

Matricola n. 0000582480

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

**LE QUESTIONI DEL *FINE VITA* TRA
DIRITTO POSITIVO ED ETICA
RELIGIOSA**

Tesi di laurea in DIRITTO ECCLESIASTICO

Relatore

Prof. Andrea Zanotti

Presentata da

Beatrice Marconi

Sessione II

Anno Accademico 2017/2018

Indice

Introduzione.....	3
--------------------------	----------

I Le dinamiche del fine vita e la loro evoluzione.

1. Eutanasia: cenni sull'evoluzione storica e tipologie.....	8
2. Sviluppo della bioetica, etica morale e cultura.....	20
3. Dal paternalismo medico all'alleanza terapeutica.....	32

II Evoluzione normativa e giurisprudenziale italiana: casi a confronto.

4. Legislazione italiana e tutela della salute: l'art. 32 Cost.....	44
5. Il paziente capace e consenziente: "caso Welby".....	56
6. Il paziente incapace: "caso Englaro".....	68
7. La legge n. 06/2004 e i "casi Modena".....	83
8. Il d.d.l. Calabrò e la legge n. 38/2010.....	95

III Soluzioni e confronti: Chiesa Cattolica e Legislatore italiano.

9. Posizione della Chiesa Cattolica sul <i>fine vita</i>	110
10. Il caso di Marco Cappato e di Dj Fabo.....	121
11. La legge n. 219/2017 (artt. 1 e 2).....	132
12. Articoli dal 3 all'8 e DAT.....	144
Conclusioni.....	157
Bibliografia.....	160

Introduzione

La tematica del *fine vita*, e di conseguenza dell'eutanasia, è sempre stata e ancora oggi è oggetto di ampio dibattito su vari livelli; non interessa infatti solo il mondo giuridico ma anche quello medico-scientifico, filosofico-morale e religioso, fino a salire in tempi più recenti agli onori della cronaca, mobilitando l'opinione pubblica.

Tale fenomeno trae origine in tempi antichi e il termine stesso *eutanasia* ha visto un mutamento di significato nel tempo, arrivando ad assumerne diversi e ad indicare fattispecie che variamente si atteggiavano.

Il significato etimologico della parola è di derivazione greca ed è quello di *buona morte*, dal greco appunto εὐθανασία, composto di εὖ-, *bene* e θάνατος, *morte*, ma fu introdotta solamente all'inizio del XVII secolo dal filosofo inglese Francis Bacon; essa stava ad indicare un *modus* di raggiungimento della conclusione della vita che era sì *naturale* ma che prevedeva per i malati inguaribili il patimento minore possibile.

Solo successivamente e nel linguaggio più comune si è giunti ad identificarla generalmente nella condotta del terzo che con propria intenzione ed interesse procura, attraverso una azione o una omissione, la morte di un altro soggetto, in totale o parziale assenza di dolore.

Questa accezione del termine però non può risultare esaustiva poiché esclude una serie di casistiche che potrebbero essere ricomprese nella definizione stessa di eutanasia.

Tradizionalmente, i casi che identificano il fenomeno eutanasi possono essere raggruppati in via generica in due macro-gruppi: uno è quello dell'eutanasia *collettivistica* e l'altro di quella *individualistica*¹.

L'eutanasia *collettivistica* è quella posta in essere per realizzare un fine di pubblica utilità, da cui la collettività possa trovare giovamento: non prevede la prestazione del consenso dei soggetti interessati e si attua ad ampio raggio.

Essa ricomprende varie tipologie, come quella *eugenica*, *economica*, oppure *criminale*, o *sperimentale*, o ancora *profilattica* e infine *solidaristica*².

Quella che per il presente elaborato riveste maggiore interesse però è il secondo gruppo, quello dell'eutanasia *individualistica*, detta anche *pietosa*; tale è quella realizzata per il sentimento di pietà verso lo stato particolare in cui versa il soggetto che vi viene sottoposto: può essere consensuale o non consensuale ed ha valenza solo per la singola persona.

Si suddivide ulteriormente in: *attiva* (o positiva, o diretta) e *passiva* (o negativa, o indiretta) a seconda che il soggetto agente ponga in essere un comportamento attivo-commissivo oppure omissivo o interruttivo.

La categoria *individualistica* racchiude tutte le condotte che generalmente possono essere definite come "uccisione indolore posta in essere per un sentimento di compassione nei confronti del particolare stato in cui versa la vittima"³.

Anche tale definizione risulta ancora troppo vaga e incapace di abbracciare casi troppo eterogenei e diversi tra loro, non essendo esaustiva rispetto allo sviluppo dal punto di vista storico e all'evoluzione del concetto di *fine vita* dovuto al susseguirsi delle varie epoche e dei mutamenti di concezione⁴.

¹ Ferrando MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penali*, UTET Giuridica, Torino, 1990, pp. 422 e segg.

² Ibidem.

³ Ferrando MANTOVANI, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Archivio giuridico*, fasc. 1, 1970, pp. 37 e segg.

⁴ Chiara TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, p. 28.

Si approfondirà quindi l'aspetto religioso, strettamente collegato al dato storico; in particolare ci si occuperà della posizione della Chiesa Cattolica, spesso influenzando le scelte dello Stato italiano, e non solo, su temi così eticamente sensibili.

Come si vedrà, la Chiesa Cattolica si dimostrerà contraria a qualsiasi forma di eutanasia, sia essa *attiva* o *passiva*, dimostrando però un'apertura nei confronti del ricorso a cure sostitutive, non finalizzate alla guarigione ma al controllo dei sintomi, e accettando moralmente l'utilizzo di analgesici, per sedare il dolore, anche se ciò comporti, come effetto secondario e indesiderato, l'abbreviamento della vita del paziente, in virtù della dottrina del *doppio effetto*⁵.

La stessa Chiesa consente invece di sospendere, su esplicita richiesta del paziente, le procedure mediche a cui è sottoposto le quali risultino ormai troppo gravose o sproporzionate rispetto ai risultati attesi, rifuggendo ciò che si configuri come *accanimento terapeutico*⁶.

Non solo: si sonderà anche il terreno della pratica clinica e del concreto rapporto che lega i pazienti degenti in strutture ospedaliere, soprattutto quelli in stato terminale, ai professionisti sanitari che li hanno in carico e si vedrà in virtù di quali valori questi ultimi orienteranno il proprio operato.

All'interno di un panorama così variamente delineato lo Stato italiano come affronta, o evita di affrontare, il problema del *fine vita*?

Nella ricerca del fondamento giuridico a quali principi essenziali ci si dovrà appellare?

Da una parte si approfondirà il diritto in vigore nell'ordinamento, tanto di livello costituzionale, con una serie di articoli che sanciscono diritti individuali imprescindibili, tra tutti l'articolo 32 Cost., quanto quello positivo vigente, nella

⁵ PIO XII, *Risposte a tre quesiti religiosi e morali concernenti l'analgesia*, 24 febbraio 1957.

⁶ SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull'eutanasia*, 1980.

fattispecie alcuni importanti pronunciamenti del legislatore a tutela dei soggetti più deboli e sprovvisti di protezione⁷.

Dall'altra parte si parlerà dei casi giurisprudenziali più eclatanti, anche a livello pubblico, che crearono importanti precedenti in tema di esercizio legittimo del diritto al rifiuto alle cure, ossia della possibilità di sospendere o rifiutare trattamenti sanitari invasivi, ed in generale alla propria autodeterminazione.

Si tratterà in particolare del caso di Piergiorgio Welby, in qualità di paziente in grado di esprimere la propria volontà poiché cosciente e capace, e di quello di Eluana Englaro, come paziente incapace ed incosciente, le cui disposizioni dovevano essere soggette a ricostruzione; si vedrà come i giudici cercarono di affrontare il *consenso* del paziente e di fornire una risposta insindacabile e condivisa sul tema in questione.

Pur non essendosi ancora espresso direttamente e positivamente sul *fine vita*, diversamente da altri Paesi, il legislatore italiano si è più volte pronunciato, come detto sopra, sulla tutela dei soggetti più fragili e maggiormente bisognosi di protezione giuridica.

Rilevanti risultano l'intervento legislativo del 2004 per l'istituzione della figura dell'amministratore di sostegno, sorretta dalla prassi giurisprudenziale sulla garanzia di tutela ed attuazione di volontà espresse prima di versare in uno stato di incoscienza ed incapacità, ma anche la regolamentazione delle cosiddette *cure palliative* e della *terapia del dolore* nel 2010, in termini sì di alleviamento del dolore del paziente ed accompagnamento verso una morte dignitosa, ma più che altro come antidoto all'eutanasia e come pratiche condivisibili generalmente, non suscettibili di creare tensioni a livello parlamentare.

Come si può evincere da tale compagine, il confine tra lecito ed illecito risulta essere davvero labile.

⁷ Tra i principali, oltre all'art. 32 Cost. sulla *tutela della salute*, gli artt. 2 sui *diritti inviolabili* dell'uomo, e 13 Cost. sulla *libertà personale*.

Uno spiraglio verso una normazione puntuale del *fine vita*, oltre i fallimentari tentativi precedenti, parrebbe essersi aperto grazie alle nuove risultanze sempre sul piano giurisprudenziale e normativo.

L'ultima parte dell'elaborato infatti verterà sul recente caso di cronaca, tutt'altro che concluso, di dj Fabo e del suo *suicidio assistito* in terra elvetica, atto ad evidenziare la profonda lacuna ed inerzia dello Stato di fronte alle sofferenze ed alle richieste dei propri cittadini, nonché sulla nuova legge n. 219, in vigore da gennaio 2018, sul *consenso informato* e sulle DAT, che non legalizza né l'*eutanasia* né il *suicidio assistito*, ma nemmeno li vieta esplicitamente.

In questa, come si vedrà più avanti, l'assenza di limiti e di condizioni, nonché la formulazione generica, non consente letture univoche circa il campo stesso di applicazione della norma, ma soprattutto allarga l'ambito dei ricorsi giudiziali per consentire al giudice di dirimere soluzioni problematiche.

Saranno dunque sufficienti ed esaustive la disorganica legislazione insieme alle isolate pronunce giurisprudenziali a disciplinare in modo indiscutibile la tematica del *fine vita*, con tutte le perplessità ad essa legate, oppure le numerose parti coinvolte si sentirebbero maggiormente tutelate e sicure nelle proprie scelte attraverso una legge *ad hoc*?

I Le dinamiche del *fine vita* e la loro evoluzione.

1. Eutanasia: cenni sull'evoluzione storica e tipologie. 2. Sviluppo della bioetica, etica morale e cultura. 3. Dal paternalismo medico all'alleanza terapeutica.

1. Eutanasia: cenni sull'evoluzione storica e tipologie.

L'eutanasia dal punto di vista storico ha origini molto lontane: il termine stesso deriva infatti dal greco εὐθανασία, composta da εὖ-, *bene* e θάνατος, *morte* e letteralmente significa *buona morte*; aldilà del suo significato testuale appare più arduo darne uno univoco dal punto di vista semantico, rendendo impossibile una definizione unitaria e tipizzata nelle diverse epoche storiche. Da alcune fonti dell'antichità classica emerge un concetto di *buona morte* ben lontano da quello odierno: si è passati dall'intendere il trapasso come evento sereno e tranquillo, ma sempre naturale, ad una evidente polisemia, descrivendo situazioni e condotte che spesso differiscono e si pongono in contrasto tra di loro.

In realtà, anche nello stesso mondo antico si può notare una eterogeneità del vocabolo, il quale assume significati diversi in base al caso concreto ma che non intende mai un fenomeno volontariamente provocato e avulso dalla sfera della naturalità, né tantomeno ha connotazioni etico-morali.

Nel periodo greco infatti distinguiamo tra conclusione della vita per così dire *eroica* e gloriosa, per il guerriero⁸ in battaglia, ma anche dolce e priva di dolore fisico per gli altri individui, possibilmente nella propria dimora e attorniti dai propri cari. Ciò che unisce queste condotte è la nobiltà del gesto e la dignità nell'accettare una fine inevitabile e pur sempre tragica ma vista positivamente. Tra i vari autori classici non si può non menzionare Platone, considerato il primo teorizzatore del concetto di eutanasia, sebbene non abbia mai

⁸ OMERO, *Iliade*.

espressamente utilizzato il termine né specificato le metodiche della sua realizzazione; più precisamente egli fa riferimento ad un preciso tipo di eutanasia, consistente nell'abbandono di soggetti fisicamente e psicologicamente deboli, come bambini affetti da deformità e malattie e anziani, a scopo economico ed eugenetico: da un lato la società si liberava di questi soggetti considerati parassiti e materialmente incapaci di provvedere ad essi stessi ed al contempo si realizzava l'intento di migliorare la specie⁹. Questa forma di eutanasia però non corrisponde ad un intervento attivo sulla persona ma ad un "lasciar morire" questi individui nell'ottica di un supremo interesse dello Stato, la collettività in cui è inserito ogni uomo e a cui egli deve essere *funzionale*.

Una concezione tutt'altro che utilitaristica della morte ma fortemente incentrata sulla sfera individuale umana affiora dalle parole del padre della medicina, Ippocrate, il cui famoso *Giuramento* recita: "Non somministrerò ad alcuno, neppure se richiesto, un farmaco mortale, né suggerirò un tale consiglio; similmente a nessuna donna io darò un medicinale abortivo"¹⁰. Il codice deontologico ippocrateo quindi prevede che ogni medico debba rispettare precise regole e comportamenti che sono considerati etici nonché coerenti con la finalità propria della medicina, la cura dei malati.

La medesima pratica utilitaristica economica ed eugenica è riscontrabile altresì in epoca romana: una "leggenda" arcaica narra che l'individuo ultrasessantenne, divenuto ormai anziano e non più utile né ad esso stesso né alla comunità, in casi di scarsità di cibo venisse eliminato fisicamente¹¹.

Questa visione più pratica e prosaica della vita e dei suoi problemi viene parzialmente respinta in epoca più tarda, col fiorire delle varie correnti filosofiche: da una parte il suicidio è inteso come espressione di utilità

⁹ PLATONE, *La Repubblica*.

¹⁰ IPPOCRATE, *Il Giuramento*.

¹¹ Giovanni LUCHETTI, Daniela MASINI, Fabiana MATTIOLI, *Spunti per un'indagine sull'eutanasia nel mondo antico*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, *Eutanasia e Diritto: confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 33.

famigliare e sociale, dall'altra invece l'autoinfliggersi la morte è manifestazione di libertà dal dolore e per questo legittima e giustificabile.

Due esempi delle diverse posizioni sono dati dal pensiero di due illustri filosofi, Seneca e Cicerone; il primo è convinto che l'esistenza umana sia connotata da un senso "collettivo" e la rinuncia ad essa deve necessariamente avere un'utilità sociale, non potendo essere accettata la condotta suicidiaria come libera determinazione individuale. Di opposto avviso è l'Arpinate che, sostenendo la visione deterministica della vita, riconosce l'impossibilità per l'uomo di sottrarsi al proprio destino, volontà divina più che arbitrio umano, ma che possiede la facoltà di liberare l'anima dalla prigionia del corpo e da una vita ormai insopportabile¹².

Spostandosi dal piano etico-filosofico a quello giuridico si può notare che non risulta nessuna esplicita disciplina del fenomeno eutanasi, quanto più l'interesse è posto sulla repressione e sanzione di condotte criminose, come l'omicidio, apparendo trascurabili il consenso o il fine pietistico.

La tradizione giudeo-cristiana invece rigetta in modo categorico l'eutanasia, considerata alla stregua di un omicidio o un suicidio, condannandola come atto contrario alla "sacralità della vita" quale dono di Dio e per l'uomo indisponibile. Questa posizione dipende dalla visione che ha il cristianesimo della sofferenza fisica e morale vissuta e accettata in unione alla passione di Cristo, diventa espiazione del peccato e riscatto spirituale per l'uomo.

Tra i Padri della Chiesa eloquente è la testimonianza di Sant'Agostino d'Ippona che, scrivendo a Dulcizio, tribuno e commissario imperiale a proposito del quinto comandamento, *non uccidere*, parla così: "Non è mai lecito uccidere un altro: anche se lui lo volesse, anzi se lo chiedesse perché, sospeso tra la vita e la morte, supplica di essere aiutato a liberare l'anima che lotta contro i legami del corpo e desidera distaccarsene; non è lecito neppure

¹² Ibidem, pp. 36-39.

quando il malato non fosse più in grado di vivere”¹³. Qui la condanna al “suicidio assistito” ed all’eutanasia è assoluta e categorica. La medesima censura rinviene in un ulteriore suo passo, contenuto nell’opera *De civitate Dei*, che recita: “[...] Rimane dunque che s'intenda dell'uomo il detto *Non uccidere*, quindi né un altro né te. Chi uccide se stesso infatti uccide un uomo”¹⁴. Ciò che viene offerta è una visione estensiva dell’omicidio che viene in questo modo assimilato al suicidio; e ancora: “...è responsabile del reato di omicidio chi uccide se stesso o un altro individuo”¹⁵.

San Tommaso D’Aquino sulla questione se sia lecito o meno il suicidio risponde che è assolutamente illecito per tre motivi; il primo perché “per natura ogni essere ama se stesso e ciò implica la tendenza innata a conservare se stessi e a resistere per quanto è possibile a quanto potrebbe distruggerci. Perciò l’uccisione di se stessi è contro l’inclinazione naturale, e contro la carità con la quale uno deve amare se stesso. E quindi il suicidio è sempre peccato mortale, essendo incompatibile con la legge naturale e con la carità”. Il secondo perché “la parte è essenzialmente qualche cosa del tutto. Ora, ciascun uomo è parte della società e quindi è essenzialmente della collettività: uccidendosi fa un torto alla società”. Il terzo e ultimo vede la vita come dono divino che “rimane in potere di colui il quale *fa vivere e fa morire*, perciò chi priva se stesso della vita pecca contro Dio”¹⁶.

Il filosofo e teologo domenicano rispetta pienamente la dottrina cristiana di sacralità dell’esistenza umana sostenendo l’appartenenza divina del giudizio di vita e di morte, secondo la Scrittura: "Sono io a far morire e far vivere".

L’età medievale, a differenza di quella antica, fu completamente incentrata su questa visione peccaminosa della soppressione volontaria del più grande dono che Dio ci ha concesso, la vita e solo nel passaggio all’età moderna si

¹³ AGOSTINO, *Epistola 204*, 5.

¹⁴ AGOSTINO, *De civitate dei*, I, 20.

¹⁵ AGOSTINO, *De civitate dei*, I, 21.

¹⁶ Tommaso D’AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, qu. 64, a 5 co.

riaprirà il dibattito sull'eutanasia ponendone la basi per la formulazione del suo moderno concetto ma solo da un punto di vista morale: si può considerare lecito provocare la morte diretta e volontaria di un malato per porre fine alle sue sofferenze?

La vera svolta in questo senso è data dal pensiero del filosofo britannico Thomas Hobbes con la definizione che dà di "diritto naturale"¹⁷.

Secondo la sua visione antropocentrica, il diritto naturale, inteso come potere riconosciuto al singolo, permetterà a questo di utilizzare tutto ciò che è in proprio potere per realizzare quello che è maggiormente adatto ai propri scopi e quindi sviluppando la propria "coscienza individuale". La ricerca della felicità individuale scardina completamente l'etica cristiana e riporta l'uomo ad una posizione di primazia e di centralità della propria condotta. Si fa strada così la moderna idea di eutanasia che vede tra i suoi più celebri sostenitori Thomas More e Francis Bacon.

Il pensatore anglosassone, Thomas More, si occupa del problema per così dire "morale" dell'eutanasia incentrando la propria analisi su questo fenomeno dal punto di vista dei diritti del malato inguaribile; egli non utilizza esplicitamente il termine ma lo tratta secondo una doppia visione: da una parte attribuisce alla *dolce morte* una connotazione eugenetica ed economica, già percorsa precedentemente, in quanto l'individuo senza speranza di guarigione è considerato non solo inutile ma addirittura un peso per la società di cui non deve farsi carico; dall'altra vede nell'eutanasia una finalità pietosa, terapeutica, come liberazione dalle sofferenze individuali¹⁸.

Questa anticipazione troverà la sua espressa teorizzazione con l'avvento del pensiero del filosofo britannico Francis Bacon che è il primo ad usare esplicitamente il termine *eutanasia* nel suo saggio *Sull'avanzamento e sul*

¹⁷ Andrea PADOVANI, *L'eutanasia nella crisi del pensiero occidentale*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, cit., p. 10.

¹⁸ Thomas MORE, *Utopia*, 1516, 97-98.

progresso del sapere umano e divino, circoscrivendolo però al solo rapporto medico-paziente¹⁹.

Egli introduce il termine nel linguaggio della moderna scienza medica nel suo significato etimologico di *buona morte* priva di dolori insopportabili e in ciò il medico ha l'obbligo deontologico di non abbandonare il paziente ma anzi di assisterlo ed "accompagnarlo" nel trapasso, vietandogli però qualsiasi condotta commissiva di soppressione diretta che andrebbe ad alterare l'ordine naturale delle cose; gli è concesso semmai l'utilizzo di pratiche o medicinali atti a *mitigare il dolore* dovuto alla malattia applicando "scrupolosamente i rimedi particolari che, secondo la loro proprietà, convengono ora all'una, ora all'altra delle malattie"²⁰.

Successivamente diverse correnti di pensiero relative a suicidio e fine vita prendono piede e dividono il pensiero etico tra chi considera il suicidio come atto contrario alla moralità e al naturale decorso della vita, avvicinandosi così alla posizione cattolica di eutanasia come condotta sacrilega, e chi invece sostiene che la vita umana non sia un bene assolutamente indisponibile, ma anzi accoglie la liceità del cosiddetto *suicidio razionale*.

Tra i sostenitori del primo filone troviamo Immanuel Kant con la sua filosofia pratica nel Settecento e nel secolo successivo Friedrich Hegel, per il quale il suicidio è da considerarsi come atto assolutamente immorale²¹.

In antitesi a questa concezione si trova la linea etica assunta dal filosofo David Hume che afferma la liceità e giustifica la interruzione della vita verso individui che si trovino in condizioni non più umanamente sostenibili²².

Da qui l'evoluzione del concetto di eutanasia in differenti significati che vanno dalla semplice soppressione dell'esistenza ma anche al sostegno ed accompagnamento alla morte del malato non più curabile; il concetto di *dolce*

¹⁹ Giovanni LUCHETTI, Daniela MASINI, Fabiana MATTIOLI, cit., p. 24.

²⁰ Francis BACON, *Della dignità e del progresso delle scienze*, 1623.

²¹ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, 1807.

²² David HUME, saggio *Sul suicidio*, 1777.

morte comincia a venire associato a “uccisione pietosa” anche coadiuvata da un intervento medico dietro consenso del paziente.

Il dibattito critico svoltosi fino a questo momento viene però riconsiderato nel '900 a seguito dell'emanazione di una serie di leggi di stampo nazista preposte a promuovere l'eutanasia a fini razziali e eugenetici; tra di esse si annoverano due leggi del 1933, la “Legge per la protezione dei caratteri ereditari” e la “Legge sulla prevenzione della nascita di persone affette da malattie ereditarie”, nonché l'inizio del vero e proprio processo eutanasiaco da parte di Adolf Hitler, l'*Aktion T4*, programma che prevedeva l'eliminazione fisica, dietro responsabilità medica, di persone affette da malattie genetiche inguaribili e gravi disturbi mentali, considerati portatori di vite non degne di essere vissute. La morte sociale e l'eutanasia eugenica vennero così compiutamente realizzate per raggiungere l'agognata salute razziale.

Questo grave precedente da un lato ha creato diffidenza, diffondendo un atteggiamento restio rispetto ad un'eventuale legislazione favorevole all'eutanasia e dall'altro ha causato una trattazione confusa e fortemente fondata sull'emotività, complicando il quadro morale e non fornendo mai un approccio univoco della questione²³.

Alla luce di questo quadro complesso appare arduo dare una puntuale definizione del fenomeno eutanasiaco perciò, anche in virtù della riflessione bioetica recentemente sviluppatasi, è necessario distinguere tra i diversi tipi di eutanasia e distanziarla dalle ulteriori modalità di porre fine all'umana esistenza.

Il panorama si presenta quanto mai variegato poiché la parola stessa “eutanasia” è fortemente ambigua; al di là del suo significato etimologico, già precisato, di *buona morte*, nel corso dei secoli il suo concetto è variamente mutato, essendo possibile ricondurvi fenomeni molteplici.

²³ Eugenio LECALDANO, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Enciclopedia Treccani, versione online, 1993.

Alla già trattata eutanasia *eugenica* o *eugenetica*, soppressione di esseri problematici dal punto di vista fisico o psichico allo scopo di migliorare la specie, e quella *economica*, ossia uccisione di invalidi, malati inguaribili o anziani con il fine utilitaristico di alleggerimento della società di individui improduttivi, inutili o inadatti, si aggiungono ulteriori tipologie. Si parla di eutanasia *criminale* per indicare l'eliminazione fisica di soggetti considerati socialmente pericolosi, oppure di eutanasia *sperimentale*, atta a sacrificare persone a favore del progresso medico-scientifico. Ancora si prospetta l'eutanasia per arginare la possibilità di un contagio epidemico, detta *profilattica*, fino alla soppressione a scopo terapeutico per salvare la vita di altri, chiamata eutanasia *solidaristica*²⁴.

Al di là dell'articolato quadro finora esposto, la forma più attuale e comune di questo fenomeno è quella che viene chiamata eutanasia *individualistica pietosa*. Con questo termine si intende l'uccisione presumibilmente indolore realizzata in virtù del sentimento di compassione nei confronti dello stato di salute particolare in cui versa il soggetto destinatario. Si deve tenere conto che nel tempo il concetto di *buona morte* è mutato sensibilmente rispetto al passato compiendo una svolta, una vera e propria rivoluzione in tempi recenti: dall'antichità greco-romana fino all'*Euthanasieprogramm* tedesco punto di partenza era un presupposto utilitaristico, a favore della collettività e dello Stato per i quali il singolo doveva essere necessariamente sacrificato; il presente, all'opposto, vede la morte eutanasiaca dell'individuo come atto liberale e umanitario, una pratica individuale e altruistica.

Per definire al meglio questa figura specifica di eutanasia bisogna operare una serie di differenziazioni utili per comprenderla meglio.

La prima tradizionale distinzione riguardo all'eutanasia pietosa è quella tra eutanasia *attiva* ed eutanasia *passiva*: con la prima si intende provocare in

²⁴ Chiara TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 17-19.

modo diretto e specifico la morte del paziente mentre la seconda espressione definisce il non fare quanto invece sarebbe necessario per tenerlo in vita, causandone il decesso indirettamente. Si ha quindi da una parte un “uccidere” e dall’altra un “lasciar morire”.

Questo distinguo tra eutanasia *positiva* e *negativa* appare assai riduttivo ed insufficiente a specificarne il significato in quanto poco calzante con la situazione odierna del progresso scientifico; principalmente si riferiva a situazioni del passato legate all’arretratezza tecnica e non teneva conto degli sviluppi in campo scientifico e dalla sempre maggiore complessità dei trattamenti medici²⁵.

Appare oggi più opportuno tenere presenti altri profili più idonei a qualificare questo tipo di eutanasia, di gran lunga più attuali.

Il primo criterio considerato è la condotta dell’agente che oppone l’eutanasia per *omissione* a quella per *commissione*; il secondo punto di vista invece considera la volontà del paziente: si distingue in eutanasia *volontaria*, *non volontaria* e *involontaria*²⁶.

Nel binomio commissione/omissione, il primo termine si riferisce alla soppressione provocata attivamente, al compimento di un atto che provoca ed ha come conseguenza la morte della vittima, sempre sorretta dal movente compassionevole. L’eutanasia per omissione invece riguarda il non fare, non intervenire, nell’ambito di un’operazione che si sarebbe potuto compiere a scopo conservativo della vita, provocando la morte del soggetto.

Nella prima forma di eutanasia, quella per commissione, la scriminante tra la liceità e l’illiceità della condotta in questione è l’intenzione dell’agente, la sua disposizione interiore e ciò che rileva è l’azione *diretta* o *indiretta* dell’uccisione; l’uccisione diretta è quella cagionata da un atto perseguito dall’agente per cui la morte è prevista ed intenzionale, oppure è il fine primario

²⁵ Ibidem, p. 35.

²⁶ Eugenio LECALDANO, op. cit.

o secondario al raggiungimento di altri scopi. Questa tipologia è al centro di una controversa e accesa discussione circa la sua liceità, al contrario della sua forma contrapposta, quella indiretta, considerata invece azione lecita e a volte addirittura doverosa. Per eutanasia indiretta si intende quel tipo di uccisione che benché sia possibilmente prevista non è assolutamente voluta dal soggetto agente.

Da questa bipartizione ha preso corpo una particolare dottrina, quella denominata del *doppio effetto*, secondo cui se da una azione o omissione finalizzata all'alleviamento delle sofferenze di un malato grave, azione positiva, viene provocata una conseguenza non desiderata come la morte, azione negativa, sono da considerare entrambe lecite, in virtù di un bilanciamento di valori. Di questa teoria se ne parlerà più approfonditamente in seguito a proposito della cosiddetta *terapia del dolore*.

La seconda forma qui analizzata, quella omissiva, vede come scriminante l'elemento della doverosità dell'intervento omesso, parlando così di mezzi *ordinari e straordinari*. Omettere di fare qualcosa che si potrebbe o dovrebbe fare tendenzialmente equivale, per il nostro ordinamento, ad una condotta illecita e fonte di responsabilità penale²⁷. Vi sono casi però in cui questi doveri incontrano limiti e corrispondono a casi in cui tanto l'omissione quanto la commissione vengono giustificate per la realizzazione di un obiettivo superiore. Tra questi casi sono annoverati la *sospensione del dovere* del personale medico in cui il paziente rifiuta trattamenti salvavita o si oppone a terapie che configurerebbero accanimento terapeutico²⁸.

Tradizionalmente a questo proposito si opera la suddivisione tra trattamenti sanitari *ordinari e straordinari*; il rilievo sul piano morale e giuridico è tra pratiche obbligatorie e pratiche solo opzionabili e consentite, le quali possono essere omesse o sospese all'occorrenza. Non esiste un elenco tassativo di

²⁷ Art. 40, co. 2 codice penale, *Rapporto di causalità*: "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

²⁸ Chiara TRIPODINA, op cit., pp. 40, 41.

mezzi ordinari e straordinari ma devono essere valutati, caso per caso, tanto i costi economici quanto i risultati medici sperati: tra i criteri a discriminare possono esservi la tradizionalità o l'eccezionalità dei trattamenti, oppure l'utilità o meno delle pratiche adottate.

Il secondo e ultimo parametro utilizzato per qualificare l'eutanasia è quello della volontà del paziente, del consenso prestato o non reso.

Si deve precisare come l'eutanasia *volontaria* sia quella operata in modo attivo sul morente che la abbia espressamente e validamente richiesta: il caso è quello del paziente terminale che, cosciente e capace di intendere e di volere, dopo essere stato correttamente informato richiede di essere aiutato a morire, in modo attivo o passivo, al personale sanitario competente e che questi accetti di soddisfarlo; rilevante qui è il rispetto dell'autonomia del paziente e del suo potere decisionale.

Per eutanasia *non volontaria*, o senza richiesta, si intende invece la condotta praticata sul paziente che non sia in grado di manifestare la propria volontà: la casistica è quella di un individuo che non sia biologicamente capace di esprimere la sua volontà o di uno che, pur avendo in precedenza avuto la capacità di esprimere una richiesta di morte, la abbia successivamente perduta; in quest'ultima circostanza la possibilità è quella per il malato di ricorrere a un *giudizio sostitutivo* prestato da parenti, amici o un tutore legale, sempre congiuntamente ad un medico.

