutanasia. Si precisa, tuttavia, che il farmacista può consegnare tali medicinali soltanto al medico e che quest'ultimo deve specificare che verranno utilizzati per un'eutanasia, restituendo al farmacista il prodotto residuo dall'utilizzo affinché venga distrutto. Il farmacista può comunque rifiutarsi di consegnare tali medicinali per obiezione di coscienza. Grava sulle autorità, invece, l'obbligo di garantire l'approvvigionamento di tali medicinali alle farmacie, comprese quelle non ospedaliere.²⁴¹

Più incisiva è invece la riforma del 22 marzo 2014, che prevede l'eutanasia anche sul minore dotato di capacità di discernimento, qualora lo richieda ed in comune accordo con entrambi i genitori. Si rileva come il legislatore non abbia voluto individuare una precisa età, al fine di considerare caso per caso, seppur sempre in riferimento al concetto di "maturità sanitaria", ovvero la capacità del paziente di apprezzare ragionevolmente i propri interessi. L'idoneità viene comunque accertata da uno psicologo o psichiatra infantile, mentre resta fermo il requisito patologico, ovvero la presenza di una condizione medica "di costante e insopportabile sofferenza fisica".

2.2 La vexata quaestio del suicidio assistito

In Belgio, il concorso personale è disciplinato dai principi posti agli artt. 67-69 c.p. che, oltre a richiedere il dolo richiesto per qualunque delitto, richiede un elemento materiale: dare istruzioni volte a facilitare il compimento del reato, fornire armi o altri mezzi di reato, dare aiuto o

²⁴¹ B. DENTAMARO, *art.cit.*, p.407

assistenza, non solo nell'esecuzione del reato, ma anche nel corso della sua preparazione.²⁴² Tuttavia, non essendo il suicidio o il tentato suicidio (ovvero la condotta principale) considerato reato nell'ordinamento belga, colui che assiste il suicida non può essere punito in quanto coautore o complice, anche se l'assistenza prestata offre un contributo apprezzabile nel determinare il suicidio. In altre parole, non vi può essere rilevanza penale nel concorso in una condotta che il legislatore, non ravvisandone il carattere antisociale, non codifica quale reato.

Ciononostante, i giudici hanno perseguito l'aiuto al suicidio qualificandolo altrimenti, talvolta alla stregua dell'omicidio per imprudenza (art. 418 c.p.),²⁴³ talaltra come omissione di soccorso *ex art.422-bis c.p.*. Invero, quest'ultima fattispecie di reato mal si addice alla condotta in questione, in quanto nei casi di suicidio assistito, non solo il terzo non ha fatto alcunché per prestare soccorso alla persona in pericolo, ma l'ha anche aiutata nel gesto.

Secondo buona parte della dottrina, applicare l'*art.422-bis c.p.* a chi presta assistenza al suicida, costituisce senza dubbio un'incriminazione fragile e risulta curioso "voler punire come testimone esterno che sia stato indifferente ai risultati di una risoluzione colui che ha partecipato, dall'interno, alla risoluzione stessa".²⁴⁴ Tuttavia, l'adozione della legge del 28 maggio 2002 sull'eutanasia ha risolto buona parte dei problemi inerenti al suicidio assistito, poiché qualunque condotta attiva prestata dal medico non costituisce reato ai fini della legge. Rimane, invece, astrusamente punibile la mera assistenza del medico al suicidio, ovvero nelle condizioni nelle quali il dominio sull'azione ultima sia esercitata dal paziente. Sul punto, si è espresso il *Conseil d'Etat*²⁴⁵ constatando che sussistono margini d'incertezza riguardo alla natura punibile di tali condotte.

3. Recenti sviluppi: la sentenza della Cour Constitutionnelle n. 153/2015 e il caso Mortier c. Belgio

Riguardo alla riforma del 2014, che estende il diritto all'eutanasia anche al minore dotato di capacità di discernimento, si è espressa - l'anno seguente - la Corte costituzionale belga con la

²⁴² C. TORRISI, *Belgio*, in P. PASSAGLIA (a cura di) *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, cit.

²⁴³ A mero titolo esemplificativo, lasciare una pistola a portata di mano di una persona con tendenze suicide *et similia*, rientra in questa fattispecie di reato

²⁴⁴ X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps - Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles, Larcier, 1982, n.865

²⁴⁵ Parere del *Conseil d'Etat* del 20 giugno 2001 sulla legge relativa all'eutanasia

sentenza n. 153/2015, relativa alla richiesta di annullamento della legge del 28 febbraio 2014, di modifica della legge del 28 maggio 2002 sull'eutanasia.²⁴⁶

I ricorrenti sostenevano che la legge violasse gli artt. 10, 11, 22 e 22-*bis* della Costituzione, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 della Convenzione EDU e con l'art. 6 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo. Autorizzando l'eutanasia dei minori, il legislatore avrebbe violato il proprio dovere di protezione di tale categoria, dovere speciale tenuto conto della loro vulnerabilità, e che non avrebbe tenuto conto dell'assenza di autonomia del minore né delle circostanze nelle quali l'eutanasia dovrebbe svolgersi. Al riguardo, le parti rilevavano che l'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non consacra alcun diritto di morire, ma che, al contrario, il diritto alla vita è un "valore supremo" e un "*attribut inaliénable*", per il quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha imposto agli Stati un dovere di protezione delle persone vulnerabili, quali i minori, contro le condotte che minaccino la loro vita. I ricorrenti rilevavano anche, in un secondo motivo, che il legislatore non aveva tenuto conto della situazione fondamentalmente diversa del minore rispetto al maggiorenne, essendo quest'ultimo capace di adottare atti in relazione alla sua persona ed ai suoi beni. Questo motivo è stato però rigettato per motivi procedurali.²⁴⁷

Di risposta, i giudici rilevano come la Costituzione belga consideri "prioritario" l'interesse del minore e gli si riconosca il «diritto di esprimersi su ogni questione che lo riguarda; la sua opinione è presa in considerazione tenuto conto della sua età e della sua capacità di giudizio» (art. 22-*bis*). Ricorda, inoltre, come la CEDU riconosca agli Stati un ampio margine di apprezzamento in tema di fine vita, fatta salva la necessaria adozione delle misure più appropriate per la protezione delle categorie vulnerabili (art.2). In aggiunta, la *Cour* riprende anche il parere dell'Ordine dei medici, secondo il quale "l'età mentale di un paziente è più importante del suo *status* civile", stabilendo quindi che un minore può essere dotato di una capacità di discernimento sufficiente per poter valutare la portata di una richiesta di eutanasia e che tale capacità dev'essere valutata caso per caso.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte non censura la scelta del legislatore di dare prevalenza all'età mentale rispetto a quella anagrafica. La modifica della legge che dispone la non punibilità per l'eutanasia dei minori è infatti considerata legittima in quanto la procedura per

²⁴⁶ La questione di costituzionalità è stata sollevata dall'ASBL *Jurivie*, *Pro Vita* e *Jeunes pour la Vie*

²⁴⁷ C. TORRISI, *op. cit.*, p.37

l'accertamento della capacità di discernimento del minore rappresenta una garanzia sufficiente ad escludere rischi concreti per i minori.

La Corte ha quindi stabilito che, tenuto conto della situazione nella quale si trovano i pazienti minorenni non emancipati ma dotati della capacità di discernimento, il legislatore ha ragionevolmente considerato che tali pazienti possano richiedere l'eutanasia. Ha poi avallato gli obblighi imposti al medico curante, in quanto consentono di fare una diagnosi oggettiva e corretta della natura grave e incurabile dell'affezione e della sofferenza fisica costante e insopportabile alla quale non può essere dato sollievo. Tali condizioni garantiscono che l'eutanasia venga posta in essere solo se il paziente minorenne e con capacità di discernimento lo abbia chiesto in maniera volontaria e ponderata. Tale disposizione implica, quindi, che, in assenza di capacità di discernimento, il medico che praticasse una eutanasia su un minore non emancipato lo farebbe fuori dal campo di applicazione della legge e commetterebbe un reato.