L'ultima tipologia, l'eutanasia *involontaria*, ricorre qualora un essere umano subisca un intervento eutanasiico indipendentemente dalla propria volontà o perché non gli sia stato chiesto di esprimerla o, pur in condizione di farlo, non abbia prestato o addirittura negato il consenso.

Queste ultime due situazioni risultano assai controverse e la dottrina non assume mai una posizione unanime a riguardo, non potendole associare spesso ai casi di eutanasia pietosa in quanto assenti o la constatazione della sofferenza fisica del malato o la prossimità del decesso.

In conclusione va segnalata una fattispecie che concettualmente si avvicina molto a quella di eutanasia attiva diretta ossia quella dell'*aiuto al suicidio*, o in altri termini del *suicidio medicalmente assistito*. Ci si trova di fronte al caso di un medico che prescrive medicinali in dosi letali e che eventualmente può anche preparare tutto il necessario per la somministrazione ma lascia che l'estremo atto sia compiuto dal paziente stesso con ciò integrandosi un vero e proprio atto suicida da parte del malato terminale. Il medico non compie mai una azione attiva, sebbene preveda in modo chiaro le conseguenze del suo gesto, ma si limita ad "aiutare a morire" il richiedente, mosso da un movente pietistico.

Il tema non manca di essere oggetto di un forte dibattito a livello internazionale, tanto per motivi etici quanto religiosi, nonché il fatto che la condotta autoeliminataria non è sanzionata penalmente dall'ordinamento italiano ma è codificata una fattispecie, quella ex art. 580 codice penale, che è rubricata *Istigazione o aiuto al suicidio*.

La norma in esame punisce chiunque "determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione" violando il diritto alla vita e all'interesse pubblico sotteso, considerati indisponibili e di elevato interesse sociale e politico.

I recenti sviluppi normativi sembrano mitigare questa perentoria posizione dello Stato: alla luce della nuova legge sul Biotestamento e del recente e famoso caso del suicidio assistito di Dj Fabo, si potrebbe concludere che il bene vita considerato bene indisponibile venga temperato dal diritto a una morte dignitosa garantito al singolo e con ciò la vita si trasformi, a determinate condizioni, in disponibile.

È da precisare che la normativa vigente, anche considerando quella recente, non prevede né autorizza l'eutanasia né tantomeno il suicidio medicalmente assistito, ma il fatto che renda possibile la rinuncia ad alcuni trattamenti sanitari come pratiche di nutrizione o idratazione, traguardo raggiunto non senza lunghe battaglie e casi eclatanti, fa ben sperare che il nostro Paese possa

aprirsi sempre di più verso una maggiore normazione del fine vita, già ampiamente trattato e legalizzato in altre nazioni.

2. Sviluppo della bioetica, etica morale e cultura.

La visione del fenomeno eutanasi dal punto di vista etico-morale si informa su una serie di valori attorno alla vita che, traendo la loro origine da un contesto prettamente storico-religioso, in via di principio sono volti alla sua promozione e alla valorizzazione del suo significato.

Con il trascorrere degli anni però e in virtù dei cambiamenti sociali e scientifici incorsi, tale visione consolidata nel tempo è stata messa in discussione generando tutta una serie di problemi morali nella compagine odierna.

L'etica infatti risulta fortemente collegata alla tematica relativa alla fase finale della vita e questo in relazione a due importanti rilievi: il primo è che in tema di *fine vita* le molteplici possibilità di intervento determinano altrettante possibilità di scelta, dipendenti a loro volta da diversi fattori di importanza morale; il secondo rilievo riguarda la medicina moderna e il progressivo potere acquisito di *controllo sulla morte*, discendendo da decisioni che non incidono solo sul *quando* ma anche sul *come* concludere la propria esistenza²⁹.

I successi medico-scientifici e tecnici, come si vedrà, compiuti col tempo si sono via via accresciuti e hanno espanso il proprio raggio di azione: hanno reso possibile all'uomo di disporre di risorse terapeutiche maggiormente efficaci contro le malattie e di consentire al paziente di decidere del proprio destino in maniera sempre più informata e consapevole, accettando rischi e scontrandosi a volte con valori e diritti personalissimi.

²⁹ Patrizia BORSELLINO, *Le questioni etiche del fine vita*, in CEF – Comitato per l'Etica di Fine Vita, 01 gennaio 2010, p.1.

Le moderne società occidentali, soprattutto nella seconda metà del ventesimo secolo, si sono rese responsabili e al tempo stesso testimoni della trasformazione del modo di affrontare la tematica dell'eutanasia, questo a conseguenza dei profondi cambiamenti verificatisi nelle condizioni del *fine vita* degli esseri umani.

Da un lato il miglioramento della qualità di vita nelle avanzate società industriali che ha portato un prolungamento della vita media ma al contempo un'estensione del periodo di senilità individuale, consolidando la tendenza a trascorrere la conclusione naturale della vita per invecchiamento in strutture ospedaliere, anche attraverso lunghi periodi di degenza in ospizi e con una sopravvivenza in fase terminale spesso garantita artificialmente³⁰.

Dall'altro lato, queste condizioni sociali del *morire* si sono combinate con la mutazione avvenuta a causa dei progressi della medicina, grazie a una strumentazione sempre più potente e perfezionata, in grado di mantenere in vita attraverso l'ausilio di macchinari il soggetto morente³¹.

Così gli esseri umani possono essere fatti sopravvivere anche di fronte a profonde e irreversibili alterazioni delle proprie funzioni biologiche essenziali, quasi sempre correlate ad un deterioramento significativo della propria qualità di vita e di convivenza, anche per lungo tempo, con stati di sofferenza cronicizzati, alle volte riguardanti soggetti privi parzialmente o completamente di autonomia e di coscienza.

In tale contesto si inseriscono dunque le questioni etiche del fine vita, e quindi i problemi di scelta che hanno catturato l'attenzione non solo dei bioeticisti, dei giuristi e degli esercenti professioni sanitarie, ma anche del pubblico.

Tentando di individuare il quadro normativo di riferimento per fornire soluzioni a tali problemi si deve considerare certamente il diritto, come i principi della Costituzione, ma anche i codici di deontologia degli operatori sanitari, che

³⁰ Eugenio LECALDANO, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Enciclopedia Treccani, versione online, 1993.

³¹ Ibidem.

fanno emergere potenziali risposte circa due tipologie di istanze, di *autonomia* e di *umanizzazione*³².

Le prime riguardano l'importanza del principio di volontarietà e di *autonomia* appunto per quanto concerne le cure, più o meno invasive: negli ultimi decenni infatti diverse attività umane essenziali, come quella cardiaca o respiratoria, oppure l'alimentazione e l'idratazione, hanno subito una compensazione artificiale in cui anche per lunghi periodi di tempo le macchine sono chiamate a supplire a funzioni naturali umane, operando *in luogo* della persona stessa. Le seconde invece, quelle di *umanizzazione*, chiamano moralmente il personale medico-sanitario ad assolvere il *dovere* di sollevare i malati ormai prossimi alla conclusione della vita dal dolore, migliorandone la qualità della vita in tutti i modi possibili, non essendo più l'obiettivo l'impedire la morte, in assenza di margini di guarigione, ma di garantirne il benessere a tutto campo. Le riflessioni appena svolte e la metamorfosi in senso democratico dell'etica nelle società progredite oggiimponono sicuramente una riconsiderazione anche delle questioni collegate al problema morale della liceità o meno del fenomeno della *buona morte*. In questo senso, a partire dagli anni settanta del secolo scorso le problematiche relative all'eutanasia, tra le altre questioni morali legate all'avanzamento medico e scientifico, sono divenute oggetto di interesse e di riconsiderazione da parte della *bioetica*, disciplina che si occupa della riflessione sui nuovi problemi etici o sul nuovo modo di presentarsi di vecchi problemi, derivanti dalle recenti acquisizioni in campo medico e biologico.

Come detto, il miglioramento delle condizioni di vita e della qualità dell'assistenza sanitaria hanno prodotto come risultato un progressivo allungamento della vita media e dell'invecchiamento; conseguentemente va fatta una riflessione sul confine dei poteri della medicina moderna e dei suoi confini che, nonostante i risultati ottenuti, è tutt'altro che infallibile, anzi in

³² Patrizia BORSELLINO, *Le questioni etiche del fine vita*, cit., p. 3.

determinate situazioni è costretta alla resa e alla ammissione della propria impotenza.

La medicina moderna dunque non è mai stata chiamata come ora a compiere una serie di ragionamenti, di dimensione etica, sui limiti da porre alle cure che può offrire ai malati, tra questi anche quelli terminali; i suoi nuovi poteri si contraddistinguono infatti per la *profondità* e la *forza* dell'intervento sulla vita, in zone un tempo inaccessibili all'intervento umano e che toccano il valore *simbolico* dei momenti principali della vita³³.

Punto di partenza di una riflessione morale è certamente il concetto di *persona* e del suo significato anche alla luce delle ripercussioni che lo sviluppo della ricerca farmacologica, biotecnologica e clinica, ha su questa e sullo stato di malattia avanzata o di terminalità che la pervade, spesso legati a processi artificialmente e dolorosamente prolungati nel tempo.

In questo senso viene in aiuto l'articolo 1 della *Carta dei diritti dei morenti* che contempla il "[...] diritto di chi sta per morire a essere considerato persona sino alla morte [...]": nel caso di persona avviata alla fine della vita sarà dunque necessario prenderla in carico e assumere una certa responsabilità nei suoi confronti, garantendo una risposta globale riguardo i suoi bisogni fisici, psicologici, sociali e della relazione di aiuto, senza allontanarla dalle regole e dai principi di cui la vita individuale è informata³⁴.

Da qui sorgono i problemi, tanto a livello generale-sociale quanto a livello strettamente clinico, in ordine alla *appropriatezza terapeutica*, al fenomeno dell'*accanimento terapeutico* e alle cure che possono risultare *sproporzionate* rispetto agli obiettivi da raggiungere a seconda della situazione concreta.

È inevitabile compiere una serie di considerazioni per risolvere gli interrogativi legati al tema. Innanzitutto, si deve riflettere sul fatto che l'evoluzione scientifica imponga appunto un continuo riesame attorno a principi etici,

³³ Corrado VIAFORA, *Introduzione*, in C. VIAFORA, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1996, p. 22.

³⁴ Art. 1, *Carta dei diritti dei morenti*, in CEF – Comitato per l'Etica di Fine Vita, 1999.

dovuto alla ridefinizione e al superamento dei limiti biologici già presentato; riguardo ai malati terminali, c'è da interrogarsi su cosa sia *bene* e *giusto* fare nei loro confronti; da ultimo, l'esito del ripensamento di questi principi, sul fare o non-fare, dovrebbe trovare una riformulazione chiara e positivizzata, in modo che non provochi incertezza.

Ai quesiti in esame purtroppo non è garantita ancora una risposta univoca; il dibattito è ancora ampio e sembra che prevalgano valutazioni soggettive e personali, anche influenzate dalle opinioni o dall'orientamento personale, nonché religioso delle persone.

Si deve altresì aggiungere che il ruolo dell'*etica* rispetto al fine vita e alle nuove condizioni del morire, il comportamento che i sanitari dovrebbero seguire nei confronti dei malati sarebbero da far rientrare nella sfera di intervento puntuale da parte del legislatore.

Una certa parte di analisi è certo costantemente svolta dalla *bioetica* che, con i suoi caratteri di multiculturalità e pluralismo, cerca di comprendere le questioni morali originate dai mutamenti che la medicina ha creato circa la malattia, il dolore e le fasi della vita, nascita e morte, che fanno parte della vita stessa e connaturati biologicamente all'essere umano e alla sua natura.

In termini bioetici, in tali situazioni non si può più parlare di *malati* ma di *morenti*, ossia di esseri umani che stanno concludendo il proprio ciclo vitale ma non più in modo puntuale e naturale, ma dilatato in un arco temporale non ben definito legato a supporti della medicina tecnologizzata.

Allora, si può in un contesto simile parlare di un *diritto morale* a morire? La *dignità* personale può rappresentare il peculiare e soggettivo paradigma per valutare la coscienza e la concezione di vita di ciascuno?

Una prima analisi sulle scelte pertinenti al *fine vita* è quella da realizzare circa la trasformazione della *terapia* in *cura*, come liberazione dal *dolore* e dalle sofferenze per i soggetti ormai privi di speranza di guarigione e accompagnamento sereno e dignitoso alla conclusione dell'esistenza, anche

nel senso di limitazione terapeutica, non come atto rientrante nelle condotte eutanasiche attive o passive, ma come atto eticamente doveroso.

Si può dire che la distinzione tra le due tipologie di pratica medica sta nel fatto che la *cura* è un intervento che non è finalizzata a impedire o a prevenire processi patologici ma solamente a soddisfare bisogni fisiologici più o meno basilari e comuni anche a soggetti perfettamente sani, mentre la *terapia* comprende trattamenti che sono volti a impedire o prevenire fenomeni che si classificano come malattie; nella prima rientra il *prendersi cura*, nella seconda il *curare*³⁵.

L'obiettivo morale può dirsi sia quello di migliorare la qualità della vita del paziente con una duplice azione: da una parte si opera sulla sua dimensione strettamente biologica, per alleviarne i sintomi, dall'altra su quella extra-biologica, coinvolgendo aspetti psicologici, spirituali, sociali, e di sostegno alla famiglia³⁶.

Per quanto riguarda invece l'analisi pertinente al dolore, inteso come principale nemico da combattere, anche questo deve essere preso in carico dall'altro in un gesto etico manifestando così tutte le potenzialità di questa operazione di *umanizzazione*³⁷.

Ritornando ora ai poteri di intervento sulla vita, il dibattito gravita attorno ai diversi sistemi di valori nelle *questioni di vita* e al rapporto tra ordine etico ed ordine giuridico; tradizionalmente a livello sociale e culturale esistono diversi modelli³⁸.

Il primo modello si può individuare nel *liberismo*, secondo cui la libertà non è da intendersi in senso generico ma si identifica con quella individuale, che si

³⁵ Ignazio SCHINELLA, *Accanimento e abbandono: una lettura teologica*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, *Bioetica e cura: l'alleanza terapeutica oggi*, Mimesis, Milano, 2014, p. 215.

³⁶ Fabio PERSANO, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2015, p. 71.

³⁷ Emilia D'ANTUONO, *Dolore evitabile ed inevitabile*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, *Bioetica e cura: l'alleanza terapeutica oggi*, Mimesis, Milano, 2014, p. 242.

³⁸ Ferrando MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penali*, UTET Giuridica, Torino, 1990, pp. 424 e segg.

esprime come valore assoluto: ogni persona può ricorrere come meglio crede, liberamente e consapevolmente, alle risorse che ha a propria disposizione con il limite di non ledere la libertà e i diritti altrui, il resto è lecito, anche l'eutanasia, intesa come libera scelta del malato.

Il secondo è quello *sociologico-utilitarista*, in cui il valore della collettività, e quindi della società, prevale su quello della singola persona, che è utilizzabile come *strumento* per fini che esulano dalla sua persona: l'essere umano è *disponibile* e una scelta circa il fine vita sarà accettabile e ritenuta moralmente lecita se promossa in base all'utilità collettiva. Corollario della presente teoria è quello della *disponibilità* della vita, in un'ottica in cui *bene personale* e *bene comune* collimano, senza scontrarsi.

Nel terzo modello, quello *scientista-tecnologico*, l'uomo è considerato, per sua propria natura, capace di intervenire e modificare la realtà, compresa la vita stessa: in quest'ottica però sarà lecito solamente ciò deriverà da una spiegazione razionale.

Da ultimo il modello *personalista*: l'essere umano incarna con la sua essenza un valore etico intangibile: esso non può essere usato per finalità estranee ed esterne a se stesso ma sarà a tutti gli effetti padrone di sé e delle proprie scelte, da rispettare e sostenere; quest'ultima teoria ha come corollario il principio di *indisponibilità* dell'essere umano, principio che crea una distinzione tra *disponibilità manu propria*, ossia disponibilità del corpo attraverso una azione propria, e *disponibilità manu alius*, disponibilità del proprio corpo attraverso un'altrui azione³⁹.

La prima è giuridicamente lecita e tollerata, dato che addirittura secondo alcuni "l'esistenza del diritto al suicidio" potrebbe "essere affermata quale diritto inviolabile [...] concesso", mentre la seconda è giuridicamente illecita indipendentemente dalla manifestazione del proprio consenso⁴⁰.

³⁹ Ibidem, p. 425.

⁴⁰ Luigi STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, *Eutanasia e Diritto: confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 89.

Questo assunto anche alla luce degli articoli 13 e 32 della Costituzione sulla libertà individuale di curarsi o meno, che non promuovono certo il diritto al suicidio ma l'incoercibilità di disporre del bene vita; lo Stato deve così rendersi neutrale verso le scelte dell'individuo verso se stesso, specialmente per quello che riguarda le scelte di fine vita. La libertà di scelta e decisione è tutelata ma non vi è riconoscimento del suicidio come valore, esso è solamente un comportamento giuridicamente tutelato.

La volontà personale di morire non si può ridurre ad un grido di solitudine che sottende una richiesta di aiuto e di solidarietà che può essere soddisfatta con una maggiore vicinanza al malato o all'anziano da parte di parenti e medici⁴¹. La questione è indubbiamente più ampia; l'approccio laico al diritto è "il problema è come elaborare un'etica del diritto che possa ricomprendere con autorità razionale le più diverse concezioni morali, il cui contenuto può definirsi solo negativamente, e cioè per una morale che non abbia come contenuto l'oppressione delle altre"⁴².

Bisogna, come visto, operare una netta distinzione tra due fenomenologie che hanno natura e caratteri diversi: l'*uccisione di un terzo* e l'*autouccisione o scelta di morte*, escludendo una eguale disciplina per le due figure.

In questo senso, il fondamento giuridico dell'*autouccisione/scelta di morte*, legato al riconoscimento del diritto a morire e a darsi la morte non ha nulla a che vedere con la natura disponibile o meno del bene vita, che riguarda solo il consenso alle eteroaggressioni; l'importanza del bene vita deve essere direttamente proporzionale alla sua autodisponibilità, richiamando i valori di democrazia e di uno Stato di diritto, mentre indisponibilità è propria di uno Stato autoritario e di un certo orientamento etico.

⁴¹ Ibidem, pp. 85-94.

⁴² Maria Beatrice MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 1994, p.1422.

Secondo questa corrente di pensiero, tanto il suicidio quanto l'aiuto al suicidio, sarebbero assolutamente leciti, quali condotte una non perseguibile e l'altra di agevolazione alla realizzazione di un atto lecito⁴³.

Arrivati a questo punto della riflessione, la domanda da porsi ora è: in che modo cagionare la morte può rispondere ad una *ricerca della qualità della vita*? Partendo dal presupposto che ogni vita è degna di essere vissuta, per evitare che il malato sia costretto a chiedere di porre fine alla propria vita attraverso qualche forma di eutanasia o di suicidio assistito, esso deve essere accompagnato in questo cammino verso la conclusione, anche attraverso l'uso di palliativi.

Vi sono due posizioni per intendere il rapporto tra eutanasia e strade diverse: una *pro-eutanasica* che considera la morte anche nel suo dovere pubblico di accondiscendere qualunque scelta, permettendo anche il diritto a provocare una morte indolore tramite legalizzazione dell'eutanasia.

Si contrappone la posizione *anti-eutanasica*, che rispetta sì la morte ma allude al fatto che vi sia un dovere personale al rispetto della propria e dell'altrui morte e al dovere pubblico di riconoscere al morente una morte sopportabile: non si parla qui di eutanasia ma di una *eubiosia*, una vita serena e tranquilla, nel rispetto della dignità del malato terminale⁴⁴.

In questo bisogna dare dignità ai malati a tutti gli stadi secondo scienza e coscienza anche laddove ormai non sia più possibile guarire.

Procedendo nell'analisi, dopo il concetto di *cura* e di *dolore*, diventa ora centrale un altro elemento imprescindibile in tema di *fine vita*, quello della *dignità* personale che attiene alle modalità di porre fine alla propria esistenza. In tema di dignità non vi sono opinioni condivise: alcuni ritengono che il concetto di dignità umana sia un dato connotato ontologicamente alla natura dell'uomo e quindi su di essa non posso incidere le scelte proprie o altrui; per

⁴³ Luigi STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO, op. cit., p. 88.

⁴⁴ Fabio PERSANO, op. cit., pp. 66-67.

altri invece la dignità dipende strettamente dalla libertà personale, anche di prendere decisioni sui confini della propria dignità in virtù della propria condizione di uomini liberi⁴⁵.

In senso tradizionale, il *diritto a morire con dignità* può avere due significati: può significare tanto il diritto a scegliere *quando* morire o può coincidere con il diritto alla corretta *assistenza*; o è espressione spesso invocata a sostegno della legittimità dell'eutanasia, oppure ha il significato di diritto di ciascuno a terminare la propria vita in modo sereno, circondato dalle persone congiunte, quando arrivi la propria ora⁴⁶.

Da qui prende le mosse la classica contrapposizione tra *bioetica della qualità della vita* ed *etica della sacralità della vita*.

Quest'ultima posizione sostiene che per dare un chiaro rifiuto all'eutanasia si debba fornire al malato terminale un aiuto *nel* morire, non un aiuto *a* morire: il malato terminale è soggetto in condizione sfavorevole dal punto di vista fisico e psichico che sicuramente considererà la qualità della propria vita con criteri diversi da quelli generale: questo non esclude che la vita umana possieda in ogni suo istante un valore immenso, anche conducendo il malato in modo continuo ed adeguato ad una liberazione dalla sofferenza fisica, emotiva, psicologica e spirituale

La *bioetica della qualità della vita* invece avalla la convinzione che il malato si liberi dal dolore attraverso l'eutanasia attiva e indirizzata alla realizzazione di questo preciso problema, riconferendogli la dignità perduta.

Per trovare un punto di incontro occorre una ridefinizione del concetto di dignità alla fine della vita: prima di tutto bisogna evitare l'abbandono del malato in un'ottica di inversione di obiettivo della medicina, non di guarigione ma di

⁴⁵ Patrizia BORSELLINO, "Dignità": un concetto utilizzabile alla fine della vita?, in CEF – Comitato per l'Etica di Fine Vita, 01 gennaio 2007, p. 2.

⁴⁶ Fabio PERSANO, op. cit., pp. 57, 58.

alleviamento delle sofferenze che genera la malattia, ossia “curare quando non si può guarire”⁴⁷.

La seconda condizione da soddisfare è impedire ogni forma di mortificazione nei confronti di chi stia morendo che, essendo considerato *persona* fino alla fine, deve essere ascoltato e devono essere accolte le sue richieste, senza determinarne la morte civile prima che si realizzi la morte sociale.

Dopo questa indagine sul piano metagiuridico e sulla base dell’assetto valoriale e culturale delineato, tornando al tema eutanasia, si può stabilire se questa sia contraria all’ordinamento o diritto inviolabile dell’uomo?

La contesa dottrinale, filosofica politica non è ancora riuscita a prendere una posizione etica netta sul tema.

La concezione che sembra più giusto abbracciare è quella fondata sui principi di *autonomia personale* e *vita dignitosa*.

Secondo tale approccio *liberalista*, ciascuno possiede in capo a sé il diritto di scegliere il proprio stile di vita, che a sua volta diventa strumento interpretativo necessario per definire il secondo concetto, ossia la dignità personale, intesa come possibilità di ciascuno di definire se stesso, nel limite della sfera altrui. Così ogni essere umano è libero anche di dare contenuto e significato a formule come *vita dignitosa* e *dignità dell’esistenza* nel modo che meglio ad esso si confà.

Per concludere, occuparsi del problema eutanasi significa depurarlo dai tentativi di strumentalizzazione e assumere un’ottica laica: il *pensiero laico*, plasmato su quello *liberista*, si astiene da qualsiasi tentativo di definire la vita e la dignità e permette a ciascuno di abbandonare un pensiero ideologizzato in virtù del proprio libero pensiero personale, della personale percezione di vita e della morte⁴⁸.

⁴⁷ Patrizia BORSELLINO, “Dignità”: un concetto utilizzabile alla fine della vita?, cit., p.4.

⁴⁸ Andrea PORCIELLO, *Eutanasia e principi fondamentali*, in P. FALZEA, *Thanatos e Nomos: questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, Napoli, 2009, p. 11.

L'eutanasia è diventata un problema morale e giuridico a causa della *rivoluzione biologica* e della possibilità della scienza di superare i limiti umani. Gli interventi della medicina hanno la vocazione di curare e come fine la guarigione: l'eutanasia in questo senso verrebbe invocata quando il fine di guarire viene sostituito con la morte, poiché il fine della guarigione che protende verso la vita non può essere raggiunto.

Perciò, nella pratica l'eutanasia non dovrebbe essere riconducibile a una fattispecie di reato. La scienza ha creato il problema della scissione nel morire, in una lotta tra il *trattenere* in vita e il *lasciar morire* tra le diverse concezioni del bene vita.

A conclusione, in tema di eutanasia bisogna avere ben presenti come principi quelli di *libertà* e di *dignità umana*, strettamente intrecciati, in virtù del fatto che ciascuno di noi dovrebbe essere libero di individuare il parametro di *dignità* alla luce del quale valutare la propria esistenza.

Ma l'eutanasia va anche affrontata nell'ambito dei suoi rapporti con la scienza e con la tecnica, cercando di evitare che gli uomini possano diventare schiavi delle macchine facendo loro perdere quel minimo di *umanità* che residua dalla malattia.

Non arrivando ad un accordo in base alle diverse concezioni del bene vita si fa diventare l'eutanasia un problema giuridico sicuramente da considerare al di là di ciò che è *bene* o *male*; perciò, citando la filosofa e accademica statunitense Martha Nussbaum, “una vita senza dignità e senza possibilità di scelta è un tipo di morte: la morte della sua umanità”⁴⁹.

⁴⁹ Paola CHIARELLA, *L'eutanasia: un problema giuridico al di là del bene e del male*, in P. FALZEA, op. cit., p. 150.

3. Dal paternalismo medico all'alleanza terapeutica.

La trattazione in materia di diritto alla salute, disponibilità del bene *vita*, diritto alla dignità e autodeterminazione del singolo, anche relativamente alla prestazione del suo consenso, rende necessario addentrarsi nell'analisi dello sviluppo e dei mutamenti di una situazione tipica nella quale rientra il dibattito attorno a questi principi, quella del rapporto tra un medico e il paziente da lui assistito.

Questo è il legame che si instaura tra un professionista sanitario, solitamente inserito in una struttura sanitaria pubblica o privata, ed un paziente che si trovi in uno stato di malattia, e quindi in una condizione di particolare fragilità, e integra tutta una serie di diritti e doveri reciproci di ordine etico-morale e giuridico.

Ontologicamente tale relazione non può essere considerata esattamente simmetrica dato che il paziente, soggetto fisicamente o psicologicamente vulnerabile, in qualche modo si troverà sempre in una posizione di dipendenza dalle competenze e dai consigli del curante, sebbene l'aspirazione generata nel tempo sia quella di arrivare ad un quanto più possibile bilanciamento di tale naturale dualismo.

Il rapporto in esame ha una lunga storia e trova origine in tempi risalenti; secondo un'autorevole dottrina in materia, l'evoluzione del rapporto medico-paziente convenzionalmente sarebbe da dividersi in tre periodi⁵⁰.

Il primo è quello del *paternalismo*, che caratterizzò la società occidentale dalla medicina ippocratica fino al secolo scorso; è una fase che tipicamente viene intesa in senso spregiativo, a causa del fatto che il medico esercitava sul malato un potere ispirato alla finalità oggettiva di realizzare il bene di questo, agendo *in scienza e coscienza*, senza bisogno di dare giustificazioni o di

⁵⁰ Vittorio OCCORSIO, *Il fallimento del patto terapeutico: quali punti di vista a confronto?*, in P. CENDON, a cura di N. TODESCHINI, *La responsabilità medica*, UTET Giuridica, Milano, 2016, pp. 27-28.

rendere conto ad alcuno delle proprie condotte. Ad un certo punto le pratiche mediche svolte arriveranno ad assumere addirittura i connotati di gesti solidali e fraterni, in chiave cristiana, verso il curato.

Il periodo successivo corrisponde all'era dell'*autonomia*: a séguito del secondo dopoguerra, ma in qualche misura anche prima, avviene una rivisitazione di questo rapporto, dovuta ai progressi in campo scientifico e tecnologico che si ripercuotono positivamente sulla medicina, sovvertendo il *dominio* che la professione sanitaria aveva avuto fino a quel momento. Il concetto di *curare* e quello di *prendersi cura* diventano congiuntamente gli obiettivi dell'atto medico ma di converso cresce anche la percentuale di rischi legata all'alta specializzazione dell'attività sanitaria. Allo stesso tempo per il paziente diviene facile ottenere informazioni occupandosi di medicina e di conseguenza formare i propri convincimenti in materia: così, una volta entrato in contatto con un professionista del campo, pretenderà di essere reso partecipe alle decisioni e di vederle rispettate.

L'ultima era, quella che contrassegna i giorni nostri, è definita era della *parsimonia*: oggi giorno l'autonomia e il bene in senso totale del paziente restano sempre i punti di riferimento per il sanitario nello svolgimento dei propri compiti; sempre più spesso però la volontà di far valere tali valori fondamentali, derivati da una concreta presa di coscienza del paziente circa i propri diritti e libertà in ambito terapeutico, cagiona diversità di vedute o anche veri e propri scontri con l'altro estremo del rapporto, il medico. Il problema qui nasce dal fatto che il curante, a meno che il malato per le particolari condizioni in cui si trovi non sia domiciliato, è inserito all'interno di una organizzazione sanitaria, che ha esigenze economiche e burocratiche, senza considerare la dimensione sociale in cui sono ascritti entrambi i soggetti; conseguentemente il valore assoluto accordato alla figura del paziente viene messo in discussione e rivalutato.

Il passaggio da una stagione all'altra non fu netto, ma lento e costellato di diversi elementi più o meno significativi.

Come accennato, il rapporto medico-paziente, dai tempi della sua origine era improntato sul concetto di *paternalismo*: fin dal Giuramento di Ippocrate l'etica medica vedeva la *dominanza* del medico, ossia la sua condotta commissiva o omissiva svolta interamente in assenza del consenso del suo assistito, in quanto si riteneva che il medico avesse le competenze tecniche e scientifiche necessarie e sufficienti per decidere *in luogo* del beneficiario, e quindi in nome e per conto di quest'ultimo.

Tra l'altro non esisteva ancora l'idea di accertamento della *responsabilità medica*, non essendo tenuto il sanitario a condividere le proprie scelte terapeutiche con chi vi era sottoposto, né a fornire giustificazioni sul proprio operato, avvolto da prestigio e privilegi: il compito del medico era quello di garantire unicamente la oggettiva condizione di salute del malato.

La relazione dualistica che li legava qui raggiunge il massimo picco di asimmetria essendo il paziente considerato *ignorante* e privo di conoscenze tecnico-scientifiche proprie dell'attività medica e, poiché non in grado di decidere per se stesso, necessariamente obbligato a sottostare al volere del medico specialista.

Nella fase decisoria il coinvolgimento del malato era praticamente assente: in quanto mero *oggetto di cura* e soggetto passivo del rapporto, si ritrovava ad accettare acriticamente e senza possibilità di espressione le scelte cliniche del medico, rassegnandosi eventualmente anche agli esiti negativi⁵¹.

I princìpi etici alla base della concezione paternalistica erano solamente quello della *beneficenza*, e dunque di garantire il benessere sanitario della persona, e quello della *non maleficenza*, ossia non arrecare danno ad essa⁵².

⁵¹ Nicola POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce della giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, in *Amministrazione in cammino*, 03 maggio 2014, pp. 16-17.

⁵² Lucio ROMANO, *Dall'alleanza terapeutica all'alleanza di cura*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, *Bioetica e cura: l'alleanza terapeutica oggi*, Mimesis, Milano, 2014, pp. 130-131.

Il modo di interazione tra medico e paziente appena descritto subì una svolta solo in tempi recenti, circa a metà del secolo scorso, all'epoca dei progressi medico-scientifici che andavano di pari passo con la regolamentazione giuridica degli stessi.

Si apre così la fase incentrata sul principio dell'*autonomia*, del paziente, e connotata da una concezione di tale rapporto con il medico su un modello di stampo liberale.

Ciò che lentamente prese piede fu una vera e propria emancipazione del paziente, in termini di maggiore autonomia riservata al singolo malato le cui libere scelte vengono legittimate all'interno di un vincolo terapeutico paritetico ed equiparato: la figura del sanitario è certo fondamentale ai fini della cura ma non anche ai fini delle scelte che la presuppongono.

Col tempo al malato viene riconosciuta a pieno titolo la dignità di soggetto capace di autodeterminarsi e di decidere in merito agli interventi diagnostici e terapeutici sulla sua persona proposti dai sanitari.

Egli si affida al medico rendendolo garante della propria salute e non signore assoluto come avveniva in epoca precedente⁵³.

L'evoluzione di tale rapporto muove i passi dal diritto alla salute, secondo la lettura nuova che ne viene data: l'articolo 32 della Costituzione infatti assume una dimensione più personalistica e soggettiva, tanto da far diventare la persona "centro di interessi e di valori intorno al quale si coagula il sistema delle garanzie personali"⁵⁴.

Ciò che rileva è che il singolo diventa col tempo punto focale dell'interesse giuridico, che si occupa di tutelarne la sfera di autonomia decisionale.

Come si vedrà successivamente, il riconoscimento della libertà personale in ambito terapeutico comprenderà sia il suo risvolto positivo, di diritto e pretesa a ricevere cure, sia quello negativo, di rifiuto ai trattamenti sanitari.

⁵³ Nicola POSTERARO, op. cit., pp. 17, 18.

⁵⁴ Corte di Cassazione, sentenza del 27 marzo 2001, n. 36519.

L'importanza di tale potere autoimpositivo della persona determina altresì l'assunzione di rilievo del concetto di *consenso informato* sempre nel terreno dei trattamenti terapeutici.

La relazione medico-paziente giunge al centro dell'attenzione giuridica per quanto riguarda la regolamentazione di tale consenso: al paziente viene riconosciuto il diritto a esprimere coscientemente la propria adesione alle terapie proposte dal sanitario; il consenso dell'interessato diventa il presupposto imprescindibile per l'azione del medico, poiché esso indica l'ampiezza e i limiti di libertà del malato e circoscrive il campo di azione del curante, personalizzando il rapporto che lega le due figure.

Ne parla appunto la Corte Costituzionale che con sentenza del 15 dicembre 2008, n. 438, dà una definizione di *consenso informato* "inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico" e "vero e proprio diritto della persona"⁵⁵.

Si concepisce quindi tale diritto di manifestare il proprio consenso come sintesi tra quello alla salute e quello all'autodeterminazione anche se tale operazione non è completamente esente dal rischio di fraintendimenti e conflitti nel bilanciamento dei due.

Per essere valido però deve essere corredato da un previo obbligo in capo al curante di rendere una puntuale ed adeguata informazione in merito, al fine non di erudire il paziente e colmare le lacune conoscitive di quest'ultimo ma ad assicurare la piena attuazione dei suoi diritti di disporre di sé in modo legittimo e critico.

Il medico dal canto suo però non si offre solo come mero garante di prestazioni di efficienza e non è tenuto a compiere tutto quello che è tecnicamente possibile, ma deve basare la relazione con il suo assistito su un rapporto di

⁵⁵ Corte Costituzionale, sentenza del 15 dicembre 2008, n. 438.

alleanza in cui vi è un alto grado di personalizzazione, di fiducia e di affidamento⁵⁶.

La relazione assistenziale nell'attività medica è complessa e questo coinvolgimento di due soggetti che sono in rapporto di *fiducia aperta alla coscienza* obbliga ad assumere determinate cautele: prima di tutto, come visto, il paziente deve essere informato della propria condizione, ossia deve ricevere notizie circa la diagnosi e l'evoluzione della propria patologia; dall'*informazione* si passa poi alla vera e propria *comunicazione* tra i due, quindi alla messa in comune e alla condivisione di tutti gli aspetti attinenti.

Da questi due primi momenti si arriva attraverso un processo di dialogo e di discussione, anche psicologici, alla *relazione* terapeutica intesa come interdipendenza tra persone che crea una cosiddetta *alleanza*⁵⁷.

Si arriva così alla proclamazione della cosiddetta *alleanza terapeutica* come modalità di definire l'alleanza medico-paziente": essa è "un tipo di relazione che s'instaura tra medico e paziente, appunto un legame di collaborazione e di reciproco accordo su elementi e decisioni che riguardano la cura della salute. Più precisamente l'alleanza indica una unione, un vincolo, un qualcosa di umano e personale che si vuole creare tra medico e paziente, a indicare che il rapporto terapeutico non è meramente un rapporto fondato sulla farmacologia o sulla chirurgia, ma anche e primariamente su valori e dimensioni che coinvolgono le persone"⁵⁸.

Quando però il consenso informato diventa una mera informazione, spesso in assenza di informazione e comunicazione, si traduce in redazione di un documento: la comunicazione dovrebbe infatti essere bilaterale e il consenso

⁵⁶ Pino FALVO, *Alleanza terapeutica e cure palliative*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., pp. 149, 150.

⁵⁷ Lucio ROMANO, *Dall'alleanza terapeutica all'alleanza di cura*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 121.

⁵⁸ Giovanni RUSSO, voce *Alleanza – Paradigma medico*, in *Enciclopedia di bioetica e sessuologia*, Torino, 2004, p. 88.

condiviso, mentre finisce per essere un contratto, il contratto appunto terapeutico.

Questa è la situazione di degenerazione dell'alleanza terapeutica che sfocia nel *contrattualismo* che caratterizza i tempi odierni, identificata con l'ultima stagione evolutiva del rapporto tra medico e malato: la relazione tende a svuotarsi a favore di una mera burocratica condivisione di obiettivi⁵⁹.

Oggi quest'ultima vive un momento di criticità, e ciò per due motivi contrapposti: da un lato, l'avanzamento della scienza e della tecnica in ambito medico accresce le competenze e le conoscenze del medico, così aumentando l'aspettativa del *risultato* del suo intervento nei confronti del curato: in certi casi tuttavia egli può solo limitarsi ad illustrare le alternative ai pazienti e prospettare loro i possibili esiti, nonché giustificare le proprie scelte terapeutiche.

Dall'altro lato, i pazienti, inseriti nella società dell'informazione in cui il reperimento di nozioni a livello professionale è rapido e pubblico e rende possibile la formazione di propri convincimenti, si creano grandi aspettative nei confronti del personale sanitario, determinando in capo a quest'ultimo maggiori responsabilità⁶⁰.

Questa crisi dell'alleanza terapeutica e del periodo autonomista è derivato anche e proprio dal ripensamento della posizione del paziente nella relazione di cura ricavato dalla lettura della Costituzione, posizionando l'individuo al centro dell'ordinamento, ma anche il progresso scientifico e tecnologico ha ampliato il potere della medicina di influire sulle malattie agendo in misura più o meno ampia sull'integrità fisica personale ed usando metodologie a volte anche molto invasive, creando problematiche di non minimo rilievo, che vanno

⁵⁹ Lucio ROMANO, *Dall'alleanza terapeutica all'alleanza di cura*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 123.

⁶⁰ Vittorio OCCORSIO, *Il fallimento del patto terapeutico: quali punti di vista a confronto?*, in P. CENDON, a cura di N. TODESCHINI, op. cit., p. 26.

dalla mera diversità di visione tra medico e assistito, anche inconciliabile, a veri e propri contenziosi a carico del curante per accertarne la responsabilità⁶¹. Sono proprio questi gli elementi che integrano l'odierno *contrattualismo*, la spersonalizzazione del rapporto medico-paziente dovuta disumanizzazione della medicina in favore della burocratizzazione della procedura di raccolta del consenso, facendo confliggere il piano astratto della enunciazione e quello concreto della realizzazione del diritto in questione, e rendendo il rapporto obbligatorio in termini contrattualistici: si è passati dall'*arte medica* alla *tecnica medica*, in cui il medico funge da semplice prestatore di servizi⁶².

Per altro verso, la *contrattualizzazione* della responsabilità sanitaria e della prestazione del consenso attraverso una modulistica specifica, fornisce anche una tutela al curante, nel senso che egli, facendo accettare esplicitamente al paziente i rischi e le conseguenze della sua condotta, nonché le alternative, si difende dall'eventualità che il paziente insoddisfatto possa ricorrere alla giustizia denunciando una violazione del suo consenso.

Sul medico come visto grava il dovere informativo, inserito nel contratto terapeutico con l'assistito, rientrando perciò nelle sue prestazioni e comportando nel paziente l'aspettativa che questi realizzi il risultato che si è impegnato a raggiungere; tale imposizione entra in crisi quando avviene la sovrapposizione tra l'obbligo informativo del medico, quale necessario presupposto affinché il malato possa in libertà e consapevolezza scegliere a quale trattamento sottoporsi, e l'obbligo informativo come vera e propria obbligazione per il sanitario⁶³.

La conseguenza è una *spersonalizzazione* della relazione e della cura, il cui l'operato del medico è incentrato sulla sua difesa contro eventuali azioni di

⁶¹ Maria Antonietta LA TORRE, *Per un'etica dell'accompagnamento nella relazione terapeutica*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 162.

⁶² Nicola POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce della giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, op. cit., p. 20.

⁶³ Barbara SALVATORE, *La relazione tra medico e paziente oggi: diritti e responsabilità*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 114.

responsabilità in sede civile e penale, ad esempio per inadeguata informazione, piuttosto che su un rapporto basato sulla condivisione e sulla partecipazione attiva.

La preoccupazione delle conseguenze sanzionatorie può sviare le scelte dei medici dal parametro della pura *scienza e coscienza* verso la cosiddetta *medicina difensiva*, positiva e negativa, in cui per il timore di conseguenze civili e penali, il consenso informato, quale manifestazione di adesione del malato al trattamento diventa mera condizione di rimozione del carattere di illiceità del fatto⁶⁴.

Nella medicina contemporanea perciò il necessario rapporto dualistico di fiducia viene fondato su un accordo in cui il consenso informato è inserito in un *iter* procedurale e sottoscritto, finalizzando l'atto medico al perseguimento del bene biomedico attraverso il *curare* ma non si occupa più del raggiungimento anche del benessere globale della persona.

Tra i compiti del medico non deve rientrare solo quello di *curare* in sé e per sé, ma anche il *prendersi cura*, da intendersi non solo come *beneficenza* e *non maleficenza*, ma anche come *compassione*, *assistenza nell'attività*, *sicurezza* e *competenza*⁶⁵.

Si deve mirare ad un trattamento integrale del paziente, che consideri tutti questi aspetti, poiché per i sanitari il dare cure non è solo responsabilità professionale ma anche obbligo morale.

Il compito del terapeuta dovrebbe essere quello di *accompagnare* e procedere insieme lungo un percorso difficile, piuttosto che consumarlo e prendere commiato rapidamente; si rende necessario l'ascolto del malato al fine di migliorarne la qualità della vita, offrendo anche laddove serve sostegno psicologico.

⁶⁴ Antonio VALLINI, *Paternalismo medico rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo "de iure condendo"*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, fasc. 1, p. 2 e segg.

⁶⁵ Lucio ROMANO, *Dall'alleanza terapeutica all'alleanza di cura*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., pp. 131, 132.

Il medico deve anche essere in grado di gestire in modo equilibrato il rapporto con la famiglia e la rete relazionale del malato: in questo senso è auspicata una *ri-umanizzazione* della medicina, in cui il personale sanitario si occupi attivamente del paziente, raccogliendo nozioni che consentano a quest'ultimo di *allearsi*.

L'approccio alla malattia dovrebbe per così dire essere *narrativo*, per entrare in relazione e scoprire i bisogni individuali connessi alla condizione del paziente e alla personale concezione che egli ha della sua patologia, e di reale *prendersi cura* dell'altro e non semplicemente curarlo: l'atto medico non è solo il saper usare strumenti tecnici ma comprende anche l'ascolto attivo e il saper consigliare.

Criteri etici di interazione di cui servirsi sono quelli tipici di uno specifico tipo di alleanza, la *relazione di cura*, che non è solo terapia ma anche solidarietà interpersonale⁶⁶.

Nella strada verso tale *alleanza di cura* e verso la ricerca di simmetria di un rapporto che come si sa già è per natura asimmetrico, porta il curante a offrire ascolto e creare una certa intimità col il paziente, interagendo con esso offrendo una corretta informazione, esaustiva e funzionale dell'esercizio del diritto ad autodeterminarsi del paziente in modo consapevole e facendo sì che i sanitari abbandonino un atteggiamento paternalistico ma che condividano il loro sapere, donando maggiore consapevolezza al paziente in ordine ai propri diritti⁶⁷.

Questo è il passaggio dall'alleanza terapeutica all'alleanza di cura: l'informazione che viene data al paziente è *adeguata*, in relazione al caso concreto che riguarda sia la terapia proposta sia il grado di maturità e consapevolezza del paziente, ed è finalizzata ad istruirlo sulla patologia di cui

⁶⁶ Maria Antonietta LA TORRE, *Per un'etica dell'accompagnamento nella relazione terapeutica*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 161.

⁶⁷ Nicola TODSCHINI, *Violazione del diritto all'autodeterminazione e risarcimento del danno*, in P. CENDON, a cura di N. TODSCHINI, op. cit., p. 298.

soffre ma solo per consentirgli un'effettiva comprensione nonché una scelta consapevole.

Il consenso viene visto nel suo significato più autentico, non di scriminante dell'intervento medico ma di espressione di libertà del paziente, onde evitare i rischi connessi alla contrattualizzazione, di snaturamento e spersonalizzazione del rapporto.

L'*alleanza di cura* si rende capace, a differenza della concezione di quella terapeutica ormai legata al contrattualismo, di attenuare il rapporto asimmetrico tra medico e paziente, restando quest'ultimo il soggetto più debole e vulnerabile, ma che trova nell'altra figura piena fiducia, legandoli da sentimenti di empatia ed emozioni significative.

Questa non è altro che punto di incontro tra cura, vulnerabilità e responsabilità⁶⁸.

Il medico non può essere solo un soggetto che svolge mansioni, ma deve accogliere la fiducia del malato e dedicarsi a lui mettendosi personalmente a disposizione: bisogna evitare passaggio dal paternalismo medico al paternalismo del paziente e lo si fa declinando qualsiasi problema terapeutico all'interno dell'alleanza tra i due in cui inserire anche una pluralità di voci fatte dai familiari del paziente nonché dal personale sanitario nel suo complesso.

La salute non può essere oggetto di negoziazione soprattutto quando riguardi la fase finale della vita, nella quale l'alleanza con il malato consapevole è finalizzata ad avvicinarsi ai suoi bisogni, e non a farlo vivere più a lungo, ma in modo più accettabile e dignitoso, senza sofferenze⁶⁹.

Al centro della relazione medico-paziente deve senz'altro esserci il riconoscimento di valori oggettivi quali la *vita* e la *persona*, in cui confluiscono

⁶⁸ Lucio ROMANO, *Dall'alleanza terapeutica all'alleanza di cura*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 125.

⁶⁹ Pino FALVO, *Alleanza terapeutica e cure palliative*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 151.

la coscienza dell'operatore sanitario e la fiducia del paziente, in un'ottica di condivisione.

In conclusione, l'alleanza assistenziale di cura deve assumere una impostazione personalista e deve improntarsi sul *fare bene* e sul *fare il bene* del curato ed è il concretizzarsi di una fedeltà informata ai valori assoluti della persona umana⁷⁰.

L'umanizzazione del morire umano rispetto ad una eccessiva e quasi esclusiva medicalizzazione a cui è sottoposta la persona deve porsi alla base del rapporto tra il medico e il paziente, che viene riconsiderato alla luce del fatto che non basta appunto il *dare* cura ma anche il *prendersi* cura.

Di questo si occupa l'*alleanza di cura*, come ascolto reciproco tra paziente, medico e familiari per trovare la soluzione migliore per il paziente stesso nella determinata situazione in cui esso si trovi⁷¹.

⁷⁰ Lucio ROMANO, *Dall'alleanza terapeutica all'alleanza di cura*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 133.

⁷¹ Luigi LORENZETTI, *Profili etico-teologici dell'accanimento terapeutico*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA, op. cit., p. 205.

II Evoluzione normativa e giurisprudenziale italiana: casi a confronto.

4. Legislazione italiana e tutela della salute: l'art. 32 Cost. 5. Il paziente capace e consenziente: "caso Welby". 6. Il paziente incapace: "caso Englaro". 7. La legge n. 06/2004 e i "casi Modena". 8. Il d.d.l. Calabrò e la legge n. 38/2010.

4. Legislazione italiana e tutela della salute: l'art. 32 Cost.

Nell'ordinamento italiano attualmente non esiste una normativa specifica riguardo l'*eutanasia*, sintomo questo di una sostanziale chiusura e riconsiderazione nei confronti della tematica in esame.

Il panorama legislativo quindi non fornisce alcuna disciplina, né positiva né negativa, riguardo la *buona morte*, ammettendo probabilmente che se ciò fosse espressa intenzione del legislatore, sicuramente avrebbe trovato come primaria fonte di legittimazione la Costituzione, vertice delle fonti dell'ordinamento giuridico e sede di promozione dei valori condivisi dalla collettività, poiché informa l'intero ordinamento.

Ma, sebbene essa sia tradizionalmente definita *rigida*, modificabile solo attraverso procedimenti particolari e punto di riferimento per la produzione normativa cui deve conformarsi, al tempo stesso si può dire che essa possieda margini di flessibilità, tale da risultare attuale anche col passare del tempo e soggetta a letture plurime e interpretazioni di segno diverso.

Quest'ultimo assunto fa sì che la Carta fondamentale possa considerarsi fonte di diritti e doveri ulteriori rispetto a quelli positivizzati dai Padri Costituenti al momento della stesura, periodo di genesi della Repubblica, dandone una interpretazione per così dire *evolutiva* rispetto al suo dettato.

In materia di salute e di trattamenti sanitari il vero e proprio principio cardine è costituito dall'articolo 32 della Costituzione, inserito nei *rapporti etico-sociali*, che vede, al primo comma, la Repubblica tutelare la salute quale

“fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività” e ,al seguente, prevede che nessuno possa essere “obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”, con la precisazione che anche quest’ultima non può “in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

L’*incipit* della norma enuncia l’importanza che la salute ricopre all’interno dell’ordinamento: essa è al contempo *diritto fondamentale* personale ma anche *interesse* rilevante per la società.

L’intento del legislatore è chiaramente quello di creare un equilibrio tra gli assunti individuali e collettivi ma, mentre nel caso del singolo la salute riveste il ruolo di diritto essenziale per la persona, per quanto riguarda la comunità esso rappresenta solamente un interesse legittimo.

Il comma successivo, il secondo e ultimo, sancisce un ulteriore diritto imprescindibile per la persona, conseguente all’affermazione del diritto alla salute, quello all’*autodeterminazione*.

Non deve tuttavia essere inteso in senso assoluto poiché una previsione legislativa potrà in ogni caso limitarlo qualora riconosca un interesse collettivo prevalente, ma è altresì vero che nulla potrà nemmeno la legge di fronte al rispetto della persona e alla sua dignità, limite invalicabile che non potrà *in nessun caso* essere infranto.

Per ben capire come si è giunti a tale assetto normativo è necessario ripercorrere brevemente l’evoluzione storica del concetto di *salute*, come è mutato nel tempo e a quali approdi ha portato.

Il *diritto alla salute*, fino agli anni ’50 del secolo scorso, aveva avuto una dimensione preminentemente pubblicistica, in termini di primazia del benessere collettivo rispetto a quello individuale da sacrificare in virtù di un bene sociale superiore.

A séguito dell’entrata in vigore della Carta costituzionale l’idea di *salute* ha abbandonato le precedenti connotazioni e ha assunto in misura sempre maggiore una dimensione soprattutto individuale, configurandosi quale diritto

soggettivo che si impone, ad eccezione di casi specifici ed isolati, sulla sfera comune.

Siffatto mutamento di prospettiva, da pubblicistica a privatistica, secondo una posizione dottrinale consolidata è da ricondurre a due elementi principali: per prima cosa l'elemento *psicologico-psichico* ottiene un'importanza sempre maggiore e progressivamente si afferma una valorizzazione della salute psichica e degli aspetti inerenti alla mente umana; in più si passa da una posizione *passiva* della salute quale opposizione alle ingerenze esterne sulla propria condizione fisica o mentale a una *attiva* di libertà di disposizione personale e di autoimposizione⁷².

L'evoluzione di tale diritto ha trovato fondamento non solo nel dettato costituzionale ma ha avuto col tempo ripercussioni altresì a livello normativo e giurisdizionale; mentre gli anni '80 sono stati connotati da un'ampia produzione legislativa in tema salute però in campi differenti rispetto a quello della relazione terapeutica tipica tra medico e paziente, per raggiungere tale svolta in termini di legittimazione esplicita si devono attendere gli anni '90 che vedono attestare il principio di autonomia nel processo di decisione del paziente all'interno del vincolo che lo lega al sanitario come criterio imprescindibile da cui non si può esulare⁷³.

Ciò avviene nella famosa sentenza della Corte di Assise di Firenze sul caso Massimo, caso di responsabilità penale medico-chirurgica per condotta illegittima: il chirurgo in questione aveva deliberatamente, nel corso di un'operazione molto delicata, modificato la tipologia di intervento, il quale era diventato più invasivo e dall'esito incerto. Questo mutamento viene però fatto in "assenza del consenso della paziente e anzi contro la espressa volontà" poiché ella aveva disposto che si effettuasse il primo tipo di operazione, non il

⁷² Amedeo SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2016, pp. 64, 65.

⁷³ *Ibidem*, p. 58.

secondo; dopo un paio di mesi purtroppo la donna muore a séguito di complicazioni.

I giudici, sia quelli di merito che di legittimità, condannano fermamente il comportamento del sanitario, qualificato come omicidio preterintenzionale, e, prendendo le mosse dall'attenta osservazione del caso, con la loro decisione compiono una innovazione della giurisprudenza in materia.

In base alla ricostruzione operata dai giudicanti, il paziente è considerato soggetto titolare di libertà e diritti, personali ed essenziali, tra i quali il diritto alla salute e all'integrità personale: egli possiede il diritto di disporre "lui e lui solo".

Ne consegue che "la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere o, peggio, dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto [...]"⁷⁴.

Tale pronunciamento della Corte sancisce l'importanza che il diritto comincia a riservare al *consenso* del paziente, cosciente e informato, e del suo *dissenso*, ma in più riconosce la sua autonomia nell'autodeterminarsi all'interno della relazione che lo lega al medico, tracciando il passaggio dal diritto alla salute a quello all'autodeterminazione e soppiantando il vecchio rapporto di tipo *paternalistico*⁷⁵.

Non tutta la giurisprudenza e la dottrina però assumono posizioni unanimi circa la rilevanza della libertà personale all'interno dell'ordinamento giuridico; una parte, pur sempre minoritaria, sostiene che essa debba cedere il passo qualora confligga con un altro diritto che ad essa precorre ed è superiore, il *diritto alla vita*.

Secondo costoro la vita, benché non abbia espresso riconoscimento a livello costituzionale, si deve considerare alla stregua di un *superdiritto* e deve essere

⁷⁴ Corte d'Assise di Firenze, sentenza n.13/1990.

⁷⁵ Riccardo FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in *I reati contro la persona*, vol. I, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, UTET Giuridica, Torino, 2006, p. 694.

rispettata nella sua *indisponibilità*, in virtù del pericolo di incorrere in discriminazioni, ad esempio tra pazienti coscienti e capaci e pazienti che non lo sono, e quindi opera da contraltare rispetto al diritto all'autodeterminazione⁷⁶.

A onor del vero, ritornando sul dettato costituzionale, non si rinviene mai una esplicita riconsiderazione del principio di *indisponibilità* della vita, che era già stato più volte oggetto di normazione: il riferimento va al codice penale, alle fattispecie ex articoli 579 e 580, ma anche al codice civile all'articolo 5⁷⁷.

Non solo, tale *indisponibilità* dovrebbe essere letta alla luce del contesto storico nel quale nacque la Carta fondamentale, cioè quello del secondo dopoguerra e dell'orrore nazista; mancando questo espresso riconoscimento nell'ordinamento, secondo questa corrente dottrinale non si può affermare che i Padri fondatori volessero realmente riformare questo principio⁷⁸.

Riguardo nello specifico all'articolo 32 Cost., in base a tale orientamento la sua interpretazione non dovrebbe subire alcun tipo di forzatura: l'Assemblea si concentra maggiormente sul primo comma, per cui la salute è diritto individuale e interesse collettivo da proteggere rispetto alle ingerenze esterne, di tipo sanitario, mentre resta più vaga sul secondo, probabilmente ritenendo all'epoca i casi di trattamento sanitario obbligatorio più rari ed eventuali.

L'intento dei costituenti perciò parrebbe essere semplicemente quello di tutelare il cittadino da possibili ingerenze autoritative dello Stato, in questo caso sanitarie, all'interno della sfera individuale, condannando ad esempio gli atti di violazione dell'integrità fisica per fini non terapeutici.

⁷⁶ Amedeo SANTOSUOSSO, op. cit., p. 78.

⁷⁷ Art. 579 c.p.: *Omicidio del consenziente*; art. 580 c.p.: *Istigazione o aiuto al suicidio*; art. 5 c.c.: *Atti di disposizione del proprio corpo*.

⁷⁸ Luciano EUSEBI, *Tra indisponibilità della vita e miti di radicale disponibilità della medicina: il nodo dell'eutanasia*, in C. VIAFORA, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1996, p. 243.

Tanto meno si può considerare che venga offerta una promozione del principio volontaristico, altrimenti contraria all'indirizzo dato da ampia normativa precedente che verrebbe così abrogata.

Né sarebbe da destinare all'elemento *psichico* della salute tutta la rilevanza degli ultimi anni: da una parte non è possibile far derivare una *soggettivizzazione* del giudizio sulla salute dalla dimensione psichica di questa, dall'altra la considerazione che ognuno ha del proprio stato psicofisico concernerebbe un margine di miglioramento personale, non l'alternativa tra la vita e la morte⁷⁹.

Spostandosi sul secondo comma dell'articolo 32 Cost. e sulla sua analisi, che portata si deve destinare al il divieto alla sottoposizione ad un determinato trattamento sanitario contro la volontà del soggetto? Come inquadra la Legge fondamentale il conseguente diritto al rifiuto delle cure?

A seguito di una serie di pronunce giurisprudenziali, come il caso Welby e maggiormente quello Englaro, ma anche normativo, vedi il d.d.l. Calabrò di *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, in materia di salute la centralità si è spostata sui temi di consenso informato e biotestamento, aprendo anche la strada all'eutanasia, relegando quasi in secondo piano quello dei trattamenti sanitari *obbligatori*; eppure mai come ora il progresso tecnologico e scientifico in campo medico hanno permesso un controllo sul corpo umano e sul mantenimento in vita per mezzo di macchinari, attuando una vera e propria *rivoluzione biomedica*⁸⁰.

Così il legame tra il diritto alla salute e quello a rifiutare le cure è stato oggetto di ampia riflessione sia filosofica ed etica, sia dottrinale e giurisprudenziale costituzionalistiche.

⁷⁹ Ibidem, p. 244.

⁸⁰ Alessandro Attilio NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC*, 2017, fasc. 4, p. 2.

Dal testo dell'articolo 32 Cost. emerge come nessuno possa essere obbligato ad un trattamento sanitario, se non per disposizione di legge, emerge la distinzione tra trattamenti sanitari *facoltativi* e *obbligatorî*.

La più recente dottrina costituzionale ha ridefinito il concetto di *trattamento sanitario* che diventa "ogni atto o intervento che incida su di un essere umano e che abbia almeno una delle seguenti tre caratteristiche: sia di carattere profilattico, diagnostico, terapeutico o riabilitativo, sia posto in essere da soggetti in possesso di conoscenze specialistiche attinenti la salute fisica o psichica e infine preveda l'impiego di apparecchiature, strumenti, metodi e/o sostanze che siano espressione di un sapere medico-scientifico"⁸¹.

Un trattamento sanitario, quindi, generalmente includerà tanto gli *accertamenti*, con finalità diagnostica, tanto i *trattamenti* veri e propri, a scopo curativo, in entrambi i casi svolti da "soggetti in possesso di conoscenze specialistiche" e attraverso l'utilizzo di mezzi o prodotti medici.

E per *obbligatorietà* cosa si intende? Alla luce dello stesso art. 32 Cost. obbligatorio sarà il trattamento che sarà imposto da una legge o attraverso misure coercitive o di sanzioni, per mezzo di una riserva di legge rafforzata, limitata però dal rispetto della persona umana.

La dottrina costituzionalistica è unanime nel considerare che il legislatore possa legittimamente imporre un trattamento sanitario quando ciò sia soggetto a *riserva di legge*, sia *determinato*, previsto in modo preciso, e deve tutelare tanto la salute del *singolo* quanto quella *collettività*, chiaramente senza nuocere al primo in virtù della seconda⁸².

Si distinguono così terapie a cui viene sottoposto un soggetto in cui siano totalmente o parzialmente assenti la volontà o la spontaneità di questo di sottoporvisi e che saranno per l'appunto *obbligatorie*, e quelle invece *non-obbligatorie*, inquadrabili nei trattamenti sanitari volontariamente e

⁸¹ Ibidem, p. 28.

⁸² Ibidem, pp. 7, 8.

spontaneamente scelti dall'individuo attraverso l'espressione del suo consenso libero e informato.

A sostegno della dottrina arriva anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, che nel corso degli anni novanta ha pronunciato una serie di sentenze sul significato di rispetto della persona umana quale limite alla sottoposizione ad un trattamento sanitario.

La prima oggetto di esame è la sentenza n. 307 del 1990 che, a proposito dell'articolo 32 Cost., statuisce che "Tale precetto nel primo comma definisce la salute come *fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*; nel secondo comma, sottopone i detti trattamenti a riserva di legge e fa salvi, anche rispetto alla legge, i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Da ciò si desume che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili"⁸³.

La n. 218 del 1994 evidenzia come "La tutela della salute comprende la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale" e che "implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale

⁸³ Corte Costituzionale, sentenza n. 307/1990.

che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri”⁸⁴.

Appare quindi del tutto evidente di come dottrina e giurisprudenza della Consulta concordino sul rilievo costituzionale tanto delle posizioni soggettive quanto di quelle collegiale della comunità.

Compiendo un'operazione di discostamento dalla dottrina dominante del diritto alla salute quale libertà, anche di rifiuto a determinati trattamenti sanitari, si può però considerare che quest'ultimo sia inquadrato all'interno di limiti che non concernano solo l'interesse alla salute collettiva ma se ne possono rinvenire altri, ugualmente importanti.

Tali confini non sono altro che interessi di rango costituzionale che si contrappongono a questo essenziale diritto e lo circoscrivono: doveri *costituzionali*, doveri *politici* e doveri di *solidarietà economica e sociale* che trovano fondamento costituzionale, sebbene limitati, possono condizionare il risvolto negativo della propria salute a favore di quella altrui, da aggiungersi alla salute pubblica già citata.