I giudici costituzionali concludono quindi che legge del 28 maggio 2002, come modificata dalla legge impugnata, è fondata su un giusto equilibrio tra il diritto, per ciascun individuo, di scegliere di mettere fine alla propria vita per evitare una vita indegna, corollario anche del principio del rispetto della vita privata del singolo, ed il diritto del minore, contemplando misure volte a prevenire gli abusi dell'eutanasia, che discende dal diritto alla vita ed all'integrità fisica.

A margine della sentenza qui in esame, occorre tuttavia rilevare, da un punto di vista medico, come la capacità di discernimento sia oggetto difficilissimo da valutare in termini tecnici e non possa mai darsi definitivamente per acquisito. Da un punto di vista giuridico, invece, si può considerare paradossale che un minore non abbia la capacità per concludere un qualsivoglia contratto, ma possa decidere di un diritto personalissimo come quello alla propria vita.²⁴⁸

Nonostante la suddetta pronuncia della Corte costituzionale belga, la disciplina dell'eutanasia in Belgio rimane costantemente al centro di dibattiti etici, politici e giuridici, soprattutto in ragione delle derive e degli abusi che potenzialmente ne discendono.²⁴⁹

A tal proposito, il 3 dicembre 2018 la Corte EDU ha accolto un ricorso presentato dal cittadino belga Tom Mortier, figlio di Godelieve De Troyer, persona affetta da oltre vent'anni di una depressione cronica, alla cui eutanasia si è proceduto senza che i suoi figli fossero avvisati di tale decisione. Pertanto, il figlio aveva dapprima denunciato il medico presso l'ordine dei medici del

²⁴⁸ Cfr., C. CASONATO, *Il primo caso di eutanasia minorile in Belgio*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. 3/2016, p.7

²⁴⁹ V. <https://lanuovabq.it/it/eutanasia-di-pazienti-sani-in-belgio-e-dilagante>

Brabante fiammingo e di Bruxelles e, successivamente, presentato una denuncia penale contro ignoti, archiviata in data 8 maggio 2017 per mancanza di prove.

Mortier decide così di adire la Corte EDU lamentando una violazione dell'art. 2 della Convenzione, alla stregua di quanto già espresso dalla Corte nel caso *Pretty c. Regno Unito*, laddove allo Stato è richiesto di tutelare la vita, respingendo quindi la possibilità di fondare un diritto all'eutanasia (§§39-40), e nel caso *Haas c. Svizzera*, nella cui relativa sentenza la Corte ha stabilito che "l'art.2 della Convenzione [...] impone alle autorità il dovere di proteggere le persone vulnerabili anche contro le condotte con le quali minacciano la propria vita" (§54).

Il ricorrente sosteneva infatti che lo Stato belga non avesse adempiuto ai suoi obblighi di tutela della vita della propria madre, ricorsa all'eutanasia pur soffrendo di depressione, classificata dall'OMS come un disturbo mentale. In quanto tale, da questo disturbo psichico discende una causa di incapacità, per la quale ogni idea suicidaria elaborata da chi ne sia affetto sarebbe conseguenza del disturbo e, pertanto, non libera espressione della sua volontà. In altre parole, lo Stato belga avrebbe concesso alla madre di Mortier l'eutanasia pur in assenza del requisito psicologico, nonché quello patologico, che invece la Corte EDU ritenne necessari nel caso *Haas c. Svizzera*.

In aggiunta, il ricorrente sostiene anche la sussistenza di una violazione del principio di legalità in ragione dell'imprecisione delle disposizioni riguardanti l'eutanasia per sofferenza psichica: essendo la sofferenza psichica una nozione prettamente soggettiva e la natura grave della patologia un elemento variabile, tali criteri non garantirebbero alcun tipo di prevedibilità giuridica.²⁵⁰

Sul ricorso, in attesa di nuovi sviluppi, spetterà alla Corte EDU stabilire se la disciplina belga violi (o meno) le disposizioni della Convenzione.

²⁵⁰ C. TORRISI, *op. cit.*, p.41

Capitolo IV. Stati Uniti

1. Introduzione

Si vuole, infine, considerare l'approccio statunitense al fine vita. La scelta, che potrebbe apparire eccentrica dopo aver preso in considerazione due Stati mitteleuropei e uno belga, in realtà ci consente di esaminare il tema da una diversa angolatura, ovvero in un sistema federale e di *common law*. Sebbene l'eutanasia attiva sia categoricamente proibita in tutti gli Stati Uniti, si può notare come la giurisprudenza su temi riguardanti il fine vita inizi a svilupparsi decenni prima rispetto ai Paesi occidentali, già dagli anni '70, con il caso Quinlan. Proprio in virtù della risalente giurisprudenza statunitense, questa farà in un certo senso da antesignana a quelle degli Stati europei, che quest'ultime spesso utilizzeranno quale modello di riferimento in determinate scelte. In tal senso, un gran ruolo è rivestito dal contenuto della sentenza relativa al caso Cruzan, in merito alle decisioni del paziente capace e incapace (*competent* e *incompetent*), delle disposizioni anticipate di volontà (*living will* o *advance directive*) e del paziente non più cosciente che non ha espresso, quando era capace, alcuna volontà sulle cure (in tal caso si procede al criterio della volontà desunta, che in Italia verrà ripreso nel caso Englaro). Oltre a ciò, la giurisprudenza statunitense aveva già affrontato altri temi sensibili, quali la distinzione tra trattamenti salvavita e trattamenti sanitari, che come sappiamo in Italia ha sollevato un acceso dibattito, e le divergenze tra il ddl Calabrò e la legge n.219/2017 lo dimostrano. Infine, il perseguimento del *best interest*, quale criterio che dovrebbe ispirare ogni giudice e legislatore nelle rispettive questioni riguardanti il fine vita.

2. Casi giurisprudenziali

Negli Stati Uniti, come del resto per tutti i sistemi giuridici eredi del *common law*, un ampio ruolo è rivestito dalla giurisprudenza, sebbene si ritenga il principio dello *stare decisis* meno rigido rispetto a quanto riscontrabile in Regno Unito. Se è infatti vero che le decisioni delle corti superiori vincolano quelle delle corti inferiori, giova rammentare che, in una prospettiva "orizzontale", la struttura federale dell'ordinamento e la sua pluralità di giurisdizioni di pari grado, rende le decisioni di quest'ultime tra loro non vincolate. Ciononostante, queste possono avere una grande efficacia persuasiva, così come le varie leggi statali sono sovente replicate da uno Stato all'altro, e questo è

riscontrabile in particolar modo per quanto concerne la disciplina del fine vita, i cui cd. “*dignity acts*” ripropongono oramai uno schema normativo consolidato sul tema.

In ragione della rilevanza giurisprudenziale, nei sottoparagrafi che seguono verranno pertanto brevemente analizzati i casi più importanti che hanno animato il dibattito statunitense.

2.1 *In re Quinlan (1975)*

Il caso *Quinlan*²⁵¹ rappresenta una pietra miliare della giurisprudenza statunitense, in quanto per la prima si afferma il diritto di far “cessare” i mezzi straordinari atti ad assicurare un artificiale prolungamento della vita di persone affette da gravissime e irreversibili infermità fisiche.

Molto brevemente, il caso riguardò una ragazza ventiduenne, Karen Ann Quinlan che, nel 1975 entrò in coma in seguito ad un abuso di alcol e farmaci, nonché di una dieta troppo drastica. I medici curanti di Quinlan determinarono che oltre ad uno stato comatoso, Quinlan era in uno "stato vegetativo persistente cronico" e non poteva sopravvivere senza l'aiuto di un respiratore. Inoltre, i medici sostenevano che la ragazza non avesse possibilità di guarigione e non potesse sopravvivere per più di un anno anche con l'aiuto del respiratore. I genitori della ragazza chiesero quindi di staccare il respiratore e porre fine all'accanimento terapeutico, ma i medici si opposero considerandolo un omicidio. I Quinlan ricorsero allora alle vie legali e, con la sentenza 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 "*In the matter of Karen Quinlan, an alleged incompetent*", la Corte Suprema del New Jersey accolse le richieste del padre di interrompere la ventilazione a Karen e di attuare la decisione tramite l'ospedale.