Ciò che viene prospettato in questi casi è il corretto bilanciamento, un'operazione di valutazione dei costi e dei benefici, tutt'altro che automatico tra diritti e doveri, operazione che decreterà quale posizione prevarrà sull'altra, e quindi se venga legittimata o meno la compressione del diritto a rifiutare le cure a favore di un diverso principio, alla ricerca di un equilibrio non ancora raggiunto e non condiviso⁸⁵.

Arrivando al tema vero e proprio dell'eutanasia, come si comporta il diritto di fronte a tale questione tanto sensibile e dibattuta?

Occorre operare una fondamentale distinzione tra le condotte che rientrano nel fenomeno eutanascico, tra la fattispecie *attiva*, in cui volendo si può far rientrare anche il *suicidio assistito*, e quella *passiva* a seconda che vi sia o

⁸⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 218/1994.

⁸⁵ Gladio GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 2017, fasc. 2, pp. 23, 24.

meno un intervento attivo di un soggetto terzo, solitamente un medico, nella causazione dell'evento morte.

La dottrina costituzionale maggiormente diffusa condanna fortemente l'eutanasia *attiva*, e il *suicidio assistito* con essa, e lo fa partendo dal combinato disposto dell'articolo 32 e dell'articolo 2 della Costituzione, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", conformemente al quale una previsione normativa che concedesse il ricorso a questa modalità di porre fine alla vita di qualcuno sarebbe illegittima e incostituzionale poiché contraria all'intangibile diritto alla vita.

La Repubblica altresì "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", ammettendo il riconoscimento dei diritti fondamentali del singolo e allo stesso tempo dei doveri *inderogabili* che lo legano alla collettività: il rapporto tra le due sfere, quella individuale e quella collegiale, non vede la prevaricazione dell'una sull'altra ma anzi mira a creare una convivenza armonica tra le due, scongiurando il pericolo di affermazione dell'individualismo, ossia la convinzione che ogni posizione individuale possa essere tutelata alla stregua di un diritto.

La disapprovazione qui è assoluta ma non tutta la dottrina è unanime, infatti una parte considera censurabile solo il chiedere a qualcuno di essere aiutati a compiere l'estremo gesto e non anche il lasciarsi morire. Gli elementi giuridici che differenzierebbero le due diverse condotte sarebbero e che renderebbero solamente la prima antigiuridica sono molteplici.

Innanzitutto l'eutanasia attiva sarebbe tale per il coinvolgimento nella sequenza che si conclude con l'evento morte per il contributo di un terzo, il medico; l'*antirelazionalità* sta nel fatto che il riconoscimento del diritto di qualcuno di essere agevolato nel trapasso, comporterebbe in modo speculare quello del dovere del medico di procurare la morte, dipendente dal primo, e ciò non potrebbe certo considerarsi conforme al diritto ma principalmente alla Costituzione. Altro aspetto caratteristico sarebbe quello dell'*antinaturalità* della richiesta di morte mirata all'interruzione di una vita e non al semplice "lasciare

che si chiuda”, censurando di conseguenza anche l'*istantaneità* della sequenza causale, eliminando ogni possibilità di revoca del consenso prestato. Da ultimo sarebbe da considerare la *finalità autosoppressiva* della pratica *attiva* mentre non si può considerare il medesimo scopo per quanto riguarda il caso del rifiuto alla sottoposizione a determinate cure.

I caratteri appena citati sarebbero tutti contrari al dettato costituzionale e con ciò determinerebbero l'illegittimità della condotta commissiva rispetto alla sua versione passiva⁸⁶.

Ulteriore dottrina, dai medesimi presupposti, giunge a conclusioni di segno opposto dello stesso combinato disposto: la vita non è solo un dato biologico e biografico ma è “vita degna di essere vissuta” e dipenderebbe dal significato soggettivo che se ne dà; la morte e la vita sono libertà e mai doveri. Il suicidio è qualificabile come atto di libertà che non tocca in alcun modo la comunità. In siffatto contesto la Costituzione italiana garantirebbe l'incoercibilità del vivere e sarebbe allora contrario all'ordinamento costituzionale negare questa libertà a qualcuno solo perché non in grado di esercitarlo a causa di un suo stato di invalidità, mantenendo pur sempre l'intento autodistruttivo nel caso di agevolazione. Ne consegue che circostanze simili finirebbero per essere trattate in modo differente e una discriminazione di fondo si produrrebbe inevitabilmente.

Infine si può considerare un'ulteriore posizione sostenitrice della legittimazione costituzionale sia dell'eutanasia attiva *volontaria* che *non volontaria*: la lettura congiunta degli articoli 2 e 32 costituirebbero la base legittimizzante della condotta soppressiva qualora ci si trovasse in condizioni di vita ormai insopportabili, di dolore e disperazione, uno stato di estrema necessità per il malato.

⁸⁶ Chiara TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004., pp. 120-124.

Alla luce dei suddetti orientamenti si può concludere che la Costituzione, in particolare il pluricitato combinato disposto, in tema di eutanasia attiva e suicidio assistito non dà una risposta unica e condivisa; la ponderazione tra il diritto alla salute e quello a vivere possono portare a risultati diversi e perfino opposti: spetterà all'interprete valutarli correttamente a seconda delle proprie personali considerazioni e sensibilità⁸⁷.

Passando all'eutanasia invece *passiva*, la lettura dell'articolo 32 Cost. insieme al 13 sull'inviolabilità della libertà personale, il cui rispetto determina che un certo trattamento medico possa essere legittimamente imposto, rispettando la persona, ma solo in casi straordinari in cui vi sia una previsione legislativa e ciò sia indispensabile per garantire interessi pubblici che altrimenti non vedrebbero una completa tutela.

In tutti gli altri casi la Costituzione dà preminenza al *diritto all'autodeterminazione* individuale; anti giuridico sarebbe qualsiasi trattamento sanitario svolto in mancanza o addirittura contro la volontà dell'avente diritto: secondo tale imposizione l'articolo 5 del codice civile vieterebbe solo attivi positivi e non anche quelli negativi.

Per estensione, al singolo, che è soggetto da rispettare nelle proprie decisioni, dovrebbe essere riconosciuta la propria sfera di autonomia personale e autodisposizione fino al diritto a lasciarsi morire, rivolto negativo del diritto alla salute

Così il rifiuto informato, cosciente e valido, del paziente finisce per essere limite inderogabile per qualsiasi intervento medico il cui rispetto da parte del professionista sanitario diventa quasi un dovere, cosa che invece non può dirsi per la salute.

⁸⁷ Ibidem, p. 155.

In conclusione, nel bilanciamento tra doveri costituzionali e libertà di autodeterminazione prevale sempre il ruolo del singolo e le sue libere scelte, anche contro esso stesso⁸⁸.

In questo intricato groviglio di idee e posizioni lo Stato non deve mai connotarsi da tratti di totalitarismo ma non può neanche essere indifferente rispetto alle condizioni di vita dei cittadini.

In un'ottica liberale e di soggettivizzazione, massima importanza andrebbe prestata al consenso, sia per rispettare le determinazioni del singolo paziente sia per orientare al meglio l'attività medica.

In definitiva, vi sono sia ragioni a favore che ragioni contrarie alla liceità dell'eutanasia, questo perché i significati che concetti come vita, libertà, dolore assumono per il singolo, ampi, non univoci, personali non permettono di attuare una categorizzazione universale o eleggere un orientamento unitario sul tema, ma continuano ad alimentare l'eterno dibattito che vi gravita attorno da tempo immemore.

5. Il paziente capace e consenziente: “caso Welby”.

L'ampio dibattito attorno all'eutanasia tornò in auge nei primi anni duemila a séguito di due vicende giurisprudenziali che ebbero una importante attenzione mediatica soprattutto per la dimensione emotiva che i casi suscitavano sulla collettività, piuttosto che quella prettamente tecnico-giuridica.

Il tema assunse dal biennio 2007-2008 un rilievo etico, sociale e addirittura politico concentrando l'attenzione pubblica sui casi di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro che misero in evidenza la intollerabile lacuna legislativa specifica sul fine vita e sul rifiuto alle cure per i soggetti la cui salute fosse ormai irrimediabilmente compromessa, nonché sulla liceità delle pratiche

⁸⁸ Ibidem, p. 146.

mediche condotte dal personale sanitario nell'espletamento delle proprie funzioni, evitando il rischio di incorrere in imputazioni di tipo penale.

La prima vicenda umana e giuridica è quella di Piergiorgio Welby a cui a soli 18 anni venne diagnosticata una grave forma di distrofia muscolare, irreversibile e degenerativa, che lo condusse col tempo ad uno stato di paralisi completa con conseguente impossibilità di alimentazione e respirazione autonoma ma con il mantenimento delle proprie facoltà mentali.

Lo stesso Welby, pienamente cosciente della propria malattia, la racconta così: "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 più 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 solitamente 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 supererà i vent'anni*. Lascio gli studi e tra il 1969 ed il 1971 giro l'Europa. Non muoio, ma la malattia si aggrava... negli anni ottanta vi è un ulteriore aggravamento: non posso più camminare". Successivamente raggiunge l'insufficienza respiratoria, ultimo stadio della malattia, e si ritrova 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 la percezione 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!”⁸⁹.

Dalle parole dello stesso Welby si evince come lui vivesse la propria condizione di “orrore quotidiano” come “esistenza inutile”, ritrovandosi completamente immobile e dipendente da macchinari.

Resosi conto della irreversibilità della propria patologia, arrivò a contattare l'associazione radicale *Luca Coscioni*, che promuove la libera ricerca scientifica nonché il rispetto dei diritti del malato, per porre fine alle proprie sofferenze e a un'esistenza ormai insostenibile; con l'appoggio dei parenti e dei soci della *Coscioni*, scrisse anche una lettera al Presidente della Repubblica, per sensibilizzare la coscienza pubblica attorno al tema.

Nonostante tale richiesta suscitò un forte clamore mediatico e divise l'opinione pubblica, il suo appello rimase inascoltato.

Arrivò il 2006 e, ormai stremato, Welby decise di interrompere il trattamento di ventilazione polmonare, sotto sedazione, ma sia il medico curante che la struttura sanitaria che lo ospitava si rifiutarono di compiere il distacco dell'apparecchio.

Allora si rivolse al Tribunale Civile di Roma presentando ricorso ex articolo 700 c.p.c. per ottenere un provvedimento urgente che obbligasse i medici ad attendere alla sua richiesta di interruzione dei trattamenti sanitari cui era sottoposto⁹⁰.

Il ricorso però venne dichiarato inammissibile; nell'ordinanza di rigetto il giudice riconosce pienamente il diritto all'autodeterminazione e l'importanza del consenso informato che permettono “alla persona, in un'epoca in cui le continue conquiste e novità scientifiche nel campo della medicina consentono

⁸⁹ Piergiorgio WELBY, *Lasciatemi morire*, Rizzoli, Milano, 2006.

⁹⁰ Art. 700 c.p.c.: “[...] chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

di prolungare artificialmente la vita, lasciando completamente nelle mani dei medici la decisione di come e quando effettuare artificialmente tale prolungamento, con sempre nuove tecnologie, di decidere autonomamente e consapevolmente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se ed a quali cure sottoporsi”; riconosce anche il mutamento del rapporto medico-paziente e della rilevanza assunta dal consenso informato, che “ha spostato il potere di decisione del medico al paziente, in cui quest'ultimo è diventato protagonista del processo terapeutico. In quadro di riferimento dei principi generali si rinvia innanzitutto negli artt. 2, 13 e 32 Cost., ed abbraccia la tutela e promozione dei diritti fondamentali della persona, della sua dignità ed identità, della libertà personale e della salute”.

Anche la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale con le rispettive pronunce hanno permesso a tale principio di emergere, nel senso che “qualsiasi atto invasivo della sfera fisica, sia di natura terapeutica che non terapeutica, non può avvenire senza o contro il consenso della persona interessata, in quanto l'*inviolabilità fisica* costituisce il *nucleo* essenziale della stessa libertà personale; mentre l'imposizione di un determinato trattamento sanitario può essere giustificato solo se previsto da una legge che lo prescrive in funzione di tutela di un interesse generale e non a tutela della salute individuale e se è comunque garantito il rispetto della *dignità* della persona (art. 32 Cost.)”⁹¹.

Il motivo di tale rigetto riguardava però l'assenza di una normativa specifica che delineasse il perimetro del diritto alla vita rispetto all'accanimento terapeutico; infatti secondo il giudicante l'ordinamento giuridico non prevedeva “nessuna disciplina specifica sull'orientamento del rapporto medico-paziente e sulla condotta del medico ai fini dell'attuazione pratica del principio di autodeterminazione per la fase finale della vita umana. [...] Esso lascia il posto

⁹¹ Tribunale Civile di Roma, sez. I, ordinanza del 16 dicembre 2006.

alla interpretazione soggettiva e alla discrezionalità”. Conclude affermando che “in assenza della previsione normativa degli elementi concreti [...] va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell’azione da far valere nel giudizio di merito e, di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità [...]”⁹².

Tale decisione venne impugnata dal Pubblico Ministero secondo cui anche in assenza di una legge specifica era doveroso applicare per lo meno la Costituzione ed i suoi principi, ma Welby, non attendendo oltre, contattò direttamente il dottor Mario Riccio, medico anestesista, che, accettando la sua volontà, staccò il respiratore previa somministrazione di sedativi, cagionandone la morte per arresto cardiocircolatorio per insufficienza respiratoria il giorno 20 dicembre 2006.

A carico del dottor Riccio si instaurò un procedimento penale con ipotesi del reato di *omicidio del consenziente* ex articolo 579 c.p., ma per costui il P.M. formulò la richiesta di archiviazione, respinta poi dal G.I.P. che dispose alla Procura della Repubblica di formulare l’imputazione coatta.

Il Giudice per le Indagini Preliminari di Roma sviluppa il proprio percorso decisionale attraverso un ragionamento che in parte avalla la posizione sostenuta dal Giudice Civile.

Per prima cosa il G.I.P. sostiene l’esistenza di un incontestabile diritto alla libertà di cura, ai sensi dell’art. 32 Cost., a cui deve essere data attuazione anche in assenza di una specifica normativa con il solo limite degli altri diritti costituzionalmente garantiti, nel novero dei quali rientra anche il *diritto alla vita*, che devono essere tra loro armonizzati e la cui interpretazione deve essere rimessa al giudice.

In quest’opera di valutazione caso per caso si deve sempre tenere conto di come il *diritto alla vita* sia sacro, inviolabile ed indisponibile e funga da limite per tutti gli altri diritti; nel caso in esame, prosegue poi il giudice, non viene

⁹² Ibidem.

riscontrato alcun accanimento terapeutico poiché il sostegno vitale applicato a Welby non era qualificabile in alcun modo come *cura* in senso stretto.

Il G.I.P. riprende le parole del Giudice Civile sulla necessità di una normativa *ah hoc* per delineare il perimetro di liceità della condotta del medico nell'esercizio dei propri compiti, che altrimenti dovrebbe fare affidamento solo sulla propria discrezionalità; nega quindi una interpretazione estensiva in tal senso all'articolo 32 della Costituzione e che esso possa superare gerarchicamente il diritto alla vita già citato.

Per concludere, è opinione del giudicante che nel caso in esame sussista a carico del dottor Mario Riccio il reato di *omicidio del consenziente* di cui all'art. 579 c.p., poiché, trascurando la decisione resa in sede civile e non essendo nemmeno il medico curante di Welby, avendo con quest'ultimo un rapporto professionale *superficiale*, aveva posto in essere la condotta illecita⁹³.

La tesi prospettata in fase di indagini preliminari però viene successivamente ribaltata dal Giudice per l'Udienza Preliminare che al termine di questa emana sentenza di proscioglimento per non luogo a procedere e assolve il medico.

Il G.U.P. nella sentenza di assoluzione in prima istanza ripercorre la vicenda umana di Piergiorgio Welby, la malattia e le di lui manifestazioni di volontà fino al momento della morte.

Passa poi ad analizzare il quadro clinico prospettato dal dottor Riccio constatando la corrispondenza con i risultati dell'accertamento medico-legale e chimico disposto sulla salma dalla Procura.

Per quanto riguarda l'inquadramento giuridico, il G.U.P. ripercorre i passaggi che hanno sostenuto i ragionamenti del Giudice civile e del Giudice per le Indagini Preliminari nelle precedenti fasi di giudizio.

Nella sua pronuncia egli innanzitutto rileva come al medico spetti solamente il compito di dare attuazione alla volontà del paziente e confuta poi il rischio di *discrezionalità del medico* prospettato da entrambi i giudici precedenti

⁹³ G.U.P. del Tribunale di Roma, sentenza del 23 luglio 2007, n. 2049.

affermando che “la scelta di rifiutare o interrompere o meno la terapia [...] spetta e deve essere esercitata unicamente dal titolare del diritto e segnatamente dal paziente”. Nel caso in esame “il medico si è limitato a controllare la sussistenza di una richiesta consapevole ed informata di Piergiorgio Welby e, soltanto dopo, ha proceduto ad interrompere la terapia, così come gli era stato richiesto”⁹⁴.

Di conseguenza il dottor Riccio era responsabile di aver posto in essere una condotta *discrezionale* ma invece si era solamente attenuto alla volontà chiara del paziente.

Il magistrato concorda poi nel non configurare l'*accanimento terapeutico*, ma per motivi diversi rispetto al G.I.P., infatti che “il mantenimento della terapia di ventilazione assistita, nonostante il dissenso del malato, non può essere giuridicamente qualificato come accanimento terapeutico [...], bensì come violazione di un diritto del paziente, costituzionalmente garantito, che aveva espresso la sua volontà consapevole ed informata di interruzione della terapia in atto”. Nonostante la diversa qualificazione dell'ipotesi in esame il giudice evidenzia che le conseguenze non cambiano minimamente “poiché non è l'esistenza dell'accanimento terapeutico a connotare di legittimità la condotta del medico che faccia cessare la terapia di sostegno vitale; bensì è la volontà espressa dal paziente di voler interromperla ad escludere la rilevanza penale della condotta del medico che interrompa il trattamento”⁹⁵. Smentisce il G.I.P. dichiarando altresì che la ventilazione assistita è da qualificarsi come terapia o come trattamento sanitario e che perciò quando Piergiorgio Welby richiese il distacco esercitò il suo diritto di interrompere un trattamento sanitario nel rispetto della Costituzione.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem.

Inoltre l'esistenza di un rapporto medico-paziente non dipende dalla durata della cura né rileva che tra Welby e il dottor Riccio vi fosse un rapporto *superficiale* o meno.

Infine afferma l'inesistenza all'interno dell'ordinamento di una normativa che preveda la preventiva valutazione giudiziaria di legittimità per chiunque voglia esercitare il personale diritto al rifiuto di terapie mediche.

Il giudice prosegue la sua analisi spostandosi sul piano etico della questione, analizzando il *diritto alla vita*, implicitamente affermato dall'ordinamento, e il *diritto al rifiuto delle cure*, già riconosciuto nelle prelieve fasi di giudizio, sancito all'art. 32 co.2 della Costituzione.

Il diritto costituzionale appena citato non sarebbe da leggersi come assoluto ma anzi incontrerebbe limiti tassativamente previsti dal tenore letterale della norma: un individuo, a precise condizioni, potrà essere sottoposto doverosamente ad un trattamento sanitario *determinato* solo qualora la sua sottrazione vada a ledere la salute altrui. Segue la norma, solamente il legislatore, non il medico, né un giudice o un'autorità religiosa, potrà obbligare un soggetto ad essere sottoposto ad uno *specifico* trattamento con una puntuale previsione normativa, sempreché non offenda il *valore* della persona. In ciò non vi è però nessun obbligo legislativo in capo ad alcuno di essere sottoposto a terapie contrarie al proprio diritto di autodeterminazione e della propria dignità, che non inficino in alcun modo il benessere collettivo⁹⁶.

La conclusione a cui si giunge, ai sensi dell'intero ordinamento, è che la vita così come la salute, sia considerata un *diritto* e mai un *dovere*.

All'esclusione di tale coazione consegue una *libertà* di scelta del malato di rifiuto delle cure, o di interruzione delle stesse, che non dà riconoscimento giuridico ad un diritto al suicidio, solamente un *non-dovere* in capo al singolo.

⁹⁶ Antonio VALLINI, *A proposito del "caso Welby". Linguaggi e principi tra la legge, la politica e i media*, in *Il Mulino – Rivisteweb*, 2017, fasc. 1, p. 27.

Tale diritto al rifiuto ai trattamenti sanitari non trova unico riconoscimento all'interno della Costituzione all'articolo 32, ma rientra a pieno titolo tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 e tra le libertà personali ex art. 13, nonché a livello subordinato dalla legge sull'Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale⁹⁷.

Viene altresì confermato a livello internazionale dalla *Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina* in tema di espressione di consenso informato da parte del malato⁹⁸.

Il medesimo rilievo al consenso informato viene dato dal *Codice di Deontologia Medica*, che prevede che esso debba essere acquisito dal medico ai sensi dell'articolo 35, e anche dalla *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, la *Carta di Nizza*⁹⁹.

Non è da meno la Corte Costituzionale che, attraverso numerosi interventi, ha fornito diversi chiarimenti, riportati dal G.U.P. in sentenza, a sostegno dell'efficacia del diritto al rifiuto delle cure.

Essa ha affermato che "i principi fondamentali di libertà, tra cui rientra a pieno titolo quello sancito dall'art. 32 co. 2 Cost., debbono essere immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia *erga omnes*"¹⁰⁰.

Ha poi ritenuto che l'intervento chirurgico di disposizione del proprio corpo, se effettuato in conformità con il diritto alla salute all'art. 32 Cost., intesa come equilibrio tra aspetti fisici e psichici della persona, è consentito poiché prevale sull'articolo 5 del codice civile¹⁰¹.

In un'ulteriore pronuncia viene espressamente riconosciuta la possibilità di disporre del proprio corpo quale manifestazione dell'invulnerabilità della libertà personale ex art. 13 della Costituzione¹⁰².

⁹⁷ Art. 33, legge del 23 dicembre del 1978, n. 833 di *Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*.

⁹⁸ Art. 5, *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina*, 1997.

⁹⁹ Art. 3, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2000.

¹⁰⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 45/1964.

¹⁰¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 161/1985.

¹⁰² Corte Costituzionale, sentenza n. 471/1990.

Da ultimo la Corte ha escluso che una persona possa essere sottoposta contro la propria volontà a subire un intervento sanitario, in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga¹⁰³.

La stessa linea interpretativa è abbracciata anche dalla Corte di Cassazione, che, in diverse sentenze, ha ribadito con chiarezza che l'individuo ha il conclamato diritto rifiutare trattamenti medici e che la sua libera e consapevole volontà debba essere necessariamente rispettata, come non può essere disatteso il diritto all'autodeterminazione sanitaria, che non necessita di una norma attuativa poiché già perfetto. In tale scenario la scriminante dello *stato di necessità*, ai sensi dell'art. 54 c.p., di intervento del personale medico-sanitario, non sarebbe da applicarsi in caso di chiara e cosciente manifestazione di volontà da parte del paziente.

Ritornando al caso in esame, è da questi presupposti che il G.U.P. contesta le posizioni dei giudici che lo hanno preceduto tanto in sede civile quanto in quella penale.

Innanzitutto, il G.U.P. constata come, in una situazione di vuoto normativo della materia in questione, in presenza *consenso* o *dissenso* informato del malato, il suo inviolabile e supremo diritto ad autodeterminarsi terapeuticamente, in caso di conflitto, non debba automaticamente ritenersi depotenziato rispetto ad altri principi, direttamente o indirettamente riconosciuti dalla Carta fondamentale, quale il diritto alla vita o all'integrità fisica. Una operazione di tal fatta non sarebbe giustificabile né in virtù di una norma né di un principio, qualsiasi sia il rango.

Precisa poi il giudice che tale consenso dovrà rispettare alcuni requisiti imprescindibili: dovrà essere *personale*, proveniente dal titolare stesso del diritto alla vita che subirà un pregiudizio; *reale*, espresso compiutamente e chiaramente e non frutto di una condizione di sofferenza; *libero* e *autentico*, non apparente o condizionato da terzi e collegato a situazioni concrete di

¹⁰³ Corte Costituzionale, sentenza n. 238/1996.

malattia; *valido* e *informato*, ossia consapevole; infine *attuale*, non essendo sufficiente una precedente manifestazione in tal senso¹⁰⁴.

Viepiù, al contrario della posizione assunta dal G.I.P. nella sua ordinanza, il *diritto alla vita*, mai esplicitamente enunciato in Costituzione, potrebbe sì considerarsi fondamentale, indisponibile e facente parte del *nucleo essenziale* dei diritti dell'uomo, ma non certo *sacro*, e quindi allo stesso livello degli altri diritti nella gerarchia delle fonti del diritto positivo.

Consegue che “anche la difesa approntata dall'ordinamento alla inviolabilità della vita deve cedere di fronte alla condotta del medico che possa metterla a rischio o addirittura pregiudicarla, se tale condotta sia stata posta in essere in ossequio alla volontà liberamente e consapevolmente espressa, sulle terapie cui sottoporsi o non sottoporsi, dallo stesso titolare del bene protetto”¹⁰⁵.

Si precisa in séguito che l'àmbito si esplica questo diritto all'autodeterminazione è quello di un rapporto riguardante prestazioni sanitarie, e quindi *qualificato*, tra medico e paziente, in cui il primo, attraverso una astensione ovvero una attuazione, sarà tenuto a rispettare in ogni caso le volontà del secondo preventivamente acquisite, siano esse di segno positivo che negativo.

In tale ottica il medico, appunto qualificato in ragione della sua professione, sarà vincolato al rispetto anche delle volontà di ordine negativo del proprio assistito, giacché, nell'espletamento di tale condotta tra i due concordata, egli adempirà ad un *suo* precipuo dovere cui è chiamato a rispondere.

Ne consegue che, rispetto al caso oggetto di giudizio, in virtù dell'adempimento dei diritti e dei doveri che conseguono dall'esercizio della sua professione medica, il dottor Riccio ha posto in essere sì una condotta *commissiva* ascrivibile al reato di *omicidio del consenziente* di cui all'art. 579

¹⁰⁴ Ferrando MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET Giuridica, Torino, 1990, pp. 427, 428.

¹⁰⁵ G.U.P. del Tribunale di Roma, sentenza del 23 luglio 2007, n. 2049.

c.p., integrando gli elementi costitutivi e psicologici della fattispecie, ma anche il *nesso condizionalistico* tra tale condotta e il successivo evento-morte.

Egli tuttavia non risponderebbe penalmente di tale illecito poiché “avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall’art. 51 c.p.”¹⁰⁶.

Il magistrato specifica che da una parte Piergiorgio Welby ha esercitato un proprio legittimo diritto di sottrarsi alla ventilazione meccanica che gli permetteva di respirare, dall’altra l’anestesista Mario Riccio aveva in capo a sé il *dovere* di non attuarlo o di sospenderlo; potrebbe ravvisarsi ora un caso di eutanasia passiva consensuale, non punibile alla stregua di un omicidio poiché, come visto pocanzi, il medico non aveva nel caso di specie l’obbligo giuridico di impedire l’evento morte ma solo di seguire le volontà di Welby¹⁰⁷. Al giudice però appare fuorviante e inutile ai fini della decisione definire la vicenda in questione come caso di eutanasia, o di suicidio assistito o addentrandosi nell’accanimento terapeutico.

Il G.U.P. nelle proprie conclusioni adotta una interpretazione quanto mai estensiva della scriminante all’art. 51 c.p., e in più auspica, quale unica soluzione, una riformulazione meno ampia della sfera di applicabilità dell’*omicidio del consenziente*, “escludendo esplicitamente l’ipotesi del medico che, ottemperando la volontà del paziente, cagioni la morte di quest’ultimo”¹⁰⁸. Rinvenendo così tutti gli elementi di tale scriminante non si può che desumere la liceità della condotta realizzata dall’imputato: il giudice infatti lo assolverà emettendo in data 23 luglio 2007 sentenza di non luogo a procedere, non punibile in ragione della sussistenza dell’esimente dell’adempimento di un dovere da parte di un soggetto qualificato.

Ciò che emerge da tale provvedimento è che il giudice abbia qui elaborato una *scriminante procedurale*, una *regola di giudizio* fortemente legata al caso

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Antonio VALLINI, op. cit., p. 26.

¹⁰⁸ G.U.P. del Tribunale di Roma, sentenza del 23 luglio 2007, n. 2049.

concreto esaminato ma che non si dimentica del rispetto dei fondamentali precetti costituzionali.

Egli infatti, consapevole che una condanna nei confronti di un medico che aveva solamente rispettato una piena e reiterata volontà del paziente Welby fosse iniqua, traccia il confine tra liceità ed illiceità e definisce concetti quali rifiuto alle cure e consenso informato: essi non vengono legittimati *tout court*, ma, a precise condizioni, non integreranno condotte antiggiuridiche¹⁰⁹.

L'importanza di questo pronunciamento, insieme a quello sul caso Englaro di cui si parlerà a breve, risiede nel fatto che ha riportato il tema dell'*eutanasia*, e di tutti i concetti che ne fanno da corollario, al centro del pubblico interesse e ha risvegliato la sensibilità collettiva, facendo da apripista rispetto ad una produzione normativa che sta prendendo piede per rendere giustizia ai soggetti più deboli e necessitanti di tutela.

6. Il paziente incapace: “caso Englaro”.

La seconda vicissitudine umana e giudiziaria che riportò l'attenzione pubblica sul tema del fine vita è quella legata ad Eluana Englaro e al problema giuridico della formazione della volontà quando il paziente si trovi in uno stato di incapacità di manifestare le proprie volontà cliniche.

Tutto iniziò il giorno 18 gennaio 1992 quando una poco più che ventenne Eluana Englaro perse il controllo della sua auto a causa del fondo stradale ghiacciato e subì un grave incidente riportando gravi lesioni cerebrali.

Giunse all'ospedale di Lecco in stato di incoscienza ed entrò poi in coma, tanto che dopo alcuni giorni i medici ritennero necessario sottoporla a tracheotomia

¹⁰⁹ Sergio SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto Penale e Processo*, 2007, fasc. 12, p. 1561.

in virtù dei propri doveri deontologici, nonostante l'opposizione dei genitori a tale pratica.

Uscì dal coma dopo alcuni mesi ma rimase in uno stato vegetativo di semi-coscienza, considerato da subito irreversibile, e fu in seguito sottoposta a nutrizione artificiale attraverso un sondino naso-gastrico, condizione che perdurò per 17 anni.

Nel 1994, dopo due anni dall'incidente, i medici comunicarono ai familiari che la ragazza era certamente entrata in Stato Vegetativo Persistente (S.P.V.), che, poiché protratto nel tempo e divenuto irreversibile, si tramutò in permanente; per tale motivo fu trasferita in un istituto di suore affinché si occupassero della sua degenza.

Da quel momento, resasi ormai conto delle gravi condizioni di salute in cui versava Eluana, la famiglia chiese la sospensione dei trattamenti sanitari a cui veniva sottoposta per rispettare le volontà che ella aveva precedentemente manifestato di contrarietà a qualsiasi attività che rientrasse nel cosiddetto *accanimento terapeutico*.

Cominciò così una vera e propria battaglia legale per il padre Beppino Englaro a colpi di ricorsi per il rispetto della dignità della figlia e della considerazione che lei aveva della vita: veniva invocata l'osservanza dell'articolo 32 della Costituzione e del *diritto all'autodeterminazione*.

Il primo ricorso fu presentato nel 1999 al Tribunale di Lecco con istanza di interruzione della nutrizione artificiale ma fu rigettato per inammissibilità in quanto incompatibile con l'articolo 2 della Costituzione che tutela il diritto alla vita come primo fra tutti i diritti umani inviolabili, considerato indisponibile anche per il suo titolare.