La Corte ravvisò infatti l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito, il diritto di privacy. Tale diritto può essere esercitato direttamente dalla persona interessata, ove la stessa sia pienamente capace di intendere e di volere, mentre, nel caso di incapacità del paziente, per conto di lei, da un suo «rappresentante». È tuttavia previamente richiesta l'approvazione di una commissione ospedaliera che valuti il reale e irreversibile stato vegetativo della persona ammalata e la conseguente impossibilità di un qualsiasi miglioramento delle condizioni di salute. Nel caso concreto e qui in esame, il rappresentante di Karen, ovvero il padre, aveva chiesto l'autorizzazione ad interrompere le cure salvifiche, comprensiva anche del completo esonero da ogni responsabilità

²⁵¹ *In Re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976)

penale, autorizzazione negata dalla Trial Court in quanto la medesima avrebbe violato il dovere del medico di fare ogni cosa «*within his power to protect the patient's life*». ²⁵²

La Corte Suprema del New Jersey prese, invece, le distanze dalla corte inferiore, sancendo l'esistenza di un tale diritto, che soddisfaceva lo standard del best interest della persona irrimediabilmente malata: «*We think that the state's interest contra weakens and the individual's right to privacy grows as the degree of bodily invasion increases and the prognosis dims*». ²⁵³ Detto altrimenti, la Corte aveva ritenuto che il rifiuto dei sanitari di rimuovere il respiratore doveva essere considerato non una difesa della vita, ma una vera e propria violazione del diritto alla privacy del paziente, una sfera privata dell'individuo che non può essere limitata dallo Stato che, pur avendo interesse a proteggere la vita, non può però sostituirsi alla volontà del malato. ²⁵⁴

La linea giurisprudenziale inaugurata dalla Corte del New Jersey nel caso *Quinlan* proseguì ulteriormente la sua marcia con successive pronunce nelle quali si introdussero criteri volti a favorire il soggetto, giunto allo stadio terminale e in condizioni di vita vegetativa, che volesse interrompere l'uso delle macchine in grado di mantenerlo in vita, sia che in precedenza avesse manifestato una chiara volontà, sia che, pur non avendo manifestato una scelta in quel senso, dal quadro oggettivo risultasse uno sbilanciamento tra le sofferenze cui sarebbe andato incontro e i piaceri della vita residuata. ²⁵⁵ Di qui l'uso sempre più frequente dei cd. “*living wills*” o, all'italiana, “disposizioni anticipate di trattamento”.

2.2 *In re Conroy (1985)*

Dieci anni più tardi il caso *Quinlan*, con il caso *Conroy* veniva affrontato invece il problema del soggetto incapace di intendere e di volere, nuovamente al vaglio della Corte Suprema del New Jersey.

²⁵² Cfr., G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in *Foro it.*, anno 1988, parte IV

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ G. SPOTO, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e prospettive interne*, *Europa e dir. priv.*, fasc.4/2011

²⁵⁵ G. PONZANELLI, *La Corte Suprema esclude la garanzia costituzionale del «right to assisted suicide»*, *Foro it.*, anno 1998, part IV

Secondo la Corte²⁵⁶, il «*right to die*» può essere esercitato quando venga soddisfatto uno dei tre *test* indicati dalla stessa Corte e poi ripresi nel caso *Cruzan*: il criterio soggettivo, che implica la prova che il paziente avrebbe rifiutato un tale trattamento sanitario, se solo avesse potuto prevedere di conoscere uno stato di vita vegetativo, in base al principio di *self-determination*; il criterio parzialmente oggettivo (*limited-objective approach*), ove si tratta di dimostrare che sebbene il paziente abbia esplicitamente rifiutato il trattamento, tale scelta va ponderata considerando ipoteticamente se il dolore e la sofferenza subiti dal paziente stesso hanno o meno superato i benefici che lo stesso avrebbe potuto avere nella parte residua della vita; infine, un criterio puramente oggettivo (*pure-objective approach*), in base al quale si possa concludere che i dolori causati al paziente dall'applicazione del trattamento artificiale rendono sostanzialmente disumana la vita stessa.²⁵⁷

Ad una persona in completo stato vegetativo può essere applicato il solo criterio soggettivo, mentre l'applicazione degli ultimi due criteri riguarda i casi relativi a persone non allo stato vegetativo puro, ovvero ancora in grado di provare determinate emozioni.²⁵⁸

Pertanto, se una persona pienamente capace di intendere e di volere ha espresso in un atto scritto il suo rifiuto di essere tenuta artificialmente in vita e la sua conseguente preferenza per la morte, qualora venga a trovarsi in una situazione meramente vegetativa, non sorge alcun problema particolare, dal momento che sulla base dell'atto scritto, il giudice si limiterà a garantire le volontà espresse. In alternativa ad un atto scritto, il paziente può designare un rappresentante al quale siano deferiti i poteri relativi alle scelte più intime sulla vita e sulla salute dell'individuo.

Tuttavia, non sempre vengono espresse per iscritto tali volontà e nel caso in cui manchi anche un rappresentante designato e il paziente si trovi in uno stato vegetativo, è necessario provare che quest'ultimo avrebbe sicuramente acconsentito all'interruzione della vita artificiale, se solo avesse potuto immaginare che si sarebbe trovata in condizioni tanto gravi. Si renderà quindi necessaria la deposizione di più testimoni che, conoscendo la persona, siano anche in grado di valutare i sentimenti e le inclinazioni, oppure attraverso scritti, lettere o note della persona malata dalla quali sia ugualmente possibile desumere l'esistenza di un tale atteggiamento della volontà.

²⁵⁶ *In re Conroy*, 98 N.J. 321, 486 A.2d 1209 (1985)

²⁵⁷ G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati Uniti e il «right to die»*, in *Foro it.*, anno 1991, parte IV

²⁵⁸ *Ibid.*

Qualora invece la persona non abbia manifestato alcuna volontà al riguardo e non sia in uno stato di completa vita vegetativa - com'è il caso *Conroy* - devono essere applicati gli altri due criteri, volti a misurare se la vita naturale sia in grado di compensare il paziente dei dolori e delle pene che la situazione della malattia porta fisiologicamente e inevitabilmente con sé.²⁵⁹

In buona sostanza, dal caso *Conroy* emerge come la sofferenza (*pain*) debba essere la sola misura attraverso la quale determinare il *best interest* del paziente, che a sua volta determinerà come e quando la vita debba terminare.

2.3 Il caso *Cruzan* (1990)

Nel caso *Cruzan*, il problema preso in considerazione dai giudici non riguardava più la disconnessione di trattamenti di supporto vitale come il respiratore, ma la possibilità di una interruzione dell'idratazione e alimentazione artificiale. La relativa sentenza costituisce il primo caso in cui la Suprema Corte USA ritiene di intervenire sul tema del right to die e, in buona sostanza, il problema affrontato è quello di stabilire chi e sulla base di quali criteri debba prendere le decisioni terapeutiche quando un paziente non è cosciente e non vi sono possibilità di recupero delle sue facoltà cognitive.

Nel caso specifico, Nancy Cruzan è una giovane donna del Missouri che, a seguito di un incidente stradale, riporta un irreversibile danno cerebrale che le determina un persistente stato d'incoscienza o, più propriamente, uno «stato vegetativo persistente». Secondo gli *standards* medici e le definizioni legali, negli Stati Uniti, come del resto anche in Italia, l'individuo in stato vegetativo persistente è a tutti gli effetti vivente, sebbene Nancy non sia in grado di alimentarsi da sola, funzione supplita da un *tube feeding*. Come dimostrerà anche il caso Englaro in Italia, tale condizione può sussistere anche per molti anni.

I genitori della ragazza chiedono allora di interrompere l'alimentazione e la nutrizione artificiale, determinando così il decesso della figlia al fine di evitarle ulteriori e inutili sofferenze, ma i medici si rifiutano di esaudire la loro richiesta. Ricorsi in via giudiziale, la *Trial Court* del Missouri autorizza l'interruzione, affermando che una persona nelle condizioni di Nancy Cruzan ne avesse diritto.