Nello stesso anno Beppino Englaro presentò reclamo presso la Corte di Appello di Milano contro tale decreto ma anch'esso fu rigettato ma per motivi differenti: era impossibile accogliere la domanda del ricorrente poiché idratazione e nutrizione non potevano considerarsi trattamenti terapeutici, e con ciò non si configurava la figura dell'accanimento terapeutico; ulteriore

motivazione fu che il dibattito sul tema, sia in ambito medico che giuridico, non era unanime ed era tutt'altro che giunto a una conclusione.

Nel 2002 fu presentato dal padre di Eluana, che nel frattempo era stato nominato tutore legale della figlia, un nuovo ricorso sempre al Tribunale di Lecco ma questo fece la medesima fine dei precedenti: il Collegio dichiarava il *diritto alla vita* prevalente rispetto a quello all'autodeterminazione, con il divieto di demandare ad un soggetto terzo qualsiasi decisione in ordine al mantenimento in vita dell'avente diritto incapace.

Anche qui fu proposto appello ed anche in questo caso la Corte di Milano rigettò il reclamo a motivazione del fatto che fosse impossibile operare una interpretazione integrativa, in mancanza di una norma di legge, delle manifestazioni di volontà anticipate per il paziente in stato vegetativo.

Sempre Beppino, non arrendendosi, nel 2005 presentò ricorso in Cassazione che avallò la posizione dei giudici precedenti, rigettandolo per una questione di carattere procedurale per mancata nomina di un curatore speciale, di cui era "necessaria la presenza" per instaurare il contraddittorio, lasciando intendere una sorta di apertura della Suprema Corte¹¹⁰.

Nel biennio 2005-2006 vi furono ulteriori tentativi: venne nominato il curatore speciale che, congiuntamente al tutore, si rivolse ancora una volta prima al Tribunale di Lecco, che dichiarò inammissibile il ricorso, e poi alla Corte d'Appello di Milano che, accolse sì il reclamo, ma lo rigettò nel merito dato che le dichiarazioni precedenti di Eluana non potevano considerarsi idonee a far prevalere il diritto all'autodeterminazione su quello alla vita, in un'opera di bilanciamento dei due.

Si arriva così al ricorso in Cassazione del 2007, svolta decisiva in questa travagliata vicenda, che sfocerà in sentenza di rinvio alla Corte d'Appello che nel 2008 con la sua pronuncia autorizzerà finalmente il distacco del sondino che manteneva in vita Eluana, ponendo fine alla sua condizione.

¹¹⁰ Corte di Cassazione, ordinanza del 20 aprile 2005, n. 8291.

Con tale ricorso, la famiglia e primo fra tutti il padre, richiedeva l'autorizzazione all'interruzione dell'idratazione e della nutrizione artificiale in ossequio alle opinioni espresse da Eluana prima che entrasse in coma non essendo più in grado di comunicare le proprie convinzioni.

La Corte, dopo aver ripercorso la vicenda previa processuale e la posizione del ricorrente, afferma prima di tutto, in tema di trattamenti sanitari, l'importanza del *consenso informato*, inteso come "forma di rispetto per la libertà dell'individuo ed un mezzo per perseguimento dei suoi migliori interessi"; esso è altresì "scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente"¹¹¹.

Il consenso informato si pone alla base del rapporto tra medico e paziente, tale per cui in sua assenza l'intervento del medico è da considerarsi sicuramente illecito, e trova fondamento *in primis* nelle norme costituzionali, negli articoli 2, 13 e 32, ma non solo: trova riconoscimento anche nel codice deontologico medico, in numerose pronunce giurisprudenziali nonché in fonti sopranazionali, quali la *Convenzione di Oviedo*, sui diritti umani e la biomedicina, e la *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*.

Esso è elevato a principio cardine dell'ordinamento e non può soccombere nel bilanciamento con altri diritti umani di pari rango.

Secondo gli *ermellini* tale gerarchia non può essere sovvertita nemmeno in condizione di stabile incapacità di un paziente di esprimere una volontà: al vertice restano in ogni caso *consenso informato e diritto all'autodeterminazione* del malato, come se fosse cosciente.

Procede poi la Corte a determinare il contenuto di tale concetto: "il consenso informato ha come correlato non solo la facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la

¹¹¹ Corte di Cassazione, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748.

terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”¹¹².

Tale possibilità rientra nel principio personalistico che informa l'intera Costituzione e “deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita”; inoltre “il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo coattiva”, ma il diritto in questione deve spiegarsi nel quadro dell'alleanza terapeutica in cui il paziente, in concerto con il medico, esprime le proprie volontà¹¹³.

L'analisi dei giudici si concentra poi sul soggetto incapace, come nel caso di specie, in particolare sul problema del soggetto che non sia nel possesso delle proprie capacità e che non abbia preventivamente messo per iscritto le proprie volontà, tutto questo in una situazione di “attuale carenza di una specifica disciplina legislativa”.

Il problema viene risolto attraverso un rimando alla Costituzione italiana e ai suoi principi: “In caso di incapacità del paziente la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l'attuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico per il paziente. E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato e il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati”¹¹⁴.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Ibidem.

L'operazione svolta dalla Corte qui è quella di limitare il principio dello *stato di necessità*, di cui si era avvalso in precedenza il personale medico per rifiutarsi di compiere il distacco del sondino, e viene enunciato il principio di *parità di trattamento* tra soggetti capaci ed incapaci, sempre nel quadro dei principi costituzionali¹¹⁵.

Alla Corte a questo punto si prospetta la questione relativa a chi possa essere il soggetto giuridico in grado di mantenere il *dualismo* nel rapporto in esame, quello tra medico e paziente, nel processo di elaborazione della decisione medica, se ovviamente l'avente diritto è incapace; si prospetta anche la necessità di stabilire i limiti entro cui si esplica tale intervento di questo soggetto terzo, individuato nel rappresentante legale, vincoli che chiaramente non si avrebbero se il paziente avesse l'esercizio diretto di tale potere di espressione.

È necessario quindi delimitare il ruolo del tutore legale e la sua posizione rispetto al rappresentato.

Il *diritto alla salute*, ex art. 32 Cost., ha carattere personalissimo e con questo il tutore non ha potere incondizionato di disporre della persona in stato di incoscienza di cui fa le veci; egli ha l'obbligo di agire nell'interesse dell'incapace e quindi *con* lui, cercando di ricostruirne la presunta volontà: non si deve mai esprimere *al posto* né *per* l'incapace.

Egli deve ricostruire la presunta volontà della persona che si trova in stato di incoscienza tenendo conto dei desideri e delle dichiarazioni dell'interessato prima di cadere in tale stato di perdita di coscienza, ossia da *chiari, univoci, convincenti elementi di prova* che dipendono dalla sua personalità, stile di vita, valori, convinzioni, inclinazioni.

¹¹⁵ Amedeo SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2016, p. 89.

Il tutore effettua le sue scelte a tutela della vita del paziente ma senza dimenticarne la dignità personale, sempre in base alle precedenti dichiarazioni da valorizzare correttamente e ragionevolmente.

In questo suo compito adotterà il cosiddetto *criterio della volontà presunta* del rappresentato che viene *soggettivizzata*, resa soggettiva dal tutore che è chiamato a darne una lettura, accertamento che secondo la Cassazione la Corte d'Appello avrebbe omesso di svolgere¹¹⁶.

Il tutore legale quindi *sta* per il rappresentato nel confronto con i medici, è portatore e garante dell'esecuzione delle volontà del paziente ed interprete delle sue dichiarazioni, con però il necessario controllo del giudice.

Secondo la Corte il giudice infatti non possiede il potere di ordinare il distacco del sondino naso-gastrico ma ha la competenza solo accertare la legittimità della scelta del legittimo rappresentante nell'interesse dell'incapace; se tale controllo ha esito positivo, può essere autorizzata la scelta avanzata del tutore, ma ciò può avvenire alla ricorrenza di due necessari presupposti: "Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione e idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), 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

¹¹⁶ Ibidem.

tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalla 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"¹¹⁷.

In questo modo la regola di giudizio del potere di rappresentanza incontra precisi limiti alla sua operatività e in questo modo i giudici fissano legge del caso concreto, quello di Eluana.

Nel caso di divergenza di opinione tra medico e tutore l'avviso di questi ultimi è che si debba risolvere con la prevalenza della volontà del rappresentante proprio in virtù di tale preventiva autorizzazione giudiziale, esattamente come se la persona fosse capace e cosciente e in grado di esprimersi in tal senso.

La Corte si occupa anche della distinzione tra rifiuto alle cure ed eutanasia affermando che la prima è un "atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale" e non intendendo in alcun modo fornire legittimità alla seconda con la propria pronuncia¹¹⁸.

La sentenza della Cassazione operò quindi un rinvio ad una diversa sezione della Corte d'Appello di Milano affinché si attenesse al principio di diritto ivi enunciato e autorizzasse il distaccamento dell'alimentazione artificiale.

I giudici milanesi stabiliscono qual è il compito di cui sono investiti, ossia "controllare, con logico apprezzamento di fatto delle prove acquisite la correttezza della determinazione volitiva del legale rappresentante

¹¹⁷ Corte di Cassazione, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748.

¹¹⁸ Ibidem.

dell'incapace nella sua conformità alla presumibile scelta che, nelle condizioni date, avrebbe fatto anche e proprio la rappresentata, di cui il tutore si fa e deve farsi portavoce: nulla di più e nulla di meno"¹¹⁹.

Riconoscono poi l'efficacia delle prove assunte a dimostrare la volontà del paziente ed escludono che il tutore avesse interessi diversi da quelli del veder rispettate le volontà di Eluana.

La Corte d'Appello di Milano possiede elementi necessari per autorizzare "l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale realizzato mediante alimentazione e idratazione con sondino naso-gastrico" e in tal senso dispone: muore così Eluana il giorno 9 febbraio 2009¹²⁰.

Questo decreto però sembrerebbe porre problemi penalistici di non minimo rilievo. Esso infatti potrebbe configurare il combinato disposto degli articoli 40 comma 2, sul *rapporto di causalità*, e 575 del codice penale, sul reato di *omicidio*, in capo a tutore e personale sanitario.

Ai sensi dell'art. 40 co. 2 c.p. infatti "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo" e nel caso in cui questo evento sia la morte, la conseguenza ovvia è quella di integrazione della fattispecie di omicidio.

Nel caso di specie infatti sussistono sia gli oggettivi e soggettivi di tale reato, dati dalla consapevolezza e dalla volontarietà di provocare l'evento-morte della ragazza, ma può legittimamente affermarsi che il medico abbia l'obbligo di mantenere in vita indefinitamente un paziente in stato vegetativo permanente, in particolare attraverso la somministrazione di liquidi e sostanze nutritive?¹²¹.

Il dubbio in questa sede prospettato pare sia prontamente risolto dalla Corte che ha escluso che in capo al medico sussista un *dovere* di salvaguardare ad

¹¹⁹ Corte d'Appello di Milano, decreto del 25 giugno 2008.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Francesco VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, fasc. 8, p.1035.

ogni costo la vita di un paziente, quando costui manifesti la propria volontà contraria in ordine all'esecuzione o alla prosecuzione del trattamento sanitario cui è sottoposto; il *dissenso* del paziente e il suo *diritto all'autodeterminazione* costituiscono il limite invalicabile al *dovere di cure* che il medico e i membri del personale ospedaliero avrebbero.

Così non è possibile configurare in capo a costoro un addebito per omesso impedimento dell'evento di cui all'art. 40 co.2 c.p. poiché il sanitario, e con lui i membri dell'*équipe*, si sarà limitato solo a rispettarne le volontà.

Per il caso di Eluana Englaro la Suprema Corte arriva a negare la vecchia tesi secondo cui ogni trattamento medico sia giustificato in quanto attività di elevato valore sociale e di salvaguardia di beni di rango costituzionale: ogni trattamento medico è una attività più o meno invasiva dell'integrità del corpo del paziente e incide per questo sui suoi diritti fondamentali, come il *diritto all'integrità fisica*, e con ciò si rende necessaria una positiva giustificazione fornita dall'ordinamento per legittimare tale invasione¹²².

La prima ragione legittimante è il già visto consenso informato ma, ove il paziente sia incapace e fuori dei casi di urgenza, questo verrà prestato dal legale rappresentante e non dal paziente medesimo; conseguentemente, in assenza di detto consenso del rappresentante e di una situazione di urgenza il trattamento sarebbe illecito e in violazione dei diritti fondamentali.

Per tale motivo il giudice sarà chiamato a sindacare se le decisioni del tutore siano conformi al criterio dell'*interesse* dell'incapace ma riconoscendo che l'interesse non corrisponde sempre e forzatamente al mantenimento in vita del malato terminale, né alla terapia indicata dai medici come più appropriata. Dovrà essere una decisione presa da soggetto diverso dall'incapace dopo essersi calato nei panni di quest'ultimo, nella *sua* visione del mondo, della vita e della dignità.

¹²² Ibidem, p. 1039.

In virtù del criterio della *volontà presunta* dell'incapace, il tutore presta o nega il consenso in base a quella che sarebbe stata la decisione del paziente se avesse avuto la possibilità di esprimersi, dopo un attento controllo di legittimità da parte del giudice e solo alla luce del materiale probatorio fornito.

Il personale sanitario resterà garante degli interessi del morente e avrà il dovere di accompagnarlo nel trapasso, nel rispetto della sua dignità, e di conseguenza, se si asterrà dal compiere quegli interventi per mantenerlo in vita, non incorrerà in responsabilità penale.

In conclusione: il consenso del paziente o del suo legale rappresentante, se incapace, legittimano l'interruzione del trattamento: in mancanza di tali specifiche condizioni esso non dovrà essere interrotto. Ogni trattamento sanitario è una invasione del corpo e interferisce con diritto integrità fisica, perciò necessita di specifica legittimazione: se essa manca deve essere interrotto per non venire considerato addirittura accanimento terapeutico. Non viene però, né dai giudici di Cassazione né da quelli milanesi, facoltizzata qualsiasi forma di eutanasia, ma si sono semplicemente attenuti all'applicazione delle norme vigenti, su vari livelli¹²³.

Ritornando alla triste vicenda di Eluana, essa tornò in Cassazione nel 2008 tramite l'opposizione alla sentenza della stessa Corte dell'anno precedente avanzata dal Procuratore Generale; tuttavia l'impugnazione venne dichiarata dalle Sezioni Unite inammissibile per difetto di legittimazione¹²⁴.

Dato che questo caso giudiziario abbracciava valori di primario interesse e si era posta al centro di un dibattito di impatto emozionale a livello collettivo, nello stesso anno furono proposti due ricorsi dinanzi alla Corte Costituzionale da parte della Camera dei Deputati e del Senato per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato contro la famosa sentenza della Suprema Corte. Secondo i due rami del Parlamento il conflitto si configurava da un lato come *vindicatio*

¹²³ Ibidem, p. 1040.

¹²⁴ Corte di Cassazione, sentenza del 13 novembre 2008, n. 27145.

potestatis, in quanto i giudici avrebbero utilizzato la funzione giurisdizionale per modificare il sistema legislativo vigente, così invadendo l'area riservata al legislatore; la Cassazione aveva in realtà posto in essere un atto sostanzialmente legislativo, sovvertendo il principio separazione dei poteri invadendo la sfera dei diritti costituzionali della persona che, in assenza di una legge attuativa di tali diritti, non avrebbero una tutela a livello giurisprudenziale. In più Corte era stata incolpata di aver disapplicato la normativa vigente, censurando il comportamento del tutore che abbia disposto della vita del soggetto tutelato in assenza di manifestazione scritta e attuale di volontà¹²⁵. Dall'altro lato esso si manifestava come interferenza del potere giudiziario su un procedimento legislativo in corso in Parlamento, sollevando il problema del ruolo dei giudici rispetto alla Costituzione, nonché i limiti alla funzione interpretativa-creativa dello stesso potere riservato ai giudici. Si può dire che "la produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità e di legittimazione democratica"¹²⁶.

Bisogna considerare che il legislatore produce regole *pro futuro*, mentre il giudice è legato a vincoli e limiti che partono dalla stessa lettera della legge; inoltre non ci si deve dimenticare della cosiddetta *processualità* dell'agire del giudice, che lo fa operare unicamente su richiesta degli interessati.

In tale ottica la Consulta ritenne i ricorsi palesemente inammissibili: dopo averne descritti i contenuti, essa sottolineò come entrambi facessero valere vizi *in iudicando*, ed escluse sia la invasione di competenza sia la interferenza, dato che giudici, di Cassazione e di Appello, avevano emesso provvedimenti con tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali e quindi legittimamente pronunciati; la sentenza termina con il riconoscimento in capo al Parlamento

¹²⁵ Roberto ROMBOLI, *Conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro Italiano I*, 2009.

¹²⁶ *Ibidem*.

del potere legislativo e affermando che questi “può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibri fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”¹²⁷.

La tappa conclusiva di questo *iter* giudiziario vide il T.A.R. della Lombardia accogliere il ricorso tutore di Eluana e annullare l’atto amministrativo della Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia, con il quale si negava che il personale sanitario pubblico potesse procedere alla sospensione del sostegno vitale per malati in S.V.P., confermato in séguito dal Consiglio di Stato con sentenza del 2014, la n.4460.

Secondo il tribunale amministrativo il giudice è chiamato a decidere sulla richiesta di diritto anche in assenza di una norma positiva: “costituisce principio di diritto risalente e radicato nella cultura giuridica, quello secondo cui il Giudice, anche in assenza di una norma positiva espressa, non potrebbe mai ritenersi assolto dal dovere di decidere sulla richiesta di accertamento del diritto invocato dal soggetto di diritto giacché, attraverso la tecnica della interpretazione, egli deve sempre *dare conto* della esistenza o meno del diritto a chi lo interpella”¹²⁸.

La trafila giudiziaria di Beppino Englaro però non si conclude qui: dopo l’esecuzione della sentenza della Corte d’Appello di Milano e la morte di Eluana, nel 2009, contro di lui e del personale sanitario si apre un procedimento penale presso Tribunale penale di Udine, che si concluderà l’anno seguente con un decreto di archiviazione del G.I.P. per esistenza di causa di giustificazione ex articolo 51 del codice penale.

Le motivazioni di tale archiviazione innanzitutto escludono che ricorresse la possibilità che il decesso della ragazza fosse stato causato da pratiche diverse da quelle autorizzate e specificate nei provvedimenti giudiziari, grazie ad una

¹²⁷ Corte Costituzionale, ordinanza dell’8 ottobre 2008, n. 334.

¹²⁸ TAR Lombardia di Milano, sez. III, sentenza del 26 gennaio 2009, n.214.

minuziosa consulenza tecnica che ha esaminato la documentazione sanitaria nonché i risultati di specifica autopsia.

Il Giudice per le Indagini Preliminari, dopo aver passato in rassegna tutti i provvedimenti giurisdizionali che avevano costituito le tappe di tale vicenda, passò ad analizzare il contenuto della sentenza della Corte di Cassazione del 16 ottobre 2007: contrariamente all'affermazione nelle fasi precedenti di giudizio dell'inderogabile principio di tutela della vita, immanente all'ordinamento, la Corte va controcorrente enunciando un generale potere di cura della persona da riconoscersi in capo al rappresentante legale dell'incapace, in una situazione di incertezza normativa sul tema.

Il Giudice accoglie i principi stabiliti dalla Corte: il consenso informato è legittimazione e fondamento del trattamento sanitario e forma di rispetto per la libertà individuale, prevede la possibilità per il paziente di scegliere tra i trattamenti disponibili e di rifiuto o di interruzione: qualora sia informato, autentico e attuale, non potrà essere disatteso nemmeno a discapito della vita stessa.

Sottolineando il carattere personale del diritto alla salute, il soggetto incapace si dovrà affidare all'istituto della rappresentanza legale, il quale tutore non ha per un potere incondizionato di disposizione della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza, ma dovrà agire nell'esclusivo interesse dell'incapace e decidere secondo la ricostruzione della presunta volontà di quest'ultimo, ormai in stato di incoscienza.

Ove il malato si trovi in radicale incapacità di rapportarsi con il mondo esterno e sia tenuto in vita attraverso l'ausilio di presidi medici artificiali, il giudice può autorizzare, su valida richiesta del legale tutore, la disattivazione dei macchinari, qui richiamando i due famosi presupposti sanciti dalla sentenza della Cassazione numero 21748 del 2007.

Il Giudice per le Indagini Preliminari infine esclude il potere di sindacato ultimo del giudice penale sugli atti, avendolo solo nei limiti e con gli specifici mezzi previsti dalla legge: qualora l'atto giuridico sia costituito da un provvedimento

giurisdizionale il giudice penale non è abilitato a compiere alcuna valutazione circa la legittimità poiché tali provvedimenti hanno un valore *erga omnes* che può essere messo in discussione solo attraverso i rimedi previsti dall'ordinamento per gli errori giudiziari¹²⁹.

Per concludere, la prosecuzione dei trattamenti di sostegno vitale di Eluana Englaro non poteva considerarsi legittima poiché in contrasto con la volontà espressa dai suoi legali rappresentanti, nell'ambito dei presupposti per la valida espressione di volontà del paziente incapace, nonché il personale sanitario che ha operato per sospendere il trattamento e rimuovere i mezzi attraverso i quali veniva protratto hanno agito in presenza di una causa di giustificazione, quella prevista dall'art. 51 c.p., per superare la contraddizione giuridica che altrimenti si creerebbe da una parte attribuendo un diritto e dall'altra incriminandone l'esercizio.

Come nel caso Welby, i giudici non hanno mai voluto legittimare le pratiche eutanasiche, limitandosi solamente ad attuare la normativa vigente *in primis* costituzionale, ma anche i principi interazionali vincolanti per l'Italia.

Per concludere: la scelta dei giudici è stata senz'altro drammatica, nella consapevolezza del fallimento della scienza medica e la rassegnazione di fronte alla morte, ma è stata anche coraggiosa e innovativa; i giudici si posero la domanda sul motivo per il quale ancora la ragazza fosse tenuta in vita, se nel rispetto dei suoi propri interessi o per quelli di qualcun altro, e si erano pronunciati di conseguenza.

Bisogna anche dare atto della caparbia della famiglia di Eluana, soprattutto del padre, e della fiducia riposta nella giustizia e nel suo operato¹³⁰.

I magistrati hanno, come per Piergiorgio Welby, correttamente e nel modo più *giusto* adottato la regola di giudizio applicabile al caso concreto e si sono fatti portavoce e garanti della tutela dei soggetti più fragili e bisognosi di protezione.

¹²⁹ G.I.P. del Tribunale di Udine, richiesta archiviazione, R.G.N.R. 1426/09.

¹³⁰ Francesco VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, fasc. 8, p. 1041.

7. La legge n. 06/2004 e i “casi Modena”.

Nel nostro ordinamento la tutela dei soggetti più deboli è attualmente accordata da tre alternative figure che rappresentano altrettanti istituti giuridici: il tutore, il curatore e l'amministratore di sostegno; tra le suddette tipologie di ausiliario però si può dire che solamente quest'ultima sia quella principe per la protezione di chi sia più bisognoso, proprio in virtù del rapporto che essa instaura con il beneficiario, della *cura personae* e della promozione degli interessi di quest'ultimo.

Una parte della giurisprudenza di merito infatti, dal momento della sua creazione, ha fatto ricorso all'istituto dell'amministrazione di sostegno per assicurare il rispetto delle scelte di salute dei soggetti non in grado di assumere decisioni in modo consapevole e autonomo o di esprimere le proprie volontà riguardo la sottoposizione ai trattamenti sanitari, in una situazione di lacuna normativa sul tema.

In tempi recenti, a séguito dell'approvazione e dell'entrata in vigore della legge n. 219 del 2017 sulle *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, l'a.d.s. viene incaricato anche dell'attuazione delle cosiddette DAT, risolvendo una situazione che aveva diviso la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, nonché la dottrina, e che in passato aveva causato il diffondersi di ricorsi al giudice tutelare da parte di persone in salute e capaci di autodeterminarsi, volti ad ottenere la nomina di un amministratore di sostegno affinché vedessero rispettate le decisioni sulla propria salute per l'evenienza di una futura sopravvenuta impossibilità di provvedervi personalmente.

La disciplina di questo tipo di ausiliario si trova all'interno del Libro I del Codice Civile, più precisamente al Titolo XII che si occupa *Delle misure di protezione*

delle persone prive in tutto od in parte di autonomia e si apre proprio con una serie di articoli che vanno a regolamentarla.

Essa venne introdotta attraverso la legge n. 06 del 9 gennaio 2004 rubricata *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali.*

Quello dell'amministrazione di sostegno si può considerare quindi un istituto nuovo ed innovativo, che si aggiunge a quelli dell'interdizione e dell'inabilitazione e che ha come finalità, ai sensi dell'articolo 1 della presente legge, quella di "tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporanei o permanenti"¹³¹.

Per quanto riguarda le modifiche apportate al Codice Civile, la legge n. 06/2004 ha introdotto novità a tutta una serie di articoli che si sono andati ad aggiungere a quelli già rubricati nel Titolo XII in precedenza.

Aprè il Capo I l'articolo 404 c.c. che si occupa di indicare subito il soggetto destinatario di tale normativa e prevede che "La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio".

L'a.d.s. deve attivarsi quindi per assistere l'amministrato nei suoi rapporti rientranti nella sfera personale e patrimoniale al fine di garantirgli la possibilità

¹³¹ Legge 9 gennaio 2004, n. 06, *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali.*

di dare espressione e completo sviluppo alla propria identità, rimuovendo gli ostacoli che non gli consentono di realizzarsi in completezza.

Rappresenta lo strumento necessario per attivare le potenzialità della persona vulnerabile e menomata nella propria autonomia personale.

Dopo una serie di articoli a contenuto procedurale, si giunge al 409 c.c. sugli *effetti dell'amministrazione di sostegno* e stabilisce che "Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno" e che "Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana".

Viene individuato in questo modo il perimetro di azione dell'a.d.s. al quale viene riservata la capacità di agire, in *sostituzione* o in *assistenza* del beneficiario, solo ed esclusivamente per gli atti previsti in modo puntuale ed esplicito dal giudice tutelare nel decreto di nomina, atto nel quale vengono disposte le linee guida allo svolgimento dell'opera dell'ausiliario.

Si parla dunque di una protezione vincolata al reale bisogno della persona e, con riguardo ai *doveri dell'amministratore di sostegno*, ai sensi dell'articolo 410 c.c., è previsto che "nello svolgimento dei suoi compiti [...] deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario".

Inoltre è tenuto a "tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso".

Le previsioni della legge n. 06 del 2004 di revisione del Codice Civile sicuramente prendono le mosse dall'idea di centralità della persona e della sua tutela giuridica al fine di garantire la migliore qualità di vita possibile della persona stessa.

Questo è da tenere ben presente nella *scelta dell'amministratore di sostegno*, di cui all'articolo 408 c.c. che avviene "con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario"; la norma contiene altresì

un'importante previsione, nello specifico sancisce che questi possa essere "designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità [...]".

Nella nomina, il giudice tutelare deve valutare se il soggetto designato sia idoneo a garantire la "cura e degli interessi della persona del beneficiario", a trecentosessanta gradi, e proprio questo assunto fa ritenere che l'amministrazione di sostegno debba essere scelta in via primaria.

Il suo operato non si può limitare alla gestione dei soli interessi patrimoniali ma è da considerarsi come completo e misurato rispetto alle esigenze della persona amministrata in quanto tale e alla propria dignità, anche con riferimento ai *poteri di cura* per chi abbia una condizione di salute fisica o mentale compromessa che, come disposto dall'art. 409 c.c., vanno dalla mera assistenza alla vera e propria sostituzione.

Dall'entrata in vigore della novella perciò una parte maggioritaria dell'elaborazione giurisprudenziale ha recepito l'istituto in esame quale strumento per la promozione della salute del beneficiario, da estendersi anche alla situazione del malato ormai in fase terminale della propria vita, che non sia più in grado di autodeterminarsi¹³².

Per individuare i beneficiari, la giurisprudenza tutelare ha convenzionalmente raggruppato i potenziali destinatari dell'a.d.s. in quattro gruppi: il primo è costituito da coloro che si trovino in stato di incoscienza ma che abbiano in precedenza manifestato le proprie volontà attraverso disposizioni anticipate di trattamento sanitario; il secondo da coloro che versino nella medesima condizione ma che non abbiano previamente espresso alcuna volontà, cosicché l'amministratore di sostegno ha il compito di ricostruire quest'ultima operando le scelte più coerenti con la personalità, lo stile di vita e le convinzioni del beneficiario; compongono il terzo gruppo gli individui che si trovino in uno

¹³² Cristina PARDINI, *Scelte di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, fasc. 4, p. 513.

stato di presumibile, nonché prossima situazione di incapacità a provvedere ai propri interessi, dovuta a patologia progressiva irreversibile; da ultimo gli stessi beneficiari che, sebbene pienamente in salute e capaci, dispongono in ordine ai trattamenti sanitari in caso di possibile futura incapacità di autodeterminarsi¹³³.

L'amministratore di sostegno finisce per rivestire il ruolo di vero e proprio rappresentante legale a protezione non solo di chi sia ancora in grado di esprimersi, ma anche di non ne abbia più la possibilità, con un'operazione di equiparazione giuridica tra soggetti clinicamente capaci ed incapaci.

Questa posizione trovò piena adesione da parte della Suprema Corte in una sentenza che creò un importante precedente, la n. 21748 del 2007 sul caso di Eluana Englaro, secondo la quale tale legale rappresentante, nella specie il tutore, è chiamato a dare pieno compimento alle *presunte* volontà del paziente ormai divenuto incapace ed incosciente che siano pregresse a tale stato e supportate da "chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza", della sua idea di qualità della vita degna di essere vissuta¹³⁴.

L'amministrazione di sostegno è stata utilizzata anche, come visto, per dare attuazione a disposizioni previamente offerte da persone nel pieno delle proprie capacità circa trattamenti sanitari futuri ed eventuali, in ossequio al dettato dell'articolo 408 del codice civile.

La stessa Cassazione però a tal riguardo assunse anche posizioni di censura. Un esempio è dato dalla sentenza n. 23707 del 2012 nella quale rigettò i ricorsi nei gradi precedenti di una donna, nel pieno possesso delle proprie facoltà fisiche e psichiche, con la richiesta di nomina di un amministratore di sostegno

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Corte di Cassazione, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748.

attraverso scrittura privata autenticata poiché la perdita di capacità era futura e meramente eventuale.

Sia il giudice tutelare che la Corte d'Appello avevano dichiarato l'inammissibilità della richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno rigettando i rispettivi ricorsi poiché una richiesta del genere non poteva provenire da una persona pienamente cosciente e capace.

La Corte di Cassazione nel caso in esame concorda con i giudici di merito sulla distinzione tra momento della designazione dell'a.d.s., anche *pro futuro* ma sempre sul piano privatistico, e su quello di nomina vera e propria, contraddistinto dal requisito *dell'attualità* nella decisione, dato che secondo la Corte "L'intervento giudiziario [...] non può che essere contestuale al manifestarsi dell'esigenza di protezione del soggetto, dunque della situazione d'incapacità o di infermità da cui quell'esigenza origina, che [...] rappresenta presupposto dello stesso istituto e non già dei suoi soli effetti"¹³⁵.

La modificazione del Codice Civile da parte della legge n. 06 del 2004 in definitiva non fu accolta in modo unanime dalla giurisprudenza, tanto che, come visto, dopo l'entrata in vigore della novella il "campo di azione" dell'a.d.s. divenne oggetto di dibattito e di opposti pronunciamenti, riguardo ai poteri a sua disposizione per la cura della persona e venne anche messa in discussione la possibilità di esprimere il consenso o il rifiuto alle cure *in vece* del beneficiario.

Una parte della giurisprudenza infatti temeva che la figura dell'amministratore di sostegno non fosse adatta all'ambito della *cura personae* e allora optò per la negazione della possibilità per esso di compiere decisioni terapeutiche concernenti il ricorrente¹³⁶.