²⁵⁹ G. PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, cit.

La Corte suprema del Missouri rovescia la sentenza, ribadendo che anche se la donna versava in uno stato vegetativo permanente, non era né deceduta ai sensi della definizione di morte prevista dal diritto del Missouri, né era affetta da una malattia terminale; il suo diritto di rifiutare il trattamento, a prescindere dal suo fondamento, non poteva prevalere rispetto al diritto alla vita, quale era evidente dalla legge a disciplina dei testamenti biologici; una conversazione casuale era un mezzo inaffidabile con il quale discernere le vere intenzioni della donna e dunque insufficiente per fondare la pretesa dei genitori di poter decidere in sua vece; infine, non essendo state espletate le formalità richieste ai sensi della legge sul testamento biologico, né essendovi prove chiare, convincenti ed intrinsecamente affidabili della volontà di un paziente, nessun individuo poteva decidere di interrompere il trattamento medico somministratogli, qualora avesse perduto la necessaria capacità mentale.²⁶⁰ La corretta soluzione del caso va quindi inquadrata nella dottrina dell'*informed consent* e non nel diritto alla *privacy*.²⁶¹

La sentenza viene confermata anche dalla Corte Suprema Federale²⁶² - adita su richiesta dei genitori di Nancy - che per la prima volta si pronuncia sul rifiuto di trattamenti sanitari, la cui interruzione può condurre alla morte del soggetto. Tuttavia, in base al sistema giuridico statunitense, la Corte Suprema Federale, per capovolgere la sentenza della Corte del Missouri, avrebbe dovuto avere non solo un'idea diversa sulle varie questioni, ma avrebbe dovuto considerare le scelte processuali e di merito della Corte del Missouri come una questione di rilievo costituzionale federale, coinvolgente perciò la legge federale e non semplicemente quella statale. Sinteticamente, la Corte Suprema Federale è chiamata a decidere se la Costituzione proibisce allo Stato del Missouri di adottare la regola di giudizio che ha adottato, ovvero che la volontà del paziente di rifiuto dei trattamenti debba essere stata espressa e provata in modo chiaro e inequivocabile.

Nel ritenere legittima la decisione della corte statale, la Corte Suprema Federale riconosce che la nozione di integrità fisica (*bodily integrity*), radicata nella *common law*, ha preso corpo, nel campo dei trattamenti sanitari, con l'affermazione dell'*informed consent*, ovvero il diritto del paziente di rifiutare un trattamento sanitario. Nel caso *In re Quinlan* (1976), che rappresenta il primo nel quale si affronta un tema indotto dai progressi della tecnologia medica, la Corte suprema

²⁶⁰ S. PASETTO, *Stati Uniti*, in P. PASSAGLIA (a cura di) *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, cit., p.173

²⁶¹ A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, anno 1991, parte IV

²⁶² *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, No. 88-1503, 497 U.S. 261, del 25 giugno 1990

del New Jersey affermò che Karen Quinlan era titolare di un diritto di *privacy* e che la «sola via pratica» per evitare che Karen perdesse il suo diritto alla *privacy*, a causa del suo stato attuale, era quello di consentire ai suoi familiari di decidere «se ella lo eserciterebbe in quelle circostanze». Nelle decisioni post-Quinlan, le altre corti supreme hanno affinato questa interpretazione, affermando che, se il paziente verte in uno stato d'incoscienza, e sia quindi dichiarato *incompetent*, le decisioni per suo conto spettano, alla fin fine, a diversi soggetti, i cd. “*surrogate decisionmaker*”.

A partire, invece, dal caso *O'Connor* (1988), si comincia a manifestare un orientamento diverso, nel quale viene sì affermato il diritto di rifiutare i trattamenti, ma si dice chiaramente che la tesi secondo la quale «il diritto di scelta sopravvive alla perdita della coscienza e della capacità è, nella migliore delle ipotesi, una finzione giuridica» (*a legal fiction at best*).²⁶³ Sulla base di questa ricostruzione, la Corte Suprema Federale esclude che il diritto di rifiutare i trattamenti sia compreso in una generale nozione di *privacy* e lo riconduce invece al XIV emendamento, che esclude che una persona possa essere privata della sua vita e della sua libertà senza un «*due process of law*».²⁶⁴ Si riconosce quindi un diritto a rifiutare idratazione e nutrizione artificiali, ma questa decisione dev'essere profondamente personale (*deeply personal decision*) ed è pertanto lecito che lo Stato del Missouri richieda un elevato standard di prova che i *surrogate decisionmakers* sono tenuti a dimostrare.²⁶⁵

Nel complesso, il caso Cruzan rappresenta un punto di svolta nel dibattito statunitense sulle scelte di trattamento del malato non cosciente, sebbene, certamente, non sia una di quelle sentenze che ampliano o riconoscono nuovi diritti.

2.4 Il caso Schiavo (2005)

²⁶³ A. SANTOSUOSSO, *ivi*

²⁶⁴ La “*Due Process Clause*” del XIV emendamento della Costituzione non vieta agli Stati di richiedere prove chiare e convincenti delle volontà di un individuo privo della capacità mentale richiesta, in merito alla questione dell'interruzione di trattamenti salvavita.

²⁶⁵ Sono da segnalare anche le opinioni degli altri giudici: quella concorrente di Scalia, che avrebbe voluto un più chiaro pronunciamento sull'estraneità delle corti federali a questi argomenti e sulla necessità di reprimere il suicidio in qualsiasi forma provocato, e quella dissenziente di Brennan, Marshall e Blackmun che si muovono nel solco delle decisioni post Quinlan: diritto a non ricevere trattamenti indesiderati, non perdita per effetto dell'*incompetence* e rilevanza della volontà anche se espressa informalmente. Il giudice Stevens infine dissente dall'opinione di maggioranza per il fatto di non aver tenuto sufficientemente conto del criterio del *best interest* del paziente.

Per alcuni aspetti simile al caso Englaro, la vicenda che ha interessato Terri Schiavo costituisce il punto di massimo conflitto tra giudici e istituzioni politiche nella gestione dei casi di “*end-of-life decisions*”.

Brevemente, nel 1990 Terri Schiavo aveva avuto un arresto cardiaco che aveva arrecato irreparabili danni cerebrali che ne determinarono una condizione di stato vegetativo permanente. Riceveva l'alimentazione e l'idratazione artificiale ed il marito era stato nominato suo tutore. In seguito alla richiesta del marito, la *Probate Division* del *Circuit Court for Pinellas County*, in Florida, aveva disposto l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiali, decisione confermata l'anno dopo, nel 2001, dalla *Florida Court of Appeals*. Quest'ultima, aderendo a quanto disposto nel caso Cruzan e in base al *Chapter 765* dei *Florida Statutes*²⁶⁶, stabiliva che il tutore di una persona priva della requisita capacità mentale poteva prendere una decisione circa le terapie mediche a cui sottoporla, a condizione che vi fossero prove chiare e convincenti circa la volontà della persona divenuta incapace.²⁶⁷

La vicenda è però contraddistinta dalla contrapposizione tra il marito, favorevole all'interruzione del trattamento e i genitori di Terri Schiavo, che si erano strenuamente opposti a tale decisione. I genitori della Schiavo avevano avviato numerosi procedimenti giudiziari tesi a rovesciarne o ritardare l'attuazione, in base tra l'altro ad argomentazioni che il marito aveva mentito sulle volontà della Schiavo; che la donna in realtà non era in uno stato vegetativo permanente; che le si stavano negando cure da cui avrebbe potuto trarre beneficio; che un'affermazione del Papa circa la “naturalità” dell'alimentazione ed idratazione artificiali avrebbero influito sulle sue volontà. Tali azioni, però, non erano andate a buon fine.²⁶⁸ Anche nel caso di Terri Schiavo tuttavia, come in quello di Eluana Englaro, quando la decisione giudiziaria è ormai definitiva e il sondino per l'alimentazione è già staccato, Legislativo ed Esecutivo cercano di intervenire: l'assemblea legislativa della Florida sceglie di approvare la c.d. “Legge Terri”, in base alla quale il governatore ha il potere di emettere un'ordinanza sospensiva che impedisca il diniego del nutrimento e dell'idratazione di un paziente che sia in un persistente stato vegetativo, qualora non vi siano indicazioni scritte del paziente stesso e un componente della sua famiglia abbia contestato l'interruzione dell'alimentazione artificiale. Sulla base di questa autorizzazione legislativa il

²⁶⁶ Il *Chapter 765* dei *Florida Statutes* disciplina i testamenti biologici

²⁶⁷ S. PASETTO, *ivi*, p.180

²⁶⁸ *Ibid.*

governatore della Florida Jeb Bush adotta immediatamente un *executive order* nel quale stabilisce che “con efficacia immediata, è sospeso il continuato diniego di nutrizione e idratazione per Theresa Schiavo”. Il sondino che alimentava Terri Schiavo viene così reinserito.²⁶⁹

La “Legge Terri” viene però dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema della Florida, poiché il provvedimento risulta in palese contrasto con l’art.2, sez. III, della Costituzione statale, riguardante la separazione dei poteri. La legge in questione rappresenta infatti un «rovesciamento di una sentenza definitiva pronunciata legittimamente, costituendo così un’invasione incostituzionale delle competenze che sono state riservate all’indipendenza del potere giudiziario».

I genitori di Terri provano ad adire le corti federali, che tuttavia rifiutano di esaminare il caso in ossequio alla dottrina Rooker-Feldman, che stabilisce che chi soccombe in giudizio in una corte statale non possa chiedere in una corte federale un giudizio che si trasformerebbe in una revisione della decisione già assunta.

Interviene così il governo federale presieduto da George Bush che, il 21 marzo 2005, firma il *Compromise Bill*²⁷⁰, una legge con cui il Congresso trasferisce la giurisdizione del caso Schiavo alle corti federali, prescrivendo che queste ignorino «precedenti determinazioni delle corti statali» e giudichino «senza tener conto del fatto che il ricorso sia stato sollevato, considerato o deciso in giudizi davanti a corti statali». Tuttavia, il giudice federale chiamato ad esprimersi sul caso rigetta il ricorso dei genitori della donna, lasciando intatto il *dictum* dei giudici statali e, per di più, dichiara incostituzionale la legge federale che è alla base del ricorso stesso, in quanto lesiva del principio di separazione dei poteri, oltreché della dottrina Rooker-Feldman. L’alimentazione della donna sarà definitivamente interrotta il 18 marzo 2005.

Sebbene il caso Schiavo non presenti innovazioni giurisprudenziali di particolare rilievo, la vicenda giudiziaria anticipa la dinamica conflittuale tra giudice e legislatore - dinamica ricorrente in merito a temi eticamente sensibili come quello del fine vita - che in Italia, come si è detto, avrà luogo nel caso Englaro.²⁷¹

²⁶⁹ C. BOLOGNA, *Sentenze in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda di Terri Schiavo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009

²⁷⁰ P.L. 109-3

²⁷¹ Nonostante gli elementi di comunanza e similarità, nel caso Englaro non v’era conflitto familiare sulla richiesta di rimozione o meno del sondino nasogastrico. Inoltre, nel caso Schiavo, la legislazione della Florida già consentiva l’interruzione dei meccanismi di *life-saving*, che in Italia verranno adottati solo con la legge n.219/2017

3. *Le discipline statali*

Ad oggi, sono nove gli Stati in cui è in vigore una legge che disciplina, depenalizzandolo, il suicidio assistito: District of Columbia²⁷², California²⁷³, Colorado²⁷⁴, Hawaii²⁷⁵, Maine²⁷⁶, New Jersey²⁷⁷, Oregon²⁷⁸, Vermont²⁷⁹ e Washington²⁸⁰. Nel contenuto sono tutte molto simili, riproponendo una schema ormai consolidato, che riprende il “*Death with Dignity Act*” dell’Oregon.

In forza dei cd. “Dignity Acts”, possono fare richiesta, per ottenere un farmaco allo scopo di porre termine alla propria vita: le persone maggiorenni; con capacità di intendere e di volere al momento della richiesta; residenti nello Stato in questione; affetti da una malattia terminale, accertata dal medico curante e dal medico consulente, ovvero colui che conferma diagnosi, prognosi e capacità mentale del malato. Tuttavia, poiché le norme in questione legittimano l’assistenza al suicidio e non l’eutanasia, è necessario che il paziente sia in grado di auto-somministrarsi od ingerire il farmaco in maniera autonoma, ovvero bisogna che egli mantenga la signoria sull’azione ultima.

La richiesta dev’esser fatta oralmente per due volte (a distanza di almeno 15 giorni l’una dall’altra) affinché sia “reiterata”, dimostrando il fermo convincimento della scelta, e poi con atto scritto alla presenza di due testimoni. Di quest’ultimi, almeno uno non deve avere alcun legame di parentela con il richiedente né avere diritto ad alcun bene del richiedente, oltreché non dev’essere un dipendente della struttura sanitaria presso cui il richiedente è in cura. Il medico, pertanto, non può essere individuato quale testimone. Se la richiesta è accolta, il farmaco prescritto potrà essere ritirato in farmacia dal richiedente stesso, dal medico curante o da un individuo nominato dal richiedente.

²⁷² D.C. *Death with Dignity Act*, 2016

²⁷³ *End of Life Option Act*, 2015

²⁷⁴ *End of Life Options Act*, 2016

²⁷⁵ *Our care, Our Choice Act*, 2018

²⁷⁶ *Death with Dignity Act*, 2019

²⁷⁷ *Aid in Dying for the Terminally Ill Act*, 2019

²⁷⁸ *Death with Dignity Act*, 1994.

²⁷⁹ *Patient Choice and Control at the End of Life Act*, 2013

²⁸⁰ *Death with Dignity Act*, 2008

Resta invece punibile la condotta di istigazione al suicidio per coloro che costringono o esercitano pressioni indebite nei confronti di un paziente al fine di chiedere farmaci allo scopo di porre fine alla sua vita, che saranno colpevoli di una *felony* di classe A, ovvero la categoria di *felonies* più gravi.

Infine, in tema di “Dignity Acts” rilevante è il caso del Montana. Nel 2009, con la sentenza *Baxter v. State*²⁸¹, la Corte Suprema del Montana aveva stabilito che nulla nell’ordinamento statale impediva che un medico soddisfacesse la richiesta, di un paziente affetto da una malattia terminale e mentalmente capace, di ottenere una prescrizione di farmaci che potessero accelerare la sua morte. Dal 2009 sino ad oggi sono stati presentati numerosi disegni di legge al fine di codificare o di proibire la pratica del suicidio assistito, nessuno dei quali è tuttavia mai stato approvato. In virtù dei molteplici tentativi legiferatori falliti, la particolarità del caso del Montana risiede nel consentire lecitamente la pratica del suicidio assistito ma, a differenza degli altri Stati federati che si sono dotati di una legislazione sul tema, lo è in forza della suddetta pronuncia giurisprudenziale e non di un “*dignity act*”.

²⁸¹ *Baxter v. State*, DA 09-0051, 2009 MT 449, del 31 dicembre 2009

Conclusioni

Orbene, al termine di questo elaborato se ne dovrebbero trarre delle conclusioni ma, tuttavia, più che delle conclusioni avanzerei più propriamente delle constatazioni, dal momento che ci si è pressoché limitati alla descrizione di fatti normativi accaduti.

Tralascerei il dibattito tra sostenitori dell'idea religiosa di indisponibilità e sacralità della vita e quelli dell'idea laica di disponibilità, in quanto si potrebbe discorrere infinitamente senza poter giungere ad una soluzione condivisa, dal momento che non esiste una posizione giusta e una sbagliata, ma solamente idee e filosofie diverse sul tema che in una democrazia pluralista è giusto si confrontino.