¹³⁵ Corte di Cassazione, sentenza del 20 dicembre 2012, n. 23707.

¹³⁶ Giulia ROTELLI, Davide TESSERA, *Diritti della personalità – Amministrazione di sostegno e urgenza terapeutica: oltre il consenso informato*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, fasc. 9, p. 1276.

Queste problematiche erano causate dall'inesistenza di una posizione normativa *ad hoc* chiara e unanime che legasse l'istituto in esame con il principio del consenso informato in ambito sanitario e a questa lacuna dovette ovviamente supplire la giurisprudenza di merito, emanando anche pronunce di segno opposto sull'attuazione circa i futuri trattamenti terapeutici.

Arriverà a risolvere la questione la nuova legge n. 219 del 2017 riguardo la manifestazione del consenso informato e le disposizioni anticipate alle cure mediche.

Nonostante le opinioni discordanti, il filone giurisprudenziale maggioritario che si affermò fu quello che vide l'a.d.s. come attuatore delle volontà terapeutiche del beneficiario circa i futuri trattamenti sanitari, e tale filone fu rappresentato in modo emblematico da due pronunce del Tribunale di Modena sempre ad opera dello stesso giudice e nel medesimo anno, una del 13 maggio 2008 e l'altra del 5 novembre, denominati convenzionalmente "casi Modena".

Il primo caso è quello appunto del decreto del 13 maggio 2008 del Tribunale di Modena relativo alla nomina dell'amministratore di sostegno *pro futuro* e del suo ruolo per risolvere i problemi legati al fine vita, per impedire l'accanimento terapeutico verso le persone divenute incapaci di intendere e di volere.

Il dott. Guido Stanzani in veste di giudice tutelare dichiarò ammissibile il ricorso per la nomina ad amministratore di sostegno del marito di una donna affetta da SLA, sclerosi laterale amiotrofica con grave insufficienza respiratoria in ventilazione meccanica non invasiva continua; ammissibile era anche la richiesta di attribuzione in capo al marito della paziente del potere-dovere di negare il consenso a trattamenti sanitari salvavita che fossero invasivi, nella specie la ventilazione forzata con tracheostomia, nel momento in cui, a causa del progredire della malattia, sopraggiunga la perdita della capacità della paziente di esprimere in prima persona il proprio dissenso e sempreché la stessa non abbia espresso una volontà opposta quando ancora in coscienza.

Insieme al ricorso vennero allegati alcuni atti che attestavano in più occasioni questa volontà della donna, ossia il proprio rifiuto ad essere intubata per consentire la respirazione meccanica.

Viene richiesta la nomina dell'amministratore di sostegno nella persona del marito poiché, nel progressivo peggioramento della malattia, la sempre crescente disabilità della donna determinerebbe "il serio rischio di una totale sua impossibilità di far valere la propria volontà [...] qualora, verificandosi una crisi respiratoria non superabile con i mezzi di cura in atto ed entrando essa in stato confusionale per la mancanza di ossigeno, i sanitari procedessero a una ventilazione forzata invasiva con tracheostomia; di qui la richiesta di un indispensabile sostegno per sostituirla, una volta sopravvenuta la sua incapacità, nell'atto di diniego del consenso alla specifica pratica medica"¹³⁷.

Il giudice fonda la propria decisione su alcuni presupposti giuridici riguardanti diritti "insuscettibili di negoziabilità", come quelli di natura costituzionale ove il principio del consenso libero e informato trova fondamento (agli artt. 2, 13, 32 Cost.), che permette alla paziente di "accettare la terapia, di rifiutarla nonché di interromperla", ma il giudicante rinviene pure la necessità di rispettare la volontà manifestata in modo inequivocabile dalla paziente, anche in caso di sopravvenuta incapacità, operando un rinvio alla famosa sentenza di Cassazione sul caso Englaro.

In questa stessa direzione vanno le disposizioni del codice civile che regolano l'istituto dell'a.d.s., le quali permettono a chi ne voglia beneficiare di poter dare indicazioni mirate a garantire il rispetto della propria volontà anche in via anticipata e in vista di una sopravvenuta incapacità.

Seguono poi alcune considerazioni giuridiche sul dettato costituzionale: il combinato disposto degli articoli sopracitati promuove in modo inequivocabile il rispetto della dignità personale e il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente, anche di quello divenuto incapace che "abbia lasciato specifiche

¹³⁷ Tribunale di Modena, decreto del 13 maggio 2008.

disposizioni di volontà volte ad escludere trattamenti salvifici artificiali che lo mantengano in vita in stato vegetativo”¹³⁸.

Se ne deduce “il dovere dell'ordinamento al rispetto di un'espressione autodeterminativa che null'altro chiede se non che il processo biologico, lungi dal venir forzato, si dipani secondo il suo *iter* naturale”, non configurandosi in alcun modo forme di legalizzazione di pratiche eutanasiche. Dalla lettura poi del secondo comma dell'articolo 408 c.c. si evince come l'istituto dell'amministrazione di sostegno sia del tutto idoneo alla realizzazione dell'intento della paziente, non essendo necessario nel caso di specie un intervento normativo in ordine al *testamento biologico*.

Si conclude che la beneficiaria del procedimento si trovi “in una posizione di doverosa tutela della volontà, lucidamente e inequivocabilmente espressa, che non le venga praticata la ventilazione forzata e la tracheostomia nel momento in cui si verrà a trovare in uno stato di incapacità. Tutela doverosa perché l'art. 32 della Costituzione non garantisce il diritto a morire ma il diritto che il naturale evento della morte si attui con modalità coerenti all'autocoscienza della dignità personale quale costruita dall'individuo nel corso della vita attraverso le sue ricerche razionali e le sue esperienze emozionali”¹³⁹.

Il marito della paziente venne conseguentemente nominato amministratore di sostegno, con il potere di negare, *in vece* della moglie, l'autorizzazione ai sanitari di procedere alla ventilazione forzata invasiva, con la precisazione che suddetto potere venga esercitato solo nel caso in cui la paziente perda la possibilità di esprimere il proprio consenso o dissenso e solo se la donna non revochi tale potere quando ancora abbia coscienza.

Il secondo caso in esame è quello del decreto dello stesso Giudice Tutelare di Modena del 5 novembre 2008 e che vide sempre il dottor Guido Stanzani e

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem.

fornisce utile esempio di applicazione pratica del principio ex art. 408 codice civile e della pratica giurisprudenziale sul tema della designazione dell'a.d.s. in previsione della propria eventuale futura incapacità riguardo la volontà contraria a trattamenti medici salvavita.

Il Tribunale di Modena riceve un ricorso dell'eventuale futuro beneficiario in cui dichiara, con scrittura privata allegata al ricorso, che "In caso di malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale, irreversibile e invalidante, malattia che mi costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione, chiedo e dispongo di non essere sottoposto ad alcun trattamento terapeutico, con particolare riguardo a rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata e artificiale. Chiedo inoltre formalmente che, nel caso in cui fossi affetto da una delle situazioni sopraindicate, siano intrapresi tutti i provvedimenti atti ad alleviare le mie sofferenze, compreso, in particolare, l'uso di farmaci oppiacei, anche se essi dovessero anticipare la fine della mia vita."

Dopo aver esposto le ragioni giuridiche a sostegno delle istanze "Il ricorrente ha chiesto che all'amministratore di sostegno vengano attribuiti, in suo nome e per conto, per il tempo di eventuale perdita della capacità autodeterminativa e sempre che, nel frattempo, non sia intervenuta manifestazione di volontà contraria, i poteri-doveri di autorizzazione alla negazione di prestare consenso ai sanitari a sottoporlo alle terapie individuate nella scrittura privata anzidetta nonché di richiedere ai sanitari coinvolti di porre in essere, nell'occasione, le cure palliative più efficaci"¹⁴⁰.

Innanzitutto il giudicante opera il consueto riferimento ai principi fondamentali di rango costituzionale che determinano la prevalenza dei diritti assoluti all'autodeterminazione al rispetto del percorso biologico naturale e al rifiuto delle cure sul personale diritto alla vita; procede poi ad argomentare la propria

¹⁴⁰ Tribunale di Modena, decreto del 5 novembre 2008.

posizione con il sostegno di pronunce della Suprema Corte, come la celebre sentenza n. 21748 del 2007 sul caso Englaro, e passando poi alla rivoluzione istituzionale grazie alla legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno, la n. 06/2004, garante non solo della tutela patrimoniale ma anche della cura della persona beneficiaria.

In riferimento poi al dettato di cui all'art. 408 c.c. si considera che "La lettera della disposizione, la sua ratio, l'enunciazione, infine, nell'ambito di una disciplina tutta incentrata sulla tutela della persona e delle sue esigenze esistenziali, autorizzano e legittimano la constatazione che l'amministrazione di sostegno è, nell'attualità, l'istituto appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l'ipotesi di incapacità che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico"¹⁴¹.

Quindi al momento dell'emanazione della sentenza ("nell'attualità") l'a.d.s. è considerata dal giudice la figura più adatta ed appropriata ad esprimere le disposizioni che potevano farsi rientrare nel *testamento biologico*, a differenza invece della pronuncia resa dallo stesso in data 13 maggio.

Il ricorso in esame viene quindi ammesso e viene nominato l'amministratore di sostegno considerato che, dopo un'approfondita analisi di diritto, viene riconosciuta rilevanza giuridica alle dichiarazioni di volontà che richiedono il rispetto del percorso biologico naturale, ed escludono il ricorso a pratiche riconducibili all'accanimento terapeutico, negando con ciò la liceità di attività che potrebbero modificarne il naturale decorso.

Attraverso questa pronuncia del giudice tutelare di Modena, si crea un importante punto di raccordo tra l'istituto dell'amministrazione di sostegno e quello che quasi dieci anni più tardi troverà riconoscimento e fondamento normativo con il nome di *testamento biologico*.

Infatti l'inerzia del legislatore sul rispetto delle volontà manifestate anticipatamente è stata superata dalla legge n.219 del 2017 su *Norme in*

¹⁴¹ Ibidem.

materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, che sarà in séguito oggetto di analisi, ma, una volta che il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento hanno trovato una specifica disciplina, la tematica di rilievo è mutata, diventando quella del rapporto tra i poteri dell'amministratore di sostegno e l'espressione del consenso e del dissenso informato in ambito sanitario.

Sotto profilo della sostituzione del beneficiario nella prestazione del consenso informato l'articolo 3 della nuova legge prevede al co. 4 che "Nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà' del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere"¹⁴².

Il comma successivo prevede che solo in caso di assenza di DAT di persona interdetta o inabilità, qualora sorga un contrasto tra il rappresentante legale ed il medico, sia necessario l'intervento del giudice tutelare, atto a dirimere tale conflitto di posizioni circa le operazioni mediche da intraprendere.

Nel sistema instauratosi a seguito dell'entrata in vigore della legge, il personale sanitario e l'a.d.s. hanno l'obbligo di collaborare e di operare nel rispetto dell'interesse del beneficiario sebbene via via sia una parte isolata di giurisprudenza, come la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Pavia, che ritenga i commi sopracitati dell'articolo 3 della legge 219 contrari agli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione nella parte i cui concernano che l'a.d.s. possa rifiutare, in assenza di autorizzazione giudiziale, le cure necessarie a garantire il mantenimento in vita dell'amministrato¹⁴³.

¹⁴² Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

¹⁴³ Giulia ROTELLI, Davide TESSERA, op. cit., p. 1276.

8. Il d.d.I. Calabrò e la legge n. 38/2010.

Le famose vicende umane già osservate, quella di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro, che si conclusero con l'emanazione di altrettanto celebri pronunce giudiziarie, crearono senza dubbio importanti precedenti.

Grazie anche alla eco pubblica che ebbero, non si limitarono a cristallizzare il caso di specie ma diedero una vera e propria spinta al mondo politico per adoperarsi a che finalmente il nostro Paese si dotasse di una puntuale normativa giuridica organica a disciplina del consenso informato ai trattamenti sanitari e sulle Disposizioni Anticipate.

Ciò che fino a quel momento impedì al Parlamento di prendere una posizione in merito e di formulare un testo di legge era il timore che una possibile proposta normativa in questo senso finisse per legalizzare, direttamente o indirettamente, l'eutanasia e quindi di dare piena efficacia ad una "forma legalizzata" di omicidio.

Le ragioni per le quali si sentì la necessità di uno specifico intervento legislativo sul tema del consenso informato e su quello del *testamento biologico* furono sicuramente molteplici.

Innanzitutto fu avvertita l'esigenza di dare certezza giuridica a principi cardine del sistema costituzionale, a cui i giudici fecero spesso ricorso per garantire sostegno alle proprie decisioni, derivanti da una lettura personalistica tanto della Costituzione quanto della normativa sovranazionale e che da sempre privilegiavano il diritto all'autodeterminazione, elevandolo a diritto fondamentale, come il conseguente diritto al rifiuto alle cure, che se diviene vincolante se informato e consapevole.

Anche la giurisprudenza, di merito come di legittimità, si era mossa in questa direzione, dando espresso riconoscimento al diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente nell'ambito del rapporto di *alleanza terapeutica* che lo

lega al medico, ma proprio perché in presenza di una lacuna normativa, non potendo fornire una chiarezza e unitarietà di giudizio su tale diritto; solo un intervento attivo del legislatore poteva ovviare a tale mancanza.

I giudici infatti sono stati diverse volte chiamati all'utilizzo di criteri interpretativi nello svolgimento del proprio operato riguardo a scelte personali dell'individuo, muovendosi in uno spazio giuridico regolato da principi generali e norme costituzionali, producendo diritto giurisprudenziale in una situazione non di *spazio vuoto dal diritto*, ma solo di vuoto normativo¹⁴⁴.

La giurisprudenza a tutti i livelli, quindi, si è dovuta occupare della riformulazione del rapporto medico-paziente e delle determinazioni consapevoli da parte del malato e la sfera di liceità dei comportamenti posti in essere dal personale sanitario.

Si può dire quindi che la prima grande esigenza che porta ad un intervento normativo sia quella di garantire la *certezza del diritto*, con previsioni tassative e lecite, non lasciando spazio ad orientamenti discordanti e contraddittori, spesso contraddistinti dalle ideologie proprie del giudice¹⁴⁵.

Bisogna aggiungere anche che a differenza dell'Italia, molti Paesi si erano già dotati di una normativa *ad hoc* sul consenso informato e su ciò che rientra nella disposizione del corpo umano.

Il legislatore italiano però nel formulare una legge specifica dovrebbe osservare necessariamente una serie di esigenze: esso deve prima di tutto fungere da mediatore tra le diverse posizioni etiche sul tema, garantendo il pluralismo e il confronto tra modelli e valori differenti; la sua azione, in ordine a scelte personalissime, deve fornire regole precise e non ricavabili per via deduttiva o analogica, ma volte alla coerenza e all'unitarietà del diritto; infine egli deve sì guardare al futuro dotando l'ordinamento di principi generali, ma

¹⁴⁴ Lorenzo D'AVACK, *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, fasc. 3, p. 1283.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 1285.

deve mantenere altresì un occhio sul passato, alla normativa preesistente sui trattamenti sanitari e alla cospicua giurisprudenza sul tema¹⁴⁶.

Nonostante tali rilevanti premesse, a séguito dei casi giudiziari sopracitati, soprattutto a quello Englaro, la discussione sul *testamento biologico* prese una piega illiberale, lontana dalla promozione della libertà del singolo sulle proprie scelte intime e private e dal controllo e limitazione dell'intervento dello Stato su dette scelte.

Ciò accadde quando il 26 marzo 2009 fu approvato, peraltro rapidamente, prima dalla Commissione Sanità del Senato e poi dal Senato stesso, il disegno di legge presentato dall'onorevole Raffaele Calabrò, il cosiddetto *d.d.l. Calabrò*, sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Il testo di legge rubricato *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* e approvato dal Senato affermava la piena contrarietà all'eutanasia, al suicidio assistito, all'accanimento terapeutico ed intendeva disciplinare il consenso informato e le cosiddette Dichiarazioni anticipate di Trattamento¹⁴⁷.

La deriva illiberale causata da tale d.d.l. fu data dal modello giuridico di riferimento che adottato dal suo proponente, ben lungi dal bilanciare diritti e libertà opposti in uno Stato sedicente laico: la chiara ispirazione cattolica del testo infatti determinò uno sbilanciamento verso una determinata posizione morale rispetto a principi costituzionali e regole di diritto comune già conclamati, rendendone dubbia la legittimità.

Si può affermare che l'on. Raffaele Calabrò nel suo d.d.l. optò sì per il riconoscimento di fondamentali diritti costituzionalmente protetti ma li connotò di una netta influenza clericale, svuotando nel caso di specie il personalissimo diritto all'autodeterminazione riconosciuto a ciascun individuo e promuovendo

¹⁴⁶ Ibidem, pp. 1286, 1287.

¹⁴⁷ Atto Senato n. 10 – 16° Legislatura, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, approvato il 26 marzo 2009.

invece i principi di sacralità ed indisponibilità della vita e di un concetto di libertà non da considerare in termini assoluti ma sottoposti al benessere sociale e collettivo¹⁴⁸.

Tale imposizione risulta contraria anche alla più consolidata giurisprudenza costituzionale che da sempre si è espressa a favore del contrappeso tra il diritto alla vita e quello all'autodeterminazione.

Passando al testo vero e proprio della proposta di legge, esso consta di 9 articoli ed è interamente permeato dalla promozione dei diritti che poi ne costituiscono la base: la tutela della libertà, che non può essere contraria al bene comune o al diritto; la difesa della dignità umana, da riconoscersi anche a chi si trovi in stato vegetativo, sebbene incapace di interagire; il rispetto dell'inviolabilità della vita umana, desumibile dalla normativa costituzionale e dalle fonti primarie vigenti nel nostro Stato.

All'articolo 1, rubricato *Tutela della vita e della salute*, a séguito di una prima affermazione del rispetto della presente legge dei principi statuiti agli articoli 2, 13, e 32 della Costituzione, vengono indicate le finalità della normativa in esame: prima di tutto essa riconosce e tutela la vita umana quale diritto inviolabile ed indisponibile, garantito anche nella fase terminale della malattia. In capo al paziente è riservata la possibilità di scelta circa i trattamenti cui essere sottoposto ma al tempo stesso gli viene sottratta quella di decidere se vivere o morire, o quella di richiedere al personale medico, violando così le previsioni del codice penale circa le ipotesi *ex 579 di omicidio del consenziente* o *ex 580 di istigazione/aiuto al suicidio*, di praticare ogni forma di eutanasia o aiuto al suicidio, in quanto viene ivi considerata l'attività medica "esclusivamente finalizzata alla tutela della vita e della salute, nonché all'alleviamento della sofferenza"¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Lorenzo D'AVACK, op. cit., p. 1287.

¹⁴⁹ Atto Senato n. 10 – 16° Legislatura, cit.

Viene altresì riconosciuta la dignità personale come interesse prioritario rispetto a quello sociale e tecnico-scientifico, sottolineando come la società abbia il dovere di farsi carico dei soggetti più deboli.

Anche l'obbligo di informare il paziente sui trattamenti medici più appropriati rientra nei doveri del sanitario, "riconoscendo come prioritaria l'alleanza terapeutica tra medico e paziente", ossia il rapporto dualistico tra le figure coinvolte basato sull'espressione da parte di quest'ultimo del *consenso informato*, dal quale non si può prescindere per l'attivazione di qualsiasi trattamento medico, considerando la salute come primario diritto individuale ed interesse della collettività ai sensi dell'art. 32 co. 1 della Costituzione.

In un'ottica di divieto di eutanasia e di abbandono dell'assistito, il medico si deve astenere da qualsiasi atto volto ad integrare in qualsivoglia modo l'accanimento terapeutico, in conformità con l'art. 16 del codice deontologico, secondo cui "Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita"¹⁵⁰.

Passando al concetto di *Consenso informato*, previsto all'articolo 2 del disegno di legge, esso trova qui esplicita disciplina, essendo in passato legato solamente alla pratica medica: deve essere libero e consapevole e prestato in modo esplicito ed attuale, prima della sottoposizione a qualsiasi cura, preceduto da corrette informazioni rese dal medico curante circa la diagnosi e la finalità delle suddette cure, creando così la già citata *alleanza terapeutica* e superando il vecchio concetto di paternalismo medico. Questa previsione consente da un lato di sottrarre il professionista sanitario da possibili contenziosi riguardo alla correttezza del proprio operato, sia il diritto del malato

¹⁵⁰ Art. 16, *Codice di deontologia medica*, FNOMCeO, versione online, 2014.

di conoscere la propria condizione clinica ed avere piena consapevolezza circa le proprie future decisioni.

Questo vale per il paziente pienamente capace e nel pieno delle proprie facoltà; per quanto riguarda invece il soggetto interdetto o minore, privi della capacità di agire, il consenso sarà prestato da chi ne abbia legale rappresentanza ma sempre all'interno di un, per quanto possibile, dialogo con il diretto interessato, considerando sempre l'importanza della vita e la salvaguardia della salute fisica e psichica di questi soggetti.

Agli articoli 3 e 4 invece trovano disciplina le cosiddette *Dichiarazioni Anticipate di Trattamento*, in breve DAT, attraverso le quali il dichiarante "esprime il proprio orientamento in merito ai trattamenti sanitari in previsione di un'eventuale futura perdita della propria capacità di intendere e di volere"¹⁵¹. L'intento è quello di tutelare scelte di cure rese previamente, in condizione di piena capacità qualora il paziente si trovi in stato vegetativo in futuro e quindi di impossibilità di manifestazione delle proprie volontà. Espressione di autonomia del malato, tali dichiarazioni saranno utili nel momento in cui il malato affiderà la propria vita nelle mani del medico e del fiduciario o amministratore di sostegno, quali portavoce dei suoi diritti.

A tali dichiarazioni vengono anche imposti dei limiti: viene precisato che il dichiarante non potrà inserirvi in alcun modo indicazioni che integrino le fattispecie di reato di cui all'art. 1 della proposta di legge, né potrà formare oggetto di tali DAT la richiesta di sospensione di alimentazione e idratazione artificiale in quanto integranti ipotesi di eutanasia e non di normale decorso della malattia, dal momento che esse sono considerate forme di sostegno vitale e non trattamenti sanitari, e quindi atti dovuti ad alleviare i dolori del malato.

¹⁵¹ Atto Senato n. 10 – 16° Legislatura, cit.

L'ultimo comma dell'art. 3 precisa come tali dichiarazioni anticipate assumano rilievo solo per il paziente in stato vegetativo, ossia colui che conservi una certa autonomia nel funzionamento degli organi interni, mantenendolo in vita. L'articolo 4 invece si occupa della forma e della durata delle DAT sancendo come esse non siano obbligatorie per il redigente, escludendo con ciò un dovere in capo al medico di farsi "mero esecutore" di volontà messe per iscritto ma piuttosto soggetto alla pari del malato con il quale deve mantenere un dialogo ed un confronto già dall'eventuale redazione, in un certo senso contraendo il diritto all'autodeterminazione del paziente.

Dopo la previsione dell'art. 5 riguardo l'*assistenza ai soggetti in stato vegetativo*, seguono due articoli, il 6 e il 7, che rispettivamente si occupano del ruolo del fiduciario e del medico.

La prima figura è incaricata di interagire con il medico e di svolgere il proprio compito garantendo "l'esclusivo e migliore interesse del paziente", e quindi del rispetto delle volontà del dichiarante, tenendo conto delle preve esternazioni di quest'ultimo. Se nominato, il fiduciario è tenuto a vigilare sulla corretta somministrazione al paziente delle cure palliative nonché ad evitare che si integrino ipotesi di accanimento o di abbandono terapeutico, né tantomeno di eutanasia o aiuto al suicidio.

Il medico, per conto suo, deve prendere in considerazioni le manifestazioni di volontà rese dal paziente, ma non quelle "orientate a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o il codice deontologico". Nel confronto con il fiduciario, "le indicazioni sono valutate dal medico [...] in scienza e coscienza, in applicazione del principio dell'inviolabilità della vita umana e della tutela della salute, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza", sempre alla luce dei progressi medico-scientifici e delle nuove conoscenze che nel frattempo potrebbero incorrere. Viene così data piena valenza alle dichiarazioni anticipate, a cui il

medico si deve attenere, senza ignorare i cambiamenti e gli eventuali sviluppi successivi alla loro redazione¹⁵².

Terminano il presente d.d.l. due norme di chiusura: l'art. 8 prevede l'ipotesi di intervento del giudice tutelare con propria autorizzazione, e il 9 contenente *disposizioni finali*.

Per concludere, ciò che emerge dall'analisi appena svolta è che la normativa in esame presenti forti carenze dal punto di vista della tecnica legislativa, nella terminologia scientifica utilizzata, con anche aspetti di contraddittorietà e determinando così poca chiarezza ed univocità nella lettura, rimettendo al giudice il compito di interpretazione ultima nell'applicazione¹⁵³.

Il testo della proposta, una volta approvato dal Senato passò all'esame della Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati che presentò oltre duemila emendamenti, ma che il 12 maggio 2010 l'approvò sostanzialmente approvato senza modifiche significative.

Esso è stato poi oggetto di discussione a Montecitorio, che l'ha approvato il 12 luglio 2011, facendo ritornare il progetto di legge al Senato per l'approvazione definitiva, ma che, c'è da dire fortunatamente, ha trovato il proprio naufragio col finire della XVI legislatura.

Questa prospettiva è stata poi superata quasi dieci anni più tardi dalla recente legge n. 219 del 2017 che ha dato specifica disciplina alla tematica appena trattata del consenso informato e delle DAT.

Sempre per evitare la legalizzazione di condotte eutanasiche o che sfociassero in suicidio assistito il legislatore ha emanato qualche anno più tardi, quale antidoto, la legge n. 38 del 2010 *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*.

La presente norma affronta una riflessione sulle *cure palliative* e parte dalla rilettura della classica contrapposizione tra beneficio apportato dalla pratica

¹⁵² Atto Senato n. 10 – 16° Legislatura, cit.

¹⁵³ Lorenzo D'AVACK, op. cit., p. 1299.

medica ed autonomia del paziente, in una prospettiva in cui fare il bene del malato significa mitigarne le sofferenze secondo la percezione che esso ha della qualità della propria vita, e dunque partendo dalla sua autonomia.

Scelte opzionabili dal malato sono da compiersi *per* e *con* quest'ultimo, coinvolgendo per quanto possibile i membri della sua sfera sociale in modo che si senta partecipe e possa esercitare il suo diritto a rifiutare terapie inutili o continuare ad essere curato. In questo senso per il paziente affetto da insopportabili dolori il sollievo è un diritto¹⁵⁴.

Della legge n. 38/2010 rilevanza preminente hanno i primi due articoli, che saranno ivi oggetto di trattazione.

L'articolo 1 si occupa di individuare i soggetti beneficiari delle cure palliative: essa tutela il "diritto del cittadino ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore"; il secondo comma garantisce e tutela l'accesso alle cure palliative in particolare del soggetto *malato*¹⁵⁵.

Il tenore della norma farebbe pensare alla volontà di protezione da parte del legislatore del cittadino *in quanto* diventato malato, oppure alla enunciazione del diritto all'accesso alle suddette cure garantito a tutti i soggetti dell'ordinamento ma in particolar modo al malato, poiché per esso assumerebbe rilievo di diritto fondamentale. Dunque il diritto del malato al sollievo alla sofferenza avrebbe una tutela più ampia da parte dell'ordinamento che deve soddisfarlo e garantirlo con tutte le sue risorse¹⁵⁶.

Il comma n. 3 afferma che le strutture sanitarie che erogano cure palliative e terapia del dolore le assicurano nel rispetto di una serie di principi fondamentali: la tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione; la tutela e promozione della qualità della vita fino al suo

¹⁵⁴ Fabio PERSANO, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2015, pp. 11, 12.

¹⁵⁵ Legge 15 marzo 2010, n. 38, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*.

¹⁵⁶ Fabio PERSANO, op. cit., p. 26.

termine; un adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale della persona malata e della famiglia.

A questo punto risulta opportuno dare una serie di definizioni, utili a comprendere meglio la materia trattata, a cui l'articolo 2 della legge offre soddisfazione.

Ai sensi della norma, per *cure palliative* si intende "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".

La *terapia del dolore* è invece definita come "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".

Una breve riflessione terminologica fa emergere subito la differenza tra le due pratiche: all'interno delle cure palliative impartite ai malati viene fatta rientrare anche la terapia del dolore, ma quest'ultima potrebbe essere erogata anche a chi non sia affetto da malattia in stadio terminale; le cure palliative perciò è da ritenere che coprano uno spettro più ampio di interventi rispetto alla seconda categoria, ma queste sì determinano il sollievo dal dolore ma provocherebbero altresì una *sofferenza esistenziale*, non solo del paziente, ma anche della sua famiglia¹⁵⁷.

Una definizione autorevole di *cure palliative* è stata offerta nel 2002 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità; secondo l'OMS esse sono "un approccio che migliora la qualità della vita dei malati e delle loro famiglie che si trovano ad affrontare le problematiche associate a malati inguaribili, attraverso la prevenzione e il sollievo della sofferenza per mezzo di una

¹⁵⁷ Ibidem, p 16.

identificazione precoce e di un ottimale trattamento del dolore e delle altre problematiche di natura fisica, psicosociale e spirituale”¹⁵⁸.

Quindi una dimensione del *curare* (e di *cura della persona*) che per la medicina va aldilà del *guarire*.

Continua poi: “Le cure palliative forniscono il sollievo dal dolore e da altri gravi sintomi, sono garanti della vita e considerano la morte un processo naturale che non intendono affrettare né ritardare”¹⁵⁹.

Sempre all’art. 2 si trova la definizione di *malato*, del soggetto beneficiario della normativa; è da ravvisarsi nella “persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita, nonché la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa”¹⁶⁰.

La differenziazione che viene fatta tra malati inguaribili, ossia terminali, e quelli cronici (affetti da uno stato cronicizzato del dolore), rispecchia esattamente quella tra cure palliative, per i primi, e terapia del dolore, per i secondi.

Per i malati terminali, il momento in cui ogni trattamento della propria malattia diviene inefficace, sproporzionato e inappropriato alle loro reali esigenze, quello è il momento di inizio delle cure palliative, quando il medico comunica che non vi sono più possibilità per assicurare una salute umanamente accettabile.

Attorno alle cure palliative si è sviluppato un ampio dibattito bioetico, circa la loro liceità e il rispetto di norme e valori che insistono sul piano morale. A tale riguardo ci si potrebbe interrogare su diverse questioni¹⁶¹.

¹⁵⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), *National cancer control programmes. Policies and managerial guidelines*, 2002.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Legge 15 marzo 2010, n. 38, *Disposizioni per garantire l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*.

¹⁶¹ Fabio PERSANO, op. cit., p. 31.

Il primo quesito etico che ci si potrebbe porre è se e in quale misura sia da combattere il dolore.

La situazione di riferimento è quella del paziente per il quale non ci sia più speranza di miglioramento o di guarigione, a séguito di prognosi infausta; in questo caso l'alleviamento del dolore e la guarigione non possono essere simultaneamente perseguibili. Al medico resta solo la possibilità di cercare di rendere il più sereno possibile il passaggio tra la vita e la morte dell'assistito, evitando di cadere in quegli estremi patologici a cui può giungere l'alleanza terapeutica nella medicina palliativa, l'abbandono da una parte e l'accanimento terapeutico dall'altra.

In questo senso il dovere di alleviare le sofferenze e quello di curare sarebbero allo stesso livello.

Le cure palliative si devono intendere come espressione della solidarietà umana e valorizzazione della vita della persona fino alla morte: prendersi cura della persona significa anche accompagnarla negli ultimi istanti di vita nella sua massima dignità e senza sofferenze.