Quanto al quadro normativo sul fine vita in Italia, credo che, alla luce della legge n. 219/2017, che era stata tanto attesa, ci si possa ritenere moderatamente soddisfatti, in quanto molto è stato fatto per tutelare i diritti del paziente e nel rafforzare la relazione tra quest'ultimo e il medico. Come si è visto, rimangono certamente aperte alcune questioni riguardanti il suicidio assistito, ma allo stesso tempo ritengo si debba ritenere tutto sommato apprezzabile - soprattutto alla luce delle esperienze di altri Paesi più "permissivi" - la cautela con il quale il legislatore voglia disciplinare il delicato argomento del fine vita e, in tal senso, vi sono ragioni per essere fiduciosi riguardo un'adeguata e compiuta legislazione sul fine vita, che potrebbe essere definita in questi anni. Ancor più apprezzabile è invece il ruolo svolto dalla giurisprudenza italiana, costituzionale e di merito, che ha spesso corretto le difficoltà interpretative e le incertezze del diritto vigente. Insomma, per il momento non credo sia riduttivo accontentarsi di quella che è stata definita una *"buona legge buona"*, nella speranza che ulteriori diritti vengano riconosciuti nella giusta misura, ovvero affinché il riconoscimento di un diritto non si traduca nella lesione di altri diritti.

Quanto alla legislazione dei Paesi considerati nella parte comparativa, sebbene tutti (eccetto gli Stati Uniti) adottino modelli normativi più "permissivi" rispetto all'Italia in tema di fine vita, questo non si traduce in una maggiore efficienza. Ne è una dimostrazione il caso tedesco, il cui art. 217 StGB, nella vaga formula di favoreggiamento commerciale del suicidio, non offre adeguate garanzie sicché è stato dichiarato incostituzionale. Resta da vedere, tuttavia, come sarà tradotta in legge la pronuncia della Corte costituzionale tedesca, fortemente sbilanciata a favore dell'autonomia individuale. A tal riguardo, mi preme fare una considerazione. Nella sentenza della Corte di Karlsruhe si può infatti scorgere come il suo contenuto sia viziato da pericolosi riflessi in

termini pratici. Mi spiego meglio. Più volte in questo elaborato si è indicata la necessità di realizzare, in modo sostanziale, l'autodeterminazione e la dignità dell'individuo e non si può negare che la suddetta pronuncia della Corte vada in questo senso. Si deve però convenire che il diritto, sia esso in forma di legge o di sentenza, non possa considerarsi qualcosa di slegato dalla realtà cui si riferisce. Si devono pertanto considerare anche le conseguenze che l'affermazione di un diritto può comportare, o meglio, se l'affermazione di un diritto può lederne altri (in questo, l'esempio belga fornisce una chiara dimostrazione). Ebbene, è proprio qui che si nasconde la "pericolosità", più o meno manifesta, della pronuncia della Corte costituzionale tedesca. Affermare il diritto di suicidarsi e di essere aiutato in tale proposito, in qualunque condizione, situazione e tempo della propria esistenza - poiché considerato espressione della libertà di ogni individuo - va, anzitutto, ben al di là delle questioni legate al fine vita (dal momento che investe l'intero corso della vita, anche in assenza di malattia) e apre spazi per una ulteriore riflessione. Il diritto alla libertà, così declinato, finisce, *de facto*, per prevalere sul diritto alla vita, dal momento che sono stati rimossi i limiti circostanziali della malattia terminale. Quest'ultima funge da scriminante, poiché effettivamente compromette - in termini sostanziali - il concetto di vita, in quanto la morte ha fatto anticipatamente il suo ingresso, ma la vita in assenza di malattia è a tutti gli effetti, inequivocabilmente, "vita". La sua lesione risulterebbe una violazione di un diritto fondamentale, se non il più fondamentale tra i diritti, in quanto è condizione necessaria per l'esercizio di ogni altro. Allora, in riferimento al concetto di dignità, bisognerebbe interrogarsi se la vita gode essa stessa di una propria dignità, autonoma rispetto alla dignità dell'individuo, che la renda inviolabile in assenza di un'adeguata ragione (che potrebbe sussistere, appunto, in presenza di una malattia terminale); poi, in riferimento alla gerarchia dei diritti costituzionalmente garantiti, bisognerebbe invece chiedersi se la Corte costituzionale tedesca intenda il diritto alla libertà personale gerarchicamente superiore al diritto alla vita, poiché questo è ciò che implicitamente afferma nella suddetta sentenza, derogando il diritto alla vita in favore di quello alla libertà. Adottare tale interpretazione, tuttavia, richiederebbe ricavarne anche un adeguato fondamento giuridico, che non è ravvisabile nella Costituzione tedesca, la quale enuncia il diritto alla vita e alla libertà entrambi nell'art.2, comma 2, attribuendone pari grado (*"Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Solo la legge può limitare questi diritti."*)

Similare è il caso svizzero, il cui unico limite al suicidio assistito "*per motivi egoistici*" ha reso determinate cliniche private presenti sul territorio elvetico ambite mete per malati terminali (e

non solo), in quello che è stato definito come “turismo dell’eutanasia”. Sebbene quello svizzero sia considerato per antonomasia l’ordinamento più permissivo sul tema, in realtà, ancor di più lo è quello belga che, legittimando l’eutanasia attiva (dal 2014 anche sul minore), sul piano fattuale, nell’ultimo decennio, ha conosciuto una rapida e incontrollata impennata di casi di abusi, laddove per “abuso” s’intende l’eutanasia praticata in assenza degli elementi patologico e psicologico, sollevando dubbi sulla reale tutela del diritto alla vita in Belgio. Più razionale appare invece il legislatore statunitense, sebbene in ordine al carattere federale che lo contraddistingue, sarebbe più giusto prendere in considerazione i singoli Stati federati. Tuttavia, seppure in virtù delle sue peculiari caratteristiche che disegnano un quadro legislativo altamente frammentato, gli schemi normativi degli Stati che si sono dotati di una cd. “*dignity law*” sono tutti pressoché i medesimi. D’altronde, come si è detto già nei paragrafi riguardanti la disciplina statunitense, quest’ultima è frutto di una giurisprudenza precoce rispetto a quella degli Stati europei, Italia compresa. In altre parole, questa giurisprudenza ha tracciato il sentiero che poi si è diramato in più strade, rappresentate dalle varie realtà particolari dei singoli Stati, sia dentro che fuori gli Stati Uniti d’America, mutuando formule e principi di diritto tutt’oggi comunemente accettati sul fine-vita.

Riassunto

Il tema del fine vita, giuridicamente inquadrato e a fronte del notevole sviluppo tecnologico in campo medico degli ultimi decenni, risultata piuttosto complesso e dibattuto.

Acceso e annoso è infatti il dibattito tra bioetica laica e bioetica cattolica: la prima ritiene che la vita sia un bene disponibile, mentre la dottrina cattolica è ferma nel considerare la vita come un bene indisponibile, in quanto *donum* e *proprietas* del Creatore. Sul punto, degne di nota sono anche le posizioni di chi, pur non accogliendo la dottrina cattolica della sacralità della vita, si oppone alla posizioni della bioetica laica temendo il cd. “*slippery slope*”, ovvero lo scivolamento verso il basso.

Nell’ordinamento italiano, che per anni ha sofferto di una grave mancanza di una normativa che disciplinasse, almeno in parte, l’argomento del fine vita, la legge n.219/2017 costituisce una pietra angolare. La norma reca infatti disposizioni sul consenso informato, segnando il passaggio da una medicina paternalistica a una fondata sulla relazione medico-paziente; annovera nutrizione e idratazione artificiali quale trattamenti sanitari, quindi rifiutabili ai sensi dell’art.32 Cost. e della norma stessa; privilegia la dimensione comunicativa tra equipe medica e paziente; disciplina ulteriormente l’accesso alla terapia del dolore e alle cure palliative, introdotte già dal legislatore del 2010; attribuisce diritti al minore con capacità di discernimento in tema di consenso o rifiuto di trattamenti sanitari; infine, ampio merito riguarda l’introduzione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) e la pianificazione condivisa delle cure.

Certamente non risolve le aporie del diritto italiano sul fine vita e non costituisce una legislazione compiuta sul tema, sebbene sia apprezzabile aver colmato, in buona parte, il vuoto normativo. Di quest’ultimo ne sono testimoni i casi umani e giudiziari che hanno riguardato, in ordine temporale, le vicende Welby, Englaro e Cappato. Nel caso Welby iniziò a porsi il problema qualificatorio dei trattamenti sanitari e dei trattamenti salvavita, rilevante al fine di stabilire la liceità della condotta omissiva del medico curante; in quello Englaro, la necessità di introdurre una legge che disciplini il cd. “testamento biologico”, al fine di ovviare le complicità che si verificano qualora il paziente versi in una condizione di incapacità di poter esprimere le proprie volontà circa i trattamenti sanitari; in quello Cappato, invece, pur essendo già introdotta la succitata legge n. 219/2017, emerge l’inadeguatezza e incostituzionalità dell’art. 580 c.p..

Il discorso cambia analizzando il caso tedesco, in riferimento all'art. 217 StBG che prevede la punibilità del favoreggiamento commerciale del suicidio. Una formula vaga e inadeguata mente impiegata dal legislatore tedesco e, in tempi recenti, tacciata di incostituzionalità dalla Corte costituzionale federale tedesca, che rimuove, però, pericolosamente gli ostacoli di accesso ad ogni forma di suicidio assistito.

L'ordinamento svizzero, invece, con l'art.115 del codice penale, limita il suicidio assistito solamente se eseguito per motivi egoistici, una questione posta anche al vaglio della Corte EDU - nei casi *Haas c. Svizzera* e *Gross c. Svizzera* - la quale ha stabilito la necessità degli elementi patologico e psicologico affinché si consumi legalmente la condotta suicida in considerazione degli altri diritti umani convenzionalmente e costituzionalmente tutelati, di cui quello della tutela della vita.

Innovatore è, invece, l'ordinamento belga, che dal 2002 legalizza l'eutanasia attiva in presenza di determinati requisiti. Dal 2014 la pratica eutanasi è permessa anche sul minore con capacità di discernimento. Tuttavia, sul piano fattuale, l'esperienza belga non può dirsi un esperimento normativo riuscito, per via della facilità con la quale si riesce ad avere accesso all'eutanasia, anche in assenza dei requisiti richiesti.

La tradizione di *common law* e la struttura federale contraddistinguono invece l'ordinamento statunitense, che ha affrontato le problematiche giuridiche riguardanti il fine vita già dagli anni '70, in modo precoce e anticipatorio rispetto agli Stati europei. Degne di nota sono la giurisprudenza del New Jersey nel caso *Quinlan* (1975) e il *California Natural Death Act* del 1976. Emblematico è, infine, il caso Cruzan, nel quale emergono principi di diritto poi ripresi negli altri Stati federati ed oltreoceano.

Bibliografia

- ADAMO, U., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, Rivista AIC, fasc.3/2018
- 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*, Rivista AIC, fasc.2/2016
- AGAMBEN, G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, 1995
- ALAGNA, R., *Eutanasia e diritto penale in Germania*, in Riv. it. Medicina Legale, fasc. 3/2012
- AMBROSETTI, E.M. - COCCO, G., *I reati contro le persone. Vite, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso per i defunti e per gli animali*, CEDAM, 2010
- ARGO, A. - MADEA, B. - PROCACCIANTI, P. - ZAGRA, M., *Medicina legale orientata per problemi*, Elsevier, 2011
- ASTONE, A., *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n.219*, Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc.4/2018
- BALDINI, G., *Le disposizioni anticipate di trattamento (DAT): prime riflessioni*, Diritto e Salute, fasc.4/2018
- BALDUZZI, R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, Il Mulino, 2009
- BARASSI, L., *La successione per causa di morte*, Giuffrè Editore, 1944
- BERNARDINI, M., *La (non) responsabilità del medico nelle scelte di fine vita del paziente*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, 1-bis - "Questioni di fine vita"
- BERTOLINI, F., *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, Rivista AIC, fasc.4/2019
- BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014
- BOLOGNA, C., *Sentenze in forma di legge? Il caso Englaro e la lezione americana della vicenda di Teri Schiavo*, Forum di Quaderni Costituzionali, 2009
- BOLOGNA, E., *Il diritto e le decisioni di fine vita nella tradizione giuridica occidentale*, Dir. famiglia, fasc.1/2009
- BONILINI, G., *Il testamento. Lineamenti*, CEDAM, 1998

- BOTTI, F., *La fine di un lungo viaggio al termine della notte: la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, Il Mulino, fasc. 2/2018
- BRIGNONE, C., *Punti fermi, questioni aperte e dilemmi in tema di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica*, Dir. famiglia, fasc.3/2010
- BROWN, R.H. - ROPPER, A.H., *Principi di neurologia*, ed. VIII, McGraw Hill, 2006
- BUSATTA, L., *A un anno della legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, Rivista AIC, fasc.2/2019
- CACACE, S., *Salute e autodeterminazione: da Charlie Gard a DJ Fabo, passando per i no-vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.1/2018
- CACACE, S., *La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.3/2018
- CANALE, E. - DEL VECCHIO, I., *La (mancanza di una) clausola di coscienza nella legge italiana sul fine vita*, Giurisprudenza Penale, 1-bis - “Questioni di fine vita”, 2019
- CANESTRARI, S., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1/2018
- CANESTRARI, S., *Una buona legge buona (ddl recante «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*, Rivista Italiana di Medicina Legale, fasc.3/2017
- CANESTRARI, S., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, II ed., Giappichelli Editore -Torino, 2014
- CAMPLANI, F., *Diritto penale e fine vita in Germania. I reati di omicidio su richiesta e di sostegno professionale al suicidio nello Strafgesetzbuch*, Giurisprudenza Penale, 1-bis “Questioni di fine vita”, 2019
- CAPUTO, M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli Editore - Torino, 2017
- CAROBENE, G., *Sul dibattito scientifico e religioso in tema di “fine vita”: accanimento terapeutico, stato vegetativo ed eutanasia*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, n.9/2015

- CARROZZA, P. - DI GIOVINE, A. - FERRARI, G.F. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Editori Laterza, 2009
- CASELLA, C. - NIOLA, M. - DI LORENZO, P. - BUCCELLI, C., *La tutela giuridica delle persone affette da malattie progressivamente invalidanti anche alla luce della legge n. 219/2017*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.1/2018
- CASONATO, C., *Il primo caso di eutanasia minorile in Belgio*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.3/2016
- CAVINA, M., *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Il Mulino, 2015
- CAVINO, M. - TRIPODINA, C. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè Editore, 2012
- CIPPITANI, R., *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, Dir. famiglia, fasc.4/2012
- CLARIZIA, R., *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc.3/2017
- COMORETTO, N., *Testamento biologico e rispetto della dignità umana. Una prospettiva etico-clinica*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.3/2016
- CRICENTI, G., *Il diritto di rifiutare le cure. Critica delle distinzioni irrilevanti*, Europa e dir. priv., fasc.3/2011
- CRIVELLI, E., *Gross c. Svizzera: la Corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, Osservatorio AIC, settembre 2019
- D'AGOSTINO, F., *La legge n.219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Come leggere la legge n.219/2017*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.1/2018
- DENTAMARO, B., *Il Belgio: caso più unico che raro*, Giurisprudenza Penale Web, 2019, 1-bis - "Questioni di fine vita"
- DI MASI, M., *Definire la morte: tra diritto e biopolitica*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.4/2016
- DONNARUMMA, M.R., *Il suicidio medicalmente assistito. Una scelta responsabile della Corte costituzionale di fronte all'immobilismo del parlamento*, Giurisprudenza Penale, fasc.1/2020