Così la lotta al dolore diventa uno specifico *dovere* della medicina.

Altri due problemi a cui si è cercato di dare soluzione in termini etici sono se vi sia l'opportunità di sopprimere la coscienza del malato per eliminare il dolore e se si possa accettare un certo accorciamento della vita provocato dalla terapia del dolore.

È chiaro che, qualora il processo di progressivo spegnimento del malato comporti forti dolori, il ricorso ad analgesici sia senza dubbio da considerarsi lecito.

Così si era pronunciata anche parte del Magistero della Chiesa Cattolica, come si vedrà più avanti: ad esempio papa Pio XII nella risposta a tre quesiti religiosi e morali sull'uso di analgesici e sedativi al IX Congresso nazionale della Società Italiana di Anestesiologia nel 1957, ma anche la Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede nella *Dichiarazione sull'eutanasia*

lura et bona del 1980 e la lettera enciclica *Evangelium Vitae* di papa Giovanni Paolo II.

I pontefici si sono espressi circa la particolare tipologia di sedazione, quella *terminale*, o anche palliativa, definita dalla Società Italiana di Cure Palliative come “riduzione intenzionale della vigilanza con mezzi farmacologici, fino alla perdita di coscienza, allo scopo di ridurre o abolire la percezione di un sintomo, altrimenti intollerabile per il paziente, nonostante siano stati messi in opera i mezzi più adeguati per il controllo del sintomo, che risulta, quindi, refrattario”¹⁶².

Si parlerà in séguito anche del famoso *duplice effetto*, teoria introdotta da San Tommaso d’Aquino, utile nella valutazione di correttezza di un atto morale qualora al raggiungimento di risultati positivi voluti ne conseguano altrettanti negativi non voluti, che danneggino altri beni fondamentali.

In questo caso la somministrazione di anestetici, da cui può derivare sia la mitigazione dei dolori che l’abbreviamento della vita del malato, sia comunque da ritenersi lecita.

La sedazione terminale/profonda, in ossequio al duplice effetto, dovrebbe rispettare alcuni requisiti, oltre a quelli già visti di sintomi conclamati e resistenti alle cure, nonché di profondo dolore, con morte prossima o imminente, rientrerebbe la condizione del rispetto del consenso informato del malato¹⁶³.

La legge n. 38 del 2010 però non tocca il tema del consenso informato, requisito da sempre considerato necessario in tema di *potere di cura*, questo presumibilmente perché all’epoca dell’approvazione della legge affrontare tale tema avrebbe portato a discutere in sede parlamentare anche di quello del testamento biologico che risultava combattuto e di opinioni contrastanti, mentre le cure palliative per così dire mettevano d’accordo tutti¹⁶⁴.

¹⁶² SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE, *Raccomandazioni della SICP sulla sedazione terminale/sedazione palliativa*, ottobre 2007.

¹⁶³ Fabio PERSANO, op. cit., p. 210.

¹⁶⁴ Ibidem, pp. 149, 150.

La soluzione è che esse, costituendo vero e proprio trattamento sanitario, già contemplino il concetto di *consenso informato*, proprio in virtù del rispetto delle volontà del soggetto malato inguaribile.

La sedazione terminale è veramente da considerarsi come l'ultima risorsa; il medico risponderà di condotta dolosa solamente qualora l'accelerazione dell'esito finale sia conseguenza di una attività medica che viola le regole di cautela e solo di ciò sarà chiamato a rispondere.

Ricevere cure palliative e terapia del dolore è diritto del cittadino/malato e dovere dei sanitari e dello Stato: il rifiuto da parte del sanitario di prestare la sedazione terminale sarà pura e semplice inadempienza di un suo dovere professionale e ne risponderà in termini di responsabilità, anche alla luce dei principi del codice deontologico medico.

Vale sottolineare, da ultimo, come tale sedazione profonda non sia in alcun modo da considerarsi equivalente all'eutanasia.

Le cure palliative chiaramente non sono in grado di evitare l'evento morte, ma possono in un certo senso ridurre il bisogno di richiederla; sono cure *attive* che vengono effettuate su persone affette da malattia inguaribile in cui le cure specifiche non danno alcuna risposta: Il loro obiettivo non è quello di prolungare la vita ma solamente di migliorarne la qualità¹⁶⁵.

Spesso alle cure palliative viene associato il concetto di eutanasia, ma come già visto non sono correlati, poiché bisogna distinguere tra eutanasia, come atto diretto ed intenzionale che porta ad un veloce e indolore trapasso, e controllo del dolore, o interruzione di atti volti al prolungamento della vita.

Il sollievo dal dolore e dagli altri sintomi nulla avrebbe a che fare con le condotte eutanasiche: oggi il dolore può essere controllato con dosi adeguate di oppioidi o di altre sostanze e l'obiettivo di tali cure sarebbe quello di "liberare

¹⁶⁵ Vittorio VENTAFRIDDA, *Di fronte alla richiesta di legalizzare l'eutanasia: considerazioni di un clinico*, in C. VIAFORA, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1996, p. 254.

i malati dal dolore che invade il corpo e la coscienza e non dà la possibilità di vivere degnamente l'ultimo tratto della vita”.

Quando, nel corso di una malattia, si arrivi a al momento in cui non sia più possibile interrompere il processo degenerativo della malattia Interruzione, la cosa più *giusta* da fare non è quella di prolungare la vita a tutti i costi, ma di sospende quei trattamenti che ormai risultano per il malato *sproporzionati* e da cui deriva solo un aggravamento delle sofferenze.

Infatti l'etica clinica nella fase terminale di una malattia dovrebbe basarsi solamente sul rispetto della volontà del malato, evitando la somministrazione di trattamenti che causino più dolore che beneficio e che risultino *futili*, diventando irrispettosi verso la sfera di dignità del malato stesso¹⁶⁶.

In conclusione, dal punto di vista del legislatore, le *cure palliative* dovrebbero fungere da rimedio contro la legalizzazione nel nostro Paese dell'eutanasia e le derive a cui potrebbe giungere, ciò attraverso il riconoscimento in capo al cittadino del diritto a non soffrire nella fase terminale della vita, anzi di essere accudito e sostenuto nel rispetto della sua dignità.

¹⁶⁶ Ibidem, pp. 255-258.

III Soluzioni e confronti: Chiesa Cattolica e Legislatore Italiano.

9. Posizione della Chiesa Cattolica sul *fine vita*. 10. Il caso di Marco Cappato e di Dj Fabo. 11. La legge n. 219/2017 (artt. 1 e 2). 12. Articoli dal 3 all'8 e DAT.

9. Posizione della Chiesa Cattolica sul *fine vita*.

La sfera religiosa si è da sempre occupata di tematiche etico-morali ed è finita spesso a costituire il fondamento ideologico di sistemi giuridici, giungendo inevitabilmente ad orientarli e contraddistinguerli.

Rispetto al dibattito sull'eutanasia sono varie le confessioni religiose che si sono espresse in merito, tra queste il mondo cristiano-cattolico già al tempo dei Padri della Chiesa prese una posizione netta.

È stato visto come, ad esempio, Sant'Agostino, a proposito del comandamento *non uccidere*, ritenga la condotta di chi sopprime colui che "supplica di essere aiutato a liberare l'anima che lotta contro i legami del corpo e desidera distaccarsene" o sia un malato non più in grado di vivere, condannabile alla stregua di un omicidio vero e proprio.

Pertanto nel mondo cattolico l'eutanasia non può essere altro che un comportamento da riprovare e condannare, contrario al bene più grande che è stato donato all'uomo: la vita.

In tempi più recenti, il cattolicesimo ha affrontato diverse volte questo tema così delicato e sensibile dal punto di vista etico; già a partire dagli anni '50 del secolo passato vi furono pronunce da parte del Magistero della Chiesa Cattolica nelle quali venne approfondito il tema.

Papa Pio XII rispondendo ai partecipanti del IX Congresso nazionale della Società Italiana di Anestesiologia del 1957 tenne un discorso articolato attorno

a tre quesiti religiosi e morali formulati dai medici concernenti l'analgesia e l'utilizzo di sedativi.

Rispondendo al terzo quesito sulla liceità dell'uso di narcotici per persone morenti o malati in pericolo di morte, parla così: "ogni forma di eutanasia diretta, cioè la somministrazione di un narcotico per provocare o affrettare la morte, è illecita, perché allora si ha la pretesa di disporre direttamente della vita". Continua poi affermando che "uno dei principali fondamenti della morale naturale e cristiana è che l'uomo non è signore e proprietario, ma solo usufruttuario del proprio corpo e della propria esistenza"¹⁶⁷.

Papa Pacelli si pronuncia espressamente sul concetto di eutanasia provocata dall'utilizzo di mezzi analgesici e ribadisce come la vita sia sacra in quanto dono di Dio e di cui solo egli può disporre, relegando l'uomo a mero fruitore.

In tutto il discorso in esame emerge il concetto del dolore fisico come strumento per espiare i peccati e avvicinarsi a Dio: egli si rivolge infatti ai *moribondi* affermando che essi "abbiano più che altri l'obbligo morale naturale o cristiano di accettare il dolore o di rifiutarne la mitigazione".

Il Pontefice passa poi a rispondere ai medici presenti a proposito dell'uso di questi analgesici e del comportamento proprio del cristiano di fronte alla sofferenza fisica; alla richiesta se la soppressione del dolore e della coscienza per mezzo dei narcotici fosse consentita dalla religione e dalla morale al medico e al paziente, anche quando si avvicini la morte e prevedendo l'accorciamento della vita per via dell'uso di narcotici, egli rispose: "Se non esistono altri mezzi e se, nelle date circostanze, ciò non impedisce l'adempimento di altri doveri religiosi e morali: Sì"¹⁶⁸.

Solo nei casi in cui il paziente terminale, affetto da malattia inguaribile, non riesca a sopportarne i dolori conseguenti, può fare richiesta di somministrazione di narcotici ma solamente entro i limiti del necessario.

¹⁶⁷ PIO XII, *Risposte a tre quesiti religiosi e morali concernenti l'analgesia*, 24 febbraio 1957.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

Un intervento che riprende in modo più incisivo le parole di Pio XII e che rappresenta il primo documento specifico sopra la tematica della *buona morte* è la *Dichiarazione sull'eutanasia* della Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede, l'organismo che ha l'incarico di promuovere e difendere la dottrina cattolica.

Tale dichiarazione, firmata nel 1980 e approvata da Papa Giovanni Paolo II, definisce l'eutanasia come azione o omissione che "di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore", ed è da riferirsi tanto alle intenzioni quanto ai metodi usati¹⁶⁹.

Nessuno, continua il pronunciamento, può essere autorizzato ad uccidere un essere umano innocente, che sia infante o adulto, malato incurabile o agonizzante, poiché la vita è sacra e dono di Dio.

Le suppliche dei malati gravi, che per le atroci sofferenze arrivano ad invocare la morte, non devono intendersi come espressione di volontà di eutanasia ma sono più richieste di aiuto e di affetto: ciò di cui l'ammalato avrebbe realmente bisogno, oltre alle cure mediche, è l'amore, il calore umano e quello soprannaturale.

In merito al dolore fisico questo non è altro che un "elemento inevitabile della condizione umana" che avvicina e rende compartecipe l'uomo alla Passione di Cristo al suo sacrificio; per questo motivo molti cristiani accetterebbero una parte delle proprie sofferenze per associarsi al Signore¹⁷⁰.

Le nuove tecnologie in campo medico nonché i progressi scientifici che fanno guarire e prolungare la vita però hanno causato non pochi problemi etici; infatti se da una parte l'eutanasia è sempre una scelta egoistica da condannare, anche quando sia praticata per motivi pietistici, dall'altra la prudenza umana e cristiana suggerisce per la maggioranza dei malati l'uso dei medicinali che

¹⁶⁹ SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull'eutanasia*, 1980.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

leniscano o sopprimano il dolore anche se producono torpore o riducono la lucidità.

I casi qui presenti non sono assimilabili all'omicidio o al suicidio in cui la morte è cercata e voluta e quindi è condotta delittuosa da condannare, ma il trapasso è una possibile conseguenza, è un rischio che il paziente corre ricorrendo a questi narcotizzanti che, se non in casi estremi, non dovrebbero ridurre la coscienza del malato poiché ciò lo allontanerebbe da Dio.

Se ne desume che vengono ammesse tutte le pratiche, come la somministrazione di calmanti, finalizzate solamente a alleviare le sofferenze di questi ammalati, rimettendo addirittura al medico la decisione in caso di impossibilità di espressione, e che evitano l'*accanimento terapeutico*.

A sostegno di ciò, in particolare sull'uso proporzionato dei mezzi terapeutici statuisce che nell'imminenza di una morte ormai inevitabile nonostante i mezzi a cui si è fatto ricorso, è lecito in coscienza prendere la decisione di rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita¹⁷¹.

Da questa apertura deriva la celebre dottrina del *doppio effetto*, secondo cui la somministrazione di anestetici, sebbene possa provocare da un lato l'alleviamento dei dolori e dall'altro l'accorciamento della vita del malato, sia da ritenersi in ogni caso lecita; attenuare le sofferenze del malato terminale è moralmente accettabile sebbene possa provocare l'accelerazione del decorso della malattia che lo affligge¹⁷².

I mezzi terapeutici non devono mai essere eccessivamente invasivi per non ledere l'umana dignità e da questo assunto discende l'ulteriore distinzione tra utilizzo di trattamenti terapeutici proporzionati e sproporzionati che sostituisce la classica dicotomia tra mezzi ordinari e straordinari; la valutazione in esame

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Germana CAROBENE, *Dilemmi del fine vita nel confronto tra approccio scientifico e prospettiva religiosa (cattolica - protestante)*, in *Biolaw journal – Rivista di biodiritto*, 2016, fasc. 3, p. 114.

va svolta rispetto ad un giudizio medico, teologico o riferito al giudizio del paziente riguardo la condizione della propria vita.

Il paziente può sempre accontentarsi dei mezzi normali che la medicina offre e non è obbligato alla sottoposizione a cure che possono risultare pericolose o onerose; in assenza di tali mezzi può consentire all'utilizzo di terapie strumentali e frutto dell'avanzamento della medicina, non esenti però da rischi, solamente in virtù di uno spirito di generosità verso il genere umano e per promuovere l'avanzamento scientifico in campo medico.

Può disporre altresì la sospensione di tali pratiche se giustamente lo desidera o è questa è volontà dei suoi familiari; tale decisione può anche dipendere dal parere di medici competenti che saranno in grado di giudicare se gli strumenti e il personale a disposizione sono sproporzionati ai risultati prevedibili e se le tecniche eseguite provocano al paziente sofferenze e disagi maggiori rispetto ai benefici che ne trarrebbe.

In conclusione, la Dichiarazione in oggetto sostiene come la vita sia un dono di Dio e la morte, evento inevitabile, debba essere accettata con coscienza, responsabilità e dignità, senza in alcun modo anticiparne l'ora: essa conclude la vita terrena ma dà inizio a quella immortale.

Un'altra pronuncia fondamentale che riprende e ribadisce i concetti sanciti negli interventi precedenti è l'enciclica *Evangelium Vitae*, letteralmente *Il Vangelo della Vita*, scritta da Papa Giovanni Paolo II per enunciare la posizione della Chiesa cattolica sul *valore e l'inviolabilità della vita umana*.

Fu promulgata nel 1995 e divenne la pietra miliare del magistero ecclesiastico in tema di eutanasia: la soppressione della vita è condannata fermamente e al dilagare della "cultura della morte" la lettera papale oppone la "cultura della vita" basata sulla dignità personale e sul diritto inalienabile alla vita dell'essere umano.

Il documento critica aspramente le posizioni ideologiche e le legislazioni civili contrarie all'inviolabilità dell'esistenza umana ed esamina il significato politico-

giuridico ed etico-culturale delle leggi statali contro la vita nonché la posizione della morale sul tema fine vita.

I partecipanti a tale Simposio hanno concordemente convenuto sul fatto che l'enciclica avesse una rilevanza giuridica e fosse rivolta ai giuristi impegnati in vari campi, da quello medico-scientifico a quello socio-politico.

Già nell'incipit delle conclusioni dottrinali viene lanciato un eloquente messaggio al mondo del Diritto contenente il fine principale del documento che è quello di "ribadire come ogni attentato contro la vita (e in particolare contro la vita nascente e contro le vite dei malati e dei più indifesi) allontani l'uomo dalla strada segnata per lui da Dio; e come ogni forma di riconoscimento da parte di ordinamenti giuridici positivi della liceità dell'aborto e dell'eutanasia (veri e propri *delitti* troppo spesso considerati indebitamente alla stregua di veri e propri *diritti*) equivalga 'ad attribuire alla libertà umana un *significato perverso e iniquo*: quello di un *potere assoluto sugli altri e contro gli altri*. Ma questa è la morte della vera libertà' (E.V. n. 20) e del principio stesso del Diritto"¹⁷³.

L'enciclica si apre con una breve introduzione sul valore *incomparabile* della vita umana: essa è grande e preziosa ma anche temporanea e relativa; per questo motivo l'esistenza umana partecipa con quella stessa di Dio.

Successivamente passa in rassegna le nuove minacce alla vita umana tra cui rientra anche la condotta eutanastica, vero e proprio delitto e attentato contro la vita, "tra le cose vergognose che ledono l'onore del creatore"¹⁷⁴.

Le attuali minacce della vita umana sono tutti quei gravi fatti relativi alla vita nascente o terminale che, rispetto al passato, oggi tendono a perdere nella coscienza della collettività il carattere di *delitto* e assumono quello di *diritto*, tanto che si pretende che lo Stato ne dia riconoscimento legale e che le stesse strutture sanitarie li mettano in opera.

¹⁷³ AA.VV., 'Evangelium vitae' e diritto: 'Acta Symposii internationalis in Civitate Vaticana celebrati 23-25 maii 1996', Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, p. 617.

¹⁷⁴ GIOVANNI PAOLO II, enc. *Evangelium vitae*, 1995, n. 3.

Anche sui malati inguaribili e sui morenti incombono questi pericoli: essi si trovano in un contesto culturale e sociale che “rendendo più difficile affrontare e sopportare la sofferenza, acuisce la tentazione di risolvere il problema del soffrire eliminandolo alla radice con l'anticipare la morte al momento ritenuto più opportuno”. L'uomo assumerebbe così un *atteggiamento prometeico* “che, in tal modo, si illude di potersi impadronire della vita e della morte perché decide di esse, mentre in realtà viene sconfitto e schiacciato da una morte irrimediabilmente chiusa ad ogni prospettiva di senso e ad ogni speranza”¹⁷⁵. L'enciclica ribadisce la sacralità e l'inviolabilità dell'umana esistenza occupandosi specificamente del *dramma dell'eutanasia*: in un contesto in cui l'uomo ritiene di avere il diritto di pretendere che la società gli garantisca le possibilità e modi di decidere della propria vita in piena e totale autonomia, in accordo coi progressi della medicina e dell'avanzamento tecnico, “si fa sempre più forte la tentazione dell'eutanasia, cioè di impadronirsi della morte, procurandola in anticipo e ponendo così fine «dolcemente» alla vita propria o altrui. In realtà, ciò che potrebbe sembrare logico e umano, visto in profondità si presenta assurdo e disumano”¹⁷⁶.

L'eutanasia è definita “un'azione o un'omissione che di natura sua e nelle intenzioni procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore”; riprendendo le parole della *Dichiarazione sull'eutanasia lura et bona* dell'80, “l'eutanasia si situa, dunque, al livello delle intenzioni e dei metodi usati”¹⁷⁷.

La lettera asserisce poi che, conformandosi con il Magistero delle dichiarazioni precedenti e con i Vescovi della Chiesa cattolica, viene confermato che “l'eutanasia è una grave violazione della Legge di Dio, in quanto uccisione deliberata moralmente inaccettabile di una persona umana. Tale dottrina è fondata sulla legge naturale e sulla Parola di Dio scritta, è trasmessa dalla Tradizione della Chiesa ed insegnata dal Magistero ordinario e universale.

¹⁷⁵ Ibidem, n.15.

¹⁷⁶ Ibidem, n.64.

¹⁷⁷ Ibidem, n. 65.

Una tale pratica comporta, a seconda delle circostanze, la malizia propria del suicidio o dell'omicidio”¹⁷⁸.

Il passo che segue, dopo il riferimento a Sant’Agostino su quanto suicidio e omicidio siano condotte deplorevoli, asserisce che “Anche se non motivata dal rifiuto egoistico di farsi carico dell'esistenza di chi soffre, l'eutanasia deve dirsi una falsa pietà, anzi una preoccupante *perversione* di essa: la vera *compassione*, infatti, rende solidale col dolore altrui, non sopprime colui del quale non si può sopportare la sofferenza”¹⁷⁹.

Solo Dio ha il potere di far morire e di far vivere, in virtù del famoso versetto biblico “Sono io che do la morte e faccio vivere”.

In questa sede viene poi ribadito il distinguo tra eutanasia e *accanimento terapeutico* rinnovando le parole di Papa Pio XII: si può rinunciare al secondo qualora dai trattamenti in questione deriverebbe solo un prolungamento precario e penoso della vita quando la morte sia ormai imminente ed inevitabile, con la precisazione che “occorre valutare se i mezzi terapeutici a disposizione siano oggettivamente proporzionati rispetto alle prospettive di miglioramento. La rinuncia a mezzi straordinari o sproporzionati non equivale al suicidio o all'eutanasia; esprime piuttosto l'accettazione della condizione umana di fronte alla morte”. Sempre sulla stessa scia viene affermato che “è lecito sopprimere il dolore per mezzo di narcotici, pur con la conseguenza di limitare la coscienza e di abbreviare la vita, ‘se non esistono altri mezzi e se, nelle date circostanze, ciò non impedisce l'adempimento di altri doveri religiosi e morali”¹⁸⁰.

In conclusione, è ivi ribadito ancora una volta di come il diritto alla vita sia posto a fondamento dei valori umani e morali essenziali alla natura stessa dell'essere umano ed alla sua dignità; qualsiasi legge che favorisca o facoltizzi

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem, n. 66.

¹⁸⁰ Ibidem, n. 65.

la distruzione del bene vita deve essere fermamente condannata ma anzi questo bene deve essere promosso e difeso senza riserve.

Con il passare del tempo il pensiero della Chiesa pare abbia compiuto progressi più verso il cosiddetto *trapasso medicalizzato*, specificando le pratiche mediche che il sanitario deve osservare per rendere la dipartita del paziente moralmente lecita, piuttosto che in direzione del fine vita, sebbene si possa notare come il ricorso a narcotici e a cure palliative, inizialmente osteggiato, sia oggi considerato pratica consolidata¹⁸¹.

Ne è l'esempio l'approvazione nel 1997 del testo del Catechismo della Chiesa Cattolica che, trattando il tema dell'eutanasia, si occupa di riassumere il pensiero della dottrina cattolica in merito: pratica questa diretta alla soppressione di persone la cui vita è minorata o indebolita e da non considerarsi moralmente accettabile; nonostante la morte sia cagionata allo scopo di porre fine al dolore di qualcuno, e quindi in buona fede, essa costituisce ugualmente un delitto contrario alla dignità personale e al rispetto di Dio, creatore dell'uomo¹⁸².

Il solo margine di liceità è dato dalla possibilità di interrompere il già menzionato *accanimento terapeutico*, e quindi le "procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi": tali decisioni sono sostenute dal consenso del paziente che è definito "competente e capace", o da chi ne abbia il diritto legalmente riconosciuto. Le cure ordinarie devono essere sempre garantite, anche in procinto di morte, e non vi è possibilità di sospensione; le sofferenze del morente possono essere mitigate dall'uso di analgesici "anche con il rischio di abbreviare i suoi giorni" se il trapasso è inevitabile. Per quanto riguarda le cure palliative, esse sono da

¹⁸¹ Federica BOTTI, *The 'gattopardesca' (ir)reformability of religious law in matters of end of life*, in *European Academy of Religion - First Annual Conference*, 2018.

¹⁸² AA.VV., *Catechismo della Chiesa Cattolica*, 1997, n. 2276,2277.

incoraggiare poiché rappresentano “una forma privilegiata della carità disinteressata” cristiana¹⁸³.

Nell’anno successivo, la Congregazione per la Dottrina della Fede, nella “Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della *Professio fidei*” richiama la dottrina dell’*Evangelium Vitae* nella parte in cui dichiara l’eutanasia illecita e condotta che costituisce una grave violazione della legge divina, la quale disconosce ogni forma di autodisposizione dell’umana esistenza¹⁸⁴.

Più recentemente le suddette argomentazioni sono state riprese e sostenute dai messaggi di Papa Benedetto XVI e Papa Francesco pronunciati alla Pontificia Accademia per la Vita.

Papa Ratzinger, nel discorso ai partecipanti al congresso sul tema “Accanto al malato inguaribile ed al morente”, si rivolge non solamente alla comunità cristiana ma alla società intera che ha l’obbligo di essere solidale e umanitaria e che, con le proprie istituzioni civili e sanitarie, è chiamata al rispetto della dignità e della vita del malato grave e del moribondo. Il Pontefice ritiene che siano moralmente leciti i mezzi *ordinari* atti alla preservazione della vita, a differenza di quelli *straordinari* o pericolosi da considerarsi sì corretti ma facoltativi: le terapie dovranno essere perciò adeguate e rispettose dei criteri della proporzionalità medica¹⁸⁵.

Qualche anno più tardi Papa Francesco, sempre rivolto all’Accademia in assemblea generale, in occasione del ventennale dell’istituzione, si è pronunciato in materia di “Invecchiamento e disabilità”, affrontando le tematiche relative alla difesa della vita: secondo il Pontefice “Abbiamo dato inizio alla cultura dello ‘scarto’ che, addirittura, viene promossa”, escludendo chi non rientra nella logica economica della nostra società, come malati e

¹⁸³ Ibidem, n. 2278,2279.

¹⁸⁴ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della ‘Professio fidei’*, 1998, n. 11.

¹⁸⁵ BENEDETTO XVI, Discorso ai partecipanti al Congresso indetto dalla Pontificia Accademia per la Vita sul tema *Accanto al malato inguaribile e al morente: orientamenti etici ed operativi*, 25 febbraio 2008.

anziani: essi sono considerati alla stregua di veri e propri rifiuti poiché la comunità finisce per far corrispondere il valore della persona con il suo stato di salute, precaria in costoro.

Senza riferirsi direttamente alle leggi che all'epoca in Europa stavano promuovendo le pratiche eutanasiche, Papa Francesco muove ad esse una ferma critica: "Pertanto, la mancanza di salute e la disabilità non sono mai una buona ragione per escludere o, peggio, per eliminare una persona; e la più grave privazione che le persone anziane subiscono non è l'indebolimento dell'organismo e la disabilità che ne può conseguire, ma l'abbandono, l'esclusione, la privazione di amore"¹⁸⁶.

Nel dibattito che si è concluso con l'approvazione e l'entrata in vigore della nuova legge sul testamento biologico, la n. 219 del 2017, si è inserito anche Papa Bergoglio con un intervento in occasione del Meeting Regionale Europeo della "World Medical Association" sulle questioni del *fine vita*.

Il Santo Padre in un primo momento elogia i progressi raggiunti in campo medico, riconoscendo alla medicina il suo ruolo positivo nell'aver permesso di sconfiggere malattie, migliorare la salute e prolungare la vita; di diverso avviso però al momento della valutazione dei risultati: "Gli interventi sul corpo umano diventano sempre più efficaci, ma non sempre sono risolutivi: possono sostenere funzioni biologiche divenute insufficienti, o addirittura sostituirle, ma questo non equivale a promuovere la salute. Occorre quindi un supplemento di saggezza, perché oggi è più insidiosa la tentazione di insistere con trattamenti che producono potenti effetti sul corpo, ma talora non giovano al bene integrale della persona"¹⁸⁷.

Il messaggio pontificio segue ricordando il discorso di Pio XII sopra l'uso di anestetici ricordando come sia lecito astenersi, in casi specifici, dall'uso dei mezzi terapeutici disponibili quando non ve ne sia necessità; è moralmente

¹⁸⁶ Papa FRANCESCO, messaggio in *Udienza Generale*, 19 febbraio 2014.

¹⁸⁷ Papa FRANCESCO, messaggio ai partecipanti al meeting della *World Medical Association* sulle questioni del *fine vita*, 16 novembre 2017.

accettabile rinunciare o sospendere l'applicazione di trattamenti medici quando il loro utilizzo non sia conforme alla già citata, all'interno Dichiarazione sull'eutanasia, *proporzionalità delle cure*: "L'aspetto peculiare di tale criterio è che prende in considerazione 'il risultato che ci si può aspettare, tenuto conto delle condizioni dell'ammalato e delle sue forze fisiche e morali'". Consente quindi di giungere a una decisione che si qualifica moralmente come rinuncia all'*accanimento terapeutico*'¹⁸⁸.

Ulteriore elemento di conformità alla legge è altresì la promozione della volontà del paziente, le sue *intenzioni*, oltre che le circostanze e la dimensione morale; in tutto ciò la persona malata riveste il ruolo principale, essendo però in possesso della capacità e della competenza, come espresso in precedenza dal Catechismo della Chiesa Cattolica.

Tali dichiarazioni sembrano conformi al dettato della nuova legge nella misura in cui si vieta ai medici di praticare ogni ostinazione terapeutica inutile sul paziente irrimediabilmente compromesso, tuttavia questo recepimento non può dirsi esteso ad altre parti di essa¹⁸⁹.

Ciò che in ogni caso resta pacifico è il divieto di ricorrere all'utilizzo di tutte quelle risorse mediche che violino il principio di proporzionalità o manchino di rispettare la condizione clinica del malato.

10. Il caso di Marco Cappato e di Dj Fabo.

In materia di *fine vita* l'ordinamento italiano ha avuto uno sviluppo in tempi relativamente recenti: solo a partire dagli anni novanta infatti si comincia effettivamente ad intravedere un primo riconoscimento e una disciplina del rapporto medico-paziente, con tutti i diritti che ne conseguono, come quello

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Bruno DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, CEDAM, Padova, 2018.

all'autonomia e alla libertà di autodeterminazione in capo al malato, quale arbitro nelle scelte sulla qualità della propria vita¹⁹⁰.

La graduale affermazione dell'individuo come detentore del potere di decidere della sua salute ha portato lo Stato da posizioni paternalistiche e autoritarie ad assumere una maggiore apertura verso discipline più liberali ed orientate al rispetto della dignità personale.

Questa operazione non ha visto però un intervento attivo da parte del legislatore, che spesso si è rifiutato di pronunciarsi sul tema oppure si è reso responsabile del naufragio dei tentativi di regolamentazione, ma è stata resa possibile da una lenta e progressiva stratificazione di pronunce giurisprudenziali e da una analisi dottrinale soprattutto di biodiritto.

Pertanto, in tale tematica così controversa eticamente il vero formante si può dire sia stata tutta una serie di casi giudiziari, singoli ma esemplari, che hanno lentamente ma in modo incisivo condotto lo Stato ad una maggiore apertura e a sopperire alla propria inerzia nel dare risposte ai consociati moralmente e pietisticamente coinvolti.

Si vedrà poi come buona parte di questi approdi siano stati recepiti legislativamente, in particolare per quanto riguarda le innovazioni apportate in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, nella nuova legge sul Biotestamento, la numero 219 del 2017.

Tale breve analisi conduce necessariamente a dedicare uno studio più puntuale e critico sulla vicenda che lega Fabiano Antoniani, meglio conosciuto come Dj Fabo, e Marco Cappato, in veste di collaboratore materiale al suicidio del primo, destinata a diventare nuovo caso paradigmatico che certamente orienterà la giurisprudenza a venire¹⁹¹.

¹⁹⁰ Amedeo SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2016, p. 65.

¹⁹¹ Daniele NAPOLI, *Il caso Cappato – DJ Fabio e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, in *BiLaw journal – Rivista di biodiritto*, 2017, fasc. 3, p. 356.