- DONNELLY, M., *Best interests, patient participation and the mental capacity Act 2005*, Medical Law Review, 17, Spring 2009
- ENGLARO, B., *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno Stato di diritto*, Rizzoli, 2009
- EUSEBI, L., *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n.219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art.580 c.p.*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.2/2018
- FERRANDO, G., *Minori e incapaci*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.1/2018
- FLORIO, M.E., *L'obiezione di coscienza: diritto garantito o irragionevole ostinazione? Riflessioni a margine del recente intervento normativo in materia di "disposizioni anticipate di trattamento"*, Giurisprudenza Penale, 1-bis - "Questioni di fine vita", 2019
- FORNERO, G., *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Mondadori, 2005
- FORTUNA, E., *Il consenso informato e l'eutanasia nella casistica giudiziaria di Stati Uniti, Europa e Italia*, in Riv. it. medicina legale, fasc.4-5/2008
- FURNO, E., *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n.207/2018 della Corte costituzionale*, Rivista AIC, fasc.2/2019
- GIAIMO, G., *Riflessioni comparatistiche a margine delle scelte in tema di trattamento sanitario*, Europa e Diritto Privato, fasc.4/2018
- GIORDANO, A., *Questioni controverse su inizio e fine vita*, Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc. 3/2018
- GIUSTI, G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, CEDAM, 1998
- HERSCH, J., *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Mondadori, 2008
- IAGNEMMA, C., *Il tempo della comunicazione costituisce tempo di cura: l'approccio narrativo della Legge n.219 del 2017*, Giurisprudenza Penale, 1-bis "Questioni di fine vita", 2019
- JAVERS, K., *La fattispecie tedesca di favoreggiamento del suicidio*, in FORNASARI, G. - PICOTTI, L. - VINCIGUERRA, S. (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019
- JONSEN, A.R., *Dying Right in California - The Natural Death Act*, Clinical Toxicology, 13:4
- LECALDANO, E., *Bioetica. Le scelte morali*, Editori Laterza, 2005
- LECALDANO, E., *Dizionario di bioetica*, Editori Laterza, 2002
- LENZI, D., *La legge 219/2017 e il difficile percorso parlamentare*, Diritto e Salute, fasc.4/2018

- LUPO, A., *Capire è un po' guarire: il rapporto paziente-terapeuta fra dialogo e azione*, AM Riv. della Soc. Ital. di antropologia medica, 1999
- LUZZI, C., *La questione dell'obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017 tra fisiologiche esigenze di effettività e nuove prospettive di tutela*, Dirittifondamentali, fasc.1/2019
- MALTESE, D., *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, in Foro it., anno 2008, col. 125
- MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte speciale, vol.I, Delitti contro la persona*, CEDAM, 2013
- MASONI, R., *Rifiuto di trattamento medico e scelte di fine vita nella l. n.219/2017: l'ultima tappa di un lungo percorso*, Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc. 3/2018
- MASSA, M., *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.4/2018
- NAPOLI, D., *Il caso Cappato-Dj Fabo e le colonne d'Ercole del fine vita*, BioLaw Journal - rivista di BioDiritto, fasc. 3/2017
- NATALINI, A., *Brevi note a margine di una storica ordinanza "trifronte"*, in MARINI, F.S. - CUPELLI, C. (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n.207 del 2018*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019
- NEGRI, S. - TAUPITZ, J. - SALKIC, A. - ZWICK, A., *Advance Care Decision Making in Germany and Italy. A Comparative, European and International Law Perspective*, Springer, 2013
- NICOLUSSI, A., *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, Europa e dir. prev., fasc.2/2013
- NOSEDA, J., *La legislazione svizzera sull'assistenza al suicidio*, in FORNASARI, G. - PICOTTI, L. - VINCIGUERRA, S. (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, 2019
- ORSI, L., *Un cambiamento radicale nelle relazioni di cura, quasi una rivoluzione*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.1/2018
- ORRU', G., *La tutela della dignità umana del morente con particolare riferimento alla letteratura giuridica tedesca*, in LOMBARDI VALLAURI, L. (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè Editore, 1990

- ORTOLANI, G., *La rilevanza spazio-temporale del contributo causale nella partecipazione materiale nel suicidio altrui: un'analisi costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, Giurisprudenza Penale, 1-bis "Questioni di fine vita", 2019
- PALAZZANI, L., *Le DAT e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc. 3/2018
- PARIS, D., *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.1/2018
- PASSAGLIA, P. (a cura di), *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, Corte Costituzionale, Servizio Studi, Area di diritto comparato, settembre 2019
- PELLIZZONE, I., *I diritti dell'incapace in assenza di disposizioni anticipate di trattamento: proposte per un'interpretazione sistematica della l. n. 219 del 2017*, Diritto e Salute, fasc.4/2018
- PICIOCCHI, C., *Dichiarazioni anticipate di trattamento: dare "forma al vuoto" in attesa di una legge*, Rivista AIC, fasc. 2/2016
- PICIOCCHI, C., *Uno sguardo comparato alla disciplina giuridica delle disposizioni anticipate di trattamento*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.3/2018
- PISU, A., *Scelte terapeutiche e protezione degli interessi essenziali del minore nella relazione di cura e nel fine vita*, Giurisprudenza Penale, 1-bis - "Questioni di fine vita", 2019
- POGGI, F., *Il caso Cappato: la Corte Costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.1/2020
- PONZANELLI, G., *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della Corte del New Jersey*, in Foro it., anno 1988, parte IV
- PONZANELLI, G., *La Corte Suprema esclude la garanzia costituzionale del «right to assisted suicide»*, in Foro it., anno 1998, parte IV
- PONZANELLI, G., *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti e il «right to die»*, in Foro it., anno 1991, parte IV
- PRISCO, S., *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito politico*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc. 3/2018
- PULITANO, D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, Diritto Penale Contemporaneo, fasc.7/2018
- RACHELS, J., *Quando finisce la vita finisce. La sostenibilità morale dell'eutanasia*, Sonda, 2007

- RAZZANO, G., *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli Editore - Torino, 2015
- RIDOLFI, A., *Rifiuto delle terapie mediche e testamento biologico in Italia: aspetti problematici e spunti critici*, *Politica del diritto*, Il Mulino, fasc. 4/2011
- RINALDO, M., - CICERO, C., *La dignità del morire, tra istanze etiche e giuridiche*, *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc.3/2018
- RODOTA', S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012
- ROMANO, C., *Le disposizioni anticipate di trattamento*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n.136-2018/C
- ROSSETTO, V., *Diritto a morire: artt. 579 e 580 Codice Penale e Legge n.219/2017. Necessità di riforma alla luce del nuovo consenso informato e dall'esclusione da responsabilità penale dei soli medici*, *Giurisprudenza Penale*, 1-bis "Questioni di fine vita", 2019
- SANTOSUOSSO, A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, anno 1991, Parte IV
- SANTOSUOSSO, A., *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n.219/2017*, *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc.1/2018
- SMORTO, G., *Note comparatistiche sull'eutanasia*, *Diritto e questioni pubbliche*, 2007
- SPOTO, G., *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in *Europa e dir. priv.*, fasc.4/2011
- SUANNO, M., *Eutanasia e suicidio assistito. L'accertamento della capacità nei pazienti malati di demenza e disturbi mentali*, *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n.3/2016
- TORRONI, A., *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, *Rivista del Notariato*, fasc. 2/2018
- TRIPODINA, C., *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, *Giur. Cost.*, fasc. 5/2008
- VENTURELLI, A., *La capacità di disporre per testamento*, Giuffrè, 2009
- VERONESI, P., *La pianificazione condivisa delle cure*, *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc.1/2018
- VERONESI, U., *Il diritto di morire: la libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Mondadori, 2005

- VESHI, D., *La legge tedesca sul consenso informato: interpretazione delle corti tedesche e comparazione con la normativa italiana*, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc. 2/2015
- VIAFORA, C., *La sedazione in fase terminale, parte integrante delle cure palliative. Un commento all'art.2 della Legge 219, 22 dicembre 2017*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.1/2018
- VICECONTE, N., *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle corti italiane*, Rivista AIC, fasc.1/2011
- VISENTIN, D., *La legge olandese sull'eutanasia: un esempio da seguire?*, Dir. famiglia, 2002
- VOCATURO, S., *La volontà del soggetto nell'ambito dell'advance Health care planning: brevi riflessioni in tema di testamento biologico*, Riv. notariato, fasc.4/2007
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Einaudi, 1992
- ZAMPERETTI, N., *La formazione del personale sanitario*, BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, fasc.1/2018