Il caso in esame prende le mosse da un incidente stradale avvenuto in India il 13 giugno 2014 a Fabiano Antoniani, Dj Fabo, a seguito del quale aveva riportato gravi lesioni midollari cui conseguivano cecità e tetraplegia totale.

Purtroppo egli riuscì a conservare piena lucidità mentale nonché il senso del dolore rendendolo cosciente del lungo e doloroso calvario che lo avrebbe accompagnato per sempre.

In un primo momento gli furono prestate cure immediate e successivamente fu sottoposto a un susseguirsi di ricoveri all'Ospedale Niguarda di Milano senza alcuna prospettiva di guarigione in quanto la prognosi unanime dei medici era quella di condizione irreversibile di completa paralisi. Fabiano scelse poi di tornare in India accettando cure sperimentali che però, dopo un miglioramento iniziale, non diedero i frutti sperati, anzi confermarono la prognosi infausta fornita dai medici meneghini.

A seguito di questa serie di "sconfitte", resosi conto che non avrebbe mai più recuperato il suo stile di vita, cominciava a maturare in Dj Fabo la volontà di togliersi la vita per porre fine alle sue quotidiane sofferenze da lui definite *intollerabili* che gli avevano reso l'esistenza penosa e indegna.

Per realizzare questo suo proposito si rivolse a Marco Cappato, tesoriere dell'associazione Luca Coscioni, portavoce della libertà all'autodeterminazione individuale, in particolare dei malati.

Egli, dopo avere prospettato al dj le diverse possibilità a cui ricorrere, gli consiglia di contattare l'associazione elvetica *Dignitas*, ente privato svizzero e senza fini di lucro che opera nel campo dell'assistenza al suicidio, o meglio dell'*accompagnamento alla morte volontaria*.

Una volta iniziata la procedura e superati i controlli iniziali, l'aspirante suicida veniva accompagnato dal tesoriere alla sede della clinica elvetica, nel cantone di Zurigo, per i necessari accertamenti volti a comprovare che la scelta di morire fosse attuale, libera ed effettiva.

Svolte le visite mediche e i controlli previsti per appurare che il paziente fosse in grado di assumere da solo il farmaco letale, Fabiano venne ammesso alla

procedura di suicidio assistito e il giorno 27 febbraio 2017 moriva con una dose di *pentobarbital di sodio* iniettatosi da sé con una siringa azionata da uno stantuffo che stringeva in bocca.

Il giorno seguente Marco Cappato si recava ad autodenunciarsi per *aiuto al suicidio* ex articolo 580 codice penale alla caserma dei Carabinieri di Milano, facendo in questo modo aprire un fascicolo a suo carico.

Dopo essere stato iscritto nel registro degli indagati da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, tuttavia, in data 2 maggio 2017, quest'ultima presentò nei suoi confronti richiesta di archiviazione in cui veniva proposta un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p., *partecipazione materiale al suicidio*, secondo cui la condotta doveva ritenersi penalmente irrilevante¹⁹².

I pubblici ministeri ambrosiani, una volta ricostruita la vicenda umana di Fabiano Antoniani, elaborano un ragionamento logico volto, da un lato a sostenere la non configurabilità della fattispecie di *aiuto al suicidio* così come tipizzata dal codice, dall'altro a dimostrare come non sia punibile chi abbia agevolato il soggetto interessato all'esercizio del suo presunto diritto ad avere una *morte dignitosa*.

L'ordinanza contenente la richiesta di archiviazione propone quindi una interpretazione restrittiva ed evolutiva dell'articolo 580 c.p., alla luce dei mutamenti della società, ma mira anche al riconoscimento del diritto in capo ai malati terminali o irreversibili a morire con dignità.

La prima direttrice dei magistrati di Milano è il tentativo di nuova interpretazione della disposizione incriminatrice, cercando di dimostrare la non punibilità della condotta in esame, considerata in tutto e per tutto lecita poiché non idonea ad integrare gli elementi costitutivi della norma penale e inoffensiva rispetto al bene giuridico ivi protetto.

¹⁹² Art. 580 c.p.: "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. [...]".

Innanzitutto, essi sostengono che la misura del coinvolgimento di Marco Cappato nella vicenda sia circoscritta solamente all'ipotesi di *partecipazione*, o *agevolazione, materiale* al suicidio altrui e non al più gravoso caso di *omicidio del consenziente*, ai sensi dell'articolo 579 codice penale¹⁹³.

I P.M. constatano che dalle indagini si rilevi come l'agente non sia responsabile in alcun modo di avere influenzato il proposito suicidiario di Fabiano, essendo quest'ultimo pienamente libero e cosciente nella sua decisione ed avendo compiuto il gesto in autonomia; il punto su cui fanno leva i magistrati è "l'assoluto dominio dell'azione esecutiva", conservato in tutto l'arco del procedimento da parte del dj.

Fondamentale in questa imposizione diventa quindi il concetto di *fase esecutiva*, iniziata nel momento dell'inserimento in siringa del farmaco letale da parte dei sanitari svizzeri e conclusasi con la morte dell'Antoniani; in quest'ottica il comportamento dell'indagato non potrebbe integrare il delitto ad egli contestato in quanto non è possibile ricondurre ad esso la fase dell'esecuzione del suicidio.

Il tetraplegico, continuano i pubblici ministeri meneghini, nella sua assoluta incapacità di movimento, si sarebbe dovuto affidare, nella sua scelta, alla cooperazione di diversi soggetti ciascuno dei quali, per rendere effettiva la sua volontà, con il proprio intervento ha interrotto il nesso causale che lega chi ha offerto aiuto al degente ed il degente stesso.

Inoltre, ponendo l'accento sulle modalità di realizzazione della procedura, più complicata a causa dalle condizioni di immobilità del soggetto, si deve tenere conto che è così predisposta per garantire che il suicidio non si traduca in una forma di eutanasia attiva volontaria, atto sanzionato anche dal codice penale svizzero, ribadendo l'assoluta autonomia del gesto¹⁹⁴.

¹⁹³ Art. 579 c.p.: "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. [...]".

¹⁹⁴ Pietro BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fasc. 5, pp. 381, 382.

Si determina così un'interpretazione dell'art. 580 c.p. orientata in senso costituzionale e restrittivo, ispirata al principio del *favor rei*, tale per cui soltanto il comportamento di chi agevola direttamente e in senso stretto la fase esecutiva del suicidio è da criminalizzare e non chi agisce solo marginalmente nella lesione del bene giuridico protetto dalla norma.

L'altro argomento sul quale la Procura poggia la non punibilità della condotta agevolatrice è quello che riguarda la sussistenza di un diritto a morire con dignità che opera come causa di giustificazione impropria poiché espressione dell'esercizio di un diritto riconosciuto al singolo, ossia di morire dignitosamente, in base a quanto previsto dall'articolo 51 codice penale¹⁹⁵.

Qui i giudici, a sostegno della propria posizione, considerano il mutato contesto giuridico nonché la differente sensibilità sociale che hanno portato ad una necessaria rivisitazione del divieto di disporre del bene vita, cui conseguirebbe, nell'attuale assetto normativo, una compressione operata tanto dal dettato costituzionale quanto dal catalogo dei diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo.

La tesi sostenuta dai magistrati milanesi riconosce il bene vita come diritto fondamentale, assoluto e personalissimo e che, come tale, debba essere strenuamente tutelato dall'ordinamento, ma allo stesso tempo ne rimette in discussione la sua intangibilità, caldeggiandone il suo sacrificio in virtù del bilanciamento con altri principi: qualora esso entri in contrasto con altri interessi costituzionali di medesimo rango, quali la libertà individuale e la dignità umana, in determinati casi, si possono considerare questi ultimi prevalenti rispetto al primo.

Gli inquirenti considerano l'ordinamento costituzionale italiano fondato sul principio personalistico, pertanto nessun valore sancito dal panorama costituzionale è da intendersi come assoluto; al contrario, occorre un

¹⁹⁵ Art. 51 c.p.: "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. [...]".

bilanciamento dei diritti al fine di assicurare il “rispetto per la persona umana” nella misura maggiore possibile¹⁹⁶.

Nel caso in questione i beni che necessitano un contemperamento sono due: da una parte l'*autodeterminazione*, il diritto a disporre in piena autonomia delle scelte sul proprio corpo, dall'altra la *vita*, la “permanenza in vita” e il diritto alla salute; nel sistema costituzionale e convenzionale odierno, il diritto fondamentale alla conservazione della vita sarebbe da considerarsi solo relativamente intoccabile: il divieto di disposizione della propria esistenza, presupposto logico-giuridico dell'art. 580 c.p., deve cedere il passo all'autodeterminazione terapeutica e al conseguente *diritto a lasciarsi morire*. Il limite si deve rinvenire nel concetto di *persona*, il complesso di valori che formano l'individualità di ogni essere e che fondano la *dignità* umana, anche in riferimento a importati pronunce giurisprudenziali e alle previsioni normative in materia¹⁹⁷.

La Procura nega però l'esistenza di un diritto a morire liberamente esercitabile: sarà legittimato chi si trovi in presenza delle circostanze per le quali tale gesto venga considerato indispensabile per il rispetto dell'umana dignità; sulla scorta delle suddette considerazioni a Dj Fabo si sarebbe dovuto riconoscere il potere di scelta di morire rispetto al momento e ai mezzi adoperati, anche in ossequio dell'innovativa giurisprudenza europea in materia. Viene considerato altresì il fatto che Fabiano abbia, per così dire, operato una scelta imposta, che egli fosse obbligato a porre fine alla propria vita ormai inumana e dolorosa, poiché nel caso di rinuncia ai trattamenti sanitari che gli garantivano il mantenimento in vita, attraverso il distacco del ventilatore meccanico cui era collegato, egli sarebbe sì giunto all'evento morte ma solo dopo un periodo di lunga e forte agonia e di ulteriore degradazione inaccettabile.

¹⁹⁶ Pietro BERNARDONI, op. cit., p. 386.

¹⁹⁷ Riferimento a caso Welby, Englaro, ma anche artt. 2, 3, 13 e 32 c. 2 Cost. e artt. 3 e 8 CEDU.

La requisitoria si conclude dunque con l'individuazione del diritto al rispetto della dignità individuale e con la considerazione che l'atto del suicidio non sia da ritenersi "mero fatto" o "fatto tollerato" dell'ordinamento, bensì diritto soggettivo di rilievo costituzionale.

In più, la condotta di Marco Cappato non sarebbe punibile in quanto il reato di cui alla fattispecie penale in oggetto costituisce una forma di "consorzio tipizzato" in una condotta sorretta da una "causa di giustificazione impropria" e che è solamente considerata come disvalore dall'ordinamento¹⁹⁸.

Il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano però, dimostrando le proprie riserve sul mancato esercizio dell'azione penale, fissa l'udienza di discussione in Camera di Consiglio per la data del 6 luglio 2017, per poter svolgere l'audizione delle parti in merito.

Nel corso dell'udienza, i P.M. presentano una memoria al giudice per sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. relativamente alla parte in cui viene incriminata la condotta di *partecipazione fisica o materiale* al suicidio altrui nella misura in cui non esclude la rilevanza penale del comportamento di chi presti aiuto al malato terminale o irreversibile nel porre fine alla propria vita, dal momento in cui il malato stesso ritenga le proprie condizioni di salute lesive del suo diritto alla dignità personale¹⁹⁹.

La difesa di Marco Cappato si unisce e presenta una memoria difensiva chiedendo di valutare la compatibilità dell'articolo suddetto con la Carta fondamentale²⁰⁰.

Il contenuto di entrambe le memorie si fonda sulla questione di costituzionalità dell'articolo 580 per violazione non solo della Costituzione, ma anche della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), precisando che le eccezioni sollevate sono incentrate solamente sulla fattispecie di *aiuto materiale al suicidio* e sull'incompatibilità di

¹⁹⁸ Tribunale di Milano, richiesta di archiviazione del 2 maggio 2017.

¹⁹⁹ Memoria del PM e questione di legittimità costituzionale del 4 luglio 2017.

²⁰⁰ Memoria difensiva di Marco Cappato con richiesta di sollevare q.l.c. del 6 luglio 2017.

questa norma con i principi di non discriminazione, di autodeterminazione, di non offensività, del rispetto delle scelte di vita e della dignità umana.

In questi termini viene chiesto dai P.M. e dai difensori di Marco Cappato di sollevare la questione di legittimità ma, il giorno 10 luglio 2017, questi ultimi vedevano le proprie richieste rigettate da parte del GIP che disponeva che i pubblici ministeri formulassero l'imputazione coatta nei confronti di Cappato per la fattispecie di *aiuto al suicidio*, tenendo in vita il procedimento.

Le ragioni di tale decisione sono da ravvisarsi nel fatto che, nonostante la ricostruzione logico-argomentativa offerta dai magistrati sia coerente e lineare, a detta del giudice non possono considerarsi altrettanto univoche e condivisibili le conclusioni cui si perviene.

Ad avviso del Giudice per le Indagini Preliminari, tenuto conto del contesto giuridico in esame, la condotta tenuta da Marco Cappato è sì da ricondurre solo alla fattispecie di *istigazione* o *aiuto al suicidio* e non anche a quella prevista all'articolo 579 c.p., concordando con i pubblici ministeri, ma egli ravvisa altresì che all'indagato si debba contestare, oltre all'*agevolazione materiale*, anche il più grave reato di *rafforzamento dell'altrui proposito suicida*. Tale considerazione nasce dal fatto che non viene messo in discussione il desiderio di morte della vittima, ormai pacifico, ma le modalità specifiche adottate per realizzare l'azione, rese possibili attraverso l'opera di tramite svolta dall'indagato con l'associazione *Dignitas*: Cappato avrebbe quindi generato in Fabiano la volontà di togliersi la vita proprio in *quel* modo.

Nel proseguo dell'ordinanza il G.I.P. attribuisce alla norma ex art. 580 c.p. un significato ampio, facendovi rientrare qualsiasi comportamento di un terzo senza il quale la morte non si sarebbe realizzata.

Sul concetto di *fase esecutiva* invece, egli ritiene di non poter accogliere la concezione restrittiva proposta dai P.M. poiché contraria alla lettera della norma, la quale includerebbe ogni azione dolosa, e quindi intenzionale, che sia intercorsa in qualsiasi momento nel rapporto causale, fornendone anche

un minimo apporto: il giudice prima di tutto deve attenersi al dettato della legge e solo ad essa deve sottostare.

Passando all'altro argomento avanzato dalla Procura, ossia la sussistenza di un presunto diritto a morire dignitosamente quale causa di giustificazione impropria e che escluderebbe la punibilità, il giudicante analizza il valore attribuito dall'ordinamento alla vita.

Egli constata come sia riconosciuta, anche a livello costituzionale, una centralità dell'esistenza umana, necessaria per il godimento di ogni altro diritto e ricompresa tra i diritti *inviolabili*, e quindi privilegiati; nonostante ciò è la stessa giurisprudenza costituzionale più volte ha ammesso che tale diritto fondamentale sia da soppesare con altri di medesimo rango.

Date tali premesse, si deve considerare se l'ordinamento riconosca allo stesso modo un uguale e contrario diritto a morire con dignità ma anche qui da un attento vaglio delle pronunce giurisprudenziali in materia, in assenza di una disciplina positiva, il giudice eccepisce il riconoscimento di un *diritto a lasciarsi morire*: esisterebbe la possibilità per i consociati di interrompere o rinunciare alle cure mediche ma non sarebbe accordato un potere di disporre in senso assoluto del proprio bene vita, in base all'autodeterminazione terapeutica, come nel caso in questione.

Vi è un'ulteriore considerazione da svolgere: qualora si ammettesse l'esistenza di un diritto a concludere in condizioni dignitose la propria esistenza ormai percepita come inumana e insopportabile, si limiterebbe l'esercizio del diritto considerato solo a casi particolari e si incorrerebbe nel rischio di indurre persone fragili o in condizioni di debolezza fisica o psichica a compiere scelte autolesive senza alcuna riflessione.

Rinforza tale imposizione l'impossibilità di rilevare anche in ambito europeo l'esistenza di un diritto al suicidio, non essendo riscontrabile in alcun pronunciamento del Tribunale di Strasburgo sul fine vita facendone derivare una preminenza del bene vita rispetto a ad altre libertà fondamentali.

Passando alla questione di legittimità costituzionale sollevata dai magistrati milanesi sull'articolo 580 c.p., il G.I.P. vaglia le eccezioni di incostituzionalità avanzate e i requisiti di ammissibilità necessari; dopo aver constatato la fondatezza della questione passa poi all'esame del merito evidenziando come dall'individuazione del diritto in oggetto deriverebbe l'esistenza di vite degne di essere vissute e altre non degne, privando di tutela anche quelle situazioni di vulnerabilità sopra citate.

Viepiù: posto che non vi è espressa previsione neanche a livello europeo circa l'accesso a pratiche di suicidio assistito, la Corte EDU addirittura si è sempre adoperata per affermare la priorità dell'umana esistenza e anzi per difendere i soggetti fisicamente o mentalmente deboli che potrebbero diventare vittime di abusi.

Sarebbero discriminate anche quelle persone che, a differenza di Dj Fabo, non abbiano la possibilità fattuale di richiedere la mano di un terzo per raggiungere il proprio scopo: a coloro che scegliessero di morire a séguito dell'interruzione delle cure non potrebbe corrispondere l'esercizio di un diritto legittimo in virtù del fatto che il decesso rappresenterebbe unicamente un effetto secondario rispetto alla propria decisione²⁰¹.

Il giudicante ordina così l'imputazione coatta verso Cappato il quale, il 5 settembre 2017, chiede di essere giudicato secondo il rito immediato, disposto successivamente davanti alla Corte di Assise di Milano.

All'udienza dell'8 novembre la Corte ammette le prove e procede nel mese successivo all'audizione dei testimoni; in quella di discussione del 17 gennaio 2018, la pubblica accusa richiede l'assoluzione o, in subordine, di avanzare la questione di legittimità costituzionale già oggetto di previa richiesta.

La stessa veniva effettuata anche dai difensori di Cappato.

²⁰¹ G.I.P. del Tribunale di Milano, ordinanza per formulare l'imputazione del 10 luglio 2017.

All'udienza del 14 febbraio 2018 la Corte di Assise con ordinanza rimette la questione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. alla Corte Costituzionale²⁰².

In conclusione, nel nostro diritto le più importanti novità e le svolte significative sono di matrice giudiziaria, date da motivate e consapevoli pronunce dei giudici: solo uno Stato dispotico ed insensibile imporrebbe ai propri cittadini una sofferenza insopportabile in virtù del principio di sacralità della vita da difendere ad ogni costo.

L'innovativo ragionamento dei P.M., nella misura in cui viene affermata l'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito ad ottenere una conclusione dignitosa della vita è da ritenersi quanto meno rivoluzionario: infatti fino ad ora nessuna istituzione, né la Corte costituzionale né la Corte di Strasburgo, ha riconosciuto al diritto a terminare la propria esistenza in modo dignitoso il rango di diritto fondamentale.

Gli approdi giurisprudenziali e dottrinali fin qui richiamati, ottenuti con lungo tempo e strenue battaglie, sono stati parzialmente recepiti dalla nuova legge n. 219 del 2017 in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, facendo presagire una presa di coscienza del legislatore su questo tema tanto delicato, per troppo tempo ignorato.

11. La legge n. 219/2017 (artt. 1 e 2).

La nuova legge 22 dicembre 2017 n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, si può dire sia il risultato di una lunga serie di casi giurisprudenziali oggetto di ampia trattazione

²⁰² La Corte di Assise di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidiario, ritenendo tale incriminazione in contrasto con i principi sanciti agli articoli 3, 13 co. 2, 25 co. 3 della Costituzione. L'udienza innanzi alla Corte Costituzionale è prevista per il 23 ottobre 2018.

da parte della stampa e che col tempo sono entrati in misura sempre maggiore nel dibattito collettivo, dividendo l'opinione pubblica.

La necessità dell'inserimento di questi principi nel nostro ordinamento deriva dal fatto che le problematiche che la legge si propone di regolare sono quanto mai concrete e comuni e hanno già visto una trattazione tanto a livello nazionale, da parte di altri Paesi che hanno vissuto situazioni analoghe, quanto europea, come ad esempio la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* firmata a Nizza nel 2000.

Ripercorrendo rapidamente la vicenda parlamentare per comprendere la genesi della nuova legge, il 4 giugno 2013 viene presentata alla Camera la proposta di legge n. 1142, sorretta da ulteriori d.d.l. L'obiettivo iniziale dei proponenti era quello di concentrarsi prevalentemente sulla necessità di vietare l'accanimento terapeutico e in determinate circostanze statuiva che venissero chiamati i cosiddetti comitati etici a sostituirsi al giudice in sede decisionale²⁰³.

Questo prospetto venne tuttavia abbandonato con l'evoluzione successiva del disegno di legge distaccandosi da questa posizione iniziale e concentrandosi soprattutto sui diritti del paziente e sui modi di esercizio di essi.

A seguito dell'esame in Commissione e l'approvazione dei molteplici emendamenti successivi, il disegno di legge subì una rapida trattazione al Senato e fu accolto in via definitiva il 14 dicembre 2017 ed entrò in vigore il 31 gennaio 2018 con la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Facendo ora un rapido *excursus* delle fonti della legge in esame, prime tra tutte sono da menzionare le numerose pronunce dei giudici di merito e di legittimità che ne hanno dato propulsione, grazie alla forte eco pubblica e mediatica che da questioni private e personali le ha trasformate in oggetto di interesse comune; in Italia il caso Welby ed Englaro, già trattati, e all'estero il famoso caso Pretty e molti altri ancora.

²⁰³ Bruno DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, CEDAM, Padova, 2018.

Fonti ulteriori sono da ravvisarsi sia a livello sovranazionale, come la già citata *Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.* e la *Convenzione di Oviedo* sui diritti umani e la biomedicina, sia quelle interne, contenenti principi enunciati nel codice civile e in quello penale, ove adeguatamente interpretati, dato che la loro attuale formulazione desta non poche perplessità.

Infatti l'articolo 5 del codice civile, rubricato *Atti di disposizione del proprio corpo*, vieta tutti quei comportamenti che "cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica", oltre che contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. Secondo tale principio è fatto divieto all'uomo di disporre *ad libitum* del proprio corpo per il fatto che l'integrità è considerata essenziale ad esso secondo la funzionalità familiare e sociale che possiede: sono proibiti tutti quegli interventi che vadano a compromettere il suo valore sociale e i compiti che lo Stato gli impone²⁰⁴.

A sostegno di tale posizione occorre il Codice deontologico medico in quanto prevede che i trattamenti che incidono sull'integrità psico-fisica del paziente devono essere attuati con lo scopo di procurare ad esso un beneficio clinico reale, sottolineando anche in questa sede come il bene giuridico "vita" faccia parte dei diritti personalissimi, inviolabili e indisponibili²⁰⁵.

Questa tradizionale concezione collettivistica dell'individuo però pare ormai superata, lasciando il posto, in casi specifici, ad una maggiormente privatistica e individuale; inoltre nell'intero sistema normativo non è mai affermato che la vita, oltre ad essere un diritto, sia anche un dovere, facendo ben sperare che il rispetto della persona umana, del suo diritto a determinarsi e del principio consensualistico, avrebbero possibilità di affermazione. Esistono trattamenti sanitari che siano lesivi ma al tempo stesso leciti? Pare che lo siano quelli svolti da chi di competenza che come conseguenza possano anche

²⁰⁴ Francesco ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 293, 294.

²⁰⁵ Art. 17, *Codice di deontologia medica*, FNOMCeO, versione online, 2014.

determinare una diminuzione permanente dell'integrità fisica della persona ma che ne rispettano sua la volontà.

Considerando invece il diritto penale, altre incertezze sorgono da due norme rilevanti, l'articolo 579, *Omicidio del consenziente*, e il 580, *Istigazione o aiuto al suicidio*; il primo punisce chiunque cagioni la morte altrui col consenso di quest'ultimo, mentre il secondo persegue chi induce o rafforza l'intento suicidiario di altri o in qualche modo ne agevola la realizzazione. Queste due norme citate, se interpretate secondo l'orientamento della nuova legge, fungerebbero più da scriminante piuttosto che da fattispecie costituenti reato. Per quanto riguarda l'articolo 579 c.p., la lettura che se ne può dare è ambivalente e per questo problematica: da una parte sostiene il principio dell'indisponibilità del diritto alla vita, poiché soggetto a pena, ma dall'altra il legislatore ne ha voluto riconoscere un'offensività minore rispetto all'omicidio commissivo doloso. Si consideri, a titolo esemplificativo, la condotta del medico che rispetti la volontà del paziente che abbia rifiutato un particolare trattamento sanitario o che sospenda lo stesso trattamento salvavita, ricordando all'opposto che al medico non è concesso, secondo il già citato codice deontologico, effettuare né favorire atti finalizzati a provocare la morte "anche su richiesta del paziente"²⁰⁶.

La problematicità di questa norma è data dall'assenza di menzione testuale di eventuali motivi pietistici o della condizione di dolore fisico insopportabile del paziente, nonché dell'inderogabilità del principio della validità del consenso sul quale la norma in esame si fonda; conseguenza è che le condotte riconducibili al *genus* eutanasia integrerebbero l'omicidio comune e non una fattispecie di colpevolezza attenuata, nemmeno da motivazioni di peculiare valore morale o sociale²⁰⁷.

²⁰⁶ Art. 18, *Codice di deontologia medica*.

²⁰⁷ Stefano CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, cit., p. 218.

L'articolo 580 c.p. manifesta punti critici differenti: qui il bene in oggetto è quello della vita e la vittima ha conservato il dominio della propria azione suicidiaria ma la fattispecie prevede la partecipazione altrui, morale o materiale, necessaria al fine di conseguire il proposito dell'agente. La questione spinosa, di compatibilità con la nuova normativa, deriva dalla difficoltà di inserire il diritto a concludere la propria vita in modo dignitoso e il rispetto dell'autodeterminazione individuale con le condotte di istigazione e di aiuto al suicidio, tenendo presente che la nuova legge vieta il "suicidio assistito" e mantiene la rilevanza penale della norma in questione.

La compatibilità di questo articolo con il dettato costituzionale e con la normativa internazionale è attualmente al vaglio della Corte Costituzionale, nella parte incriminatrice delle condotte di aiuto al suicidio rispetto a quelle di istigazione.

Restando in tema Costituzione, grazie alla sua duttilità e alle ampie possibilità interpretative, risulta sempre attuale e punto di riferimento per l'intero ordinamento ed è proprio essa ad aver ispirato la legge 219; il dettato della Carta fondamentale ha orientato la sua stesura con diversi articoli di cui vi è espresso riferimento all'inizio del suo testo, già nel primo articolo.

È già stato visto come la nuova legge sul Biotestamento abbia avuto un'approvazione rapida tanto alla Camera quanto al Senato di un testo che può considerarsi migliore rispetto a quello proposto in origine, in due sensi: ha eliminato apporti superficiali e contraddittori rispetto all'impianto iniziale e si è allineata a quei principi fondamentali previamente menzionati, osservando norme bioetiche, deontologiche, scientifiche, coerentemente col principio giurisprudenziale di relazione di cura²⁰⁸.

La legge consta di 8 articoli e come linee fondamentali si individuano generalmente il concetto di salute nel senso di migliore benessere fisico e

²⁰⁸ Paolo ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Responsabilità medica: diritto e pratica clinica*, Pacini Giuridica, Pisa, 31 gennaio 2018.

mentale possibile, quello di cura proporzionata, di consensualità, il diritto di rifiutare le cure e il dovere del medico curante di rispettarlo, così come quello di considerazione e rispetto di dichiarazioni rese precedentemente e di divieto di abbandono terapeutico.

Il titolo dell'articolo 1 enuncia subito la rilevanza del principio cardine e punto di riferimento dell'intera normativa, il *Consenso informato*. Recita come segue: "La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13, e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2, 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"²⁰⁹.

In materia di fine vita dunque il consenso dell'interessato, inteso come stato e non come atto, deve essere necessariamente "informato", per cui il paziente ha il diritto/dovere di conoscere tutte le indicazioni disponibili sulla propria salute rese dal personale sanitario proponente, e vengono richiamati i principi costituzionali ed europei che informano l'intera normativa qui oggetto di commento e alla luce dei quali deve essere interpretata.

Gli articoli della Costituzione ivi citati sono i numeri 2, 13 e 32. L'articolo 2 Cost. fa riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo che sono riconosciuti e garantiti dalla Repubblica e ne consegue che la materia qui trattata rientra a pieno titolo nel novero dei diritti fondamentali.

Il rimando all'articolo 13 invece riguarda la libertà personale che è definita inviolabile non essendo ammessa alcuna forma di compressione.

L'ultimo articolo della Carta fondamentale riportato è il 32, esaminato in precedenza: il primo comma eleva il diritto alla salute a diritto fondamentale

²⁰⁹ Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

individuale e interesse meritevole di tutela da parte della collettività: è comune interesse che il singolo mantenga il proprio stato di salute anche per continuare a svolgere le proprie funzioni sociali, ad eccezione dei casi in cui una persona metta a repentaglio la salute altrui.

Il comma secondo invece esplicita il principio secondo cui “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”, puntualmente riportato nel testo della legge in commento. Lo Stato pertanto ha il dovere di garantire e tutelare il rispetto del diritto alla salute ma non può mai travalicare da ciò che rappresenta l’umana dignità e il diritto alla propria autodeterminazione, nemmeno per espressa previsione legislativa.

Il rinvio successivo dell’articolo 1 comma 1 della legge è quello ai primi tre articoli della *Carta di Nizza* a motivo dei quali la dignità umana è inviolabile (art. 1), ogni individuo ha diritto alla vita (art. 2) e all’integrità, nonché ad essere libero di prestare il proprio consenso, sempre informato (art. 3).

Secondo il prospetto normativo richiamato, costituzionale ed europeo, il tradizionale pensiero secondo cui il diritto alla vita debba essere ad ogni costo difeso anche contro la volontà del malato sembra non reggere più, tanto è vero che si parla appunto di diritto alla vita e non di dovere²¹⁰.

Da questo eloquente primo comma si evince l’impostazione garantista di questo provvedimento di promozione e dei diritti individuali e di difesa rispetto alla loro eventuale compromissione; questi diritti sono addirittura esplicitati nel testo stesso: la vita, la salute, la dignità e l’autodeterminazione della persona. Al comma successivo, il secondo, il legislatore si occupa della definizione della *relazione di cura e di fiducia* tra medico e paziente: “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

²¹⁰ Bruno DE FILIPPIS, op cit.

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'équipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari [...]". Qui si valorizza la comunicazione nel rapporto terapeutico ed è in linea col principio del consenso informato pocanzi enunciato secondo cui il medico in questa circostanza non si limita ad essere un mero esecutore materiale ma diviene coprotagonista alla pari del malato: da un lato quest'ultimo esplica il suo diritto ad avere indicazioni circa il suo stato di salute e ad autodeterminarsi e dall'altra il professionista sanitario esercita in modo non arbitrario le sue competenze e la sua professionalità.

La norma quindi positivizza il nuovo rapporto medico-paziente, più equilibrato, quasi parificato, e non più quali entità distinte e separate, sebbene nella pratica medica questo bilanciamento di diritti non incontri sempre perfetta simmetria. Il comma prevede poi che contribuiscano a questo rapporto gli esercenti una professione sanitaria, in base alle proprie capacità, e valgono gli stessi obblighi visti per il medico curante, ma svolti in "équipe".

Continuando la lettura del dettato normativo si nota come, a discrezione del paziente, possono partecipare all'attività di informazione del paziente e di genesi del suo consenso i familiari: il medico decide in che modo intervenire e quando mettere a conoscenza del proprio quadro clinico il malato ma è quest'ultimo a scegliere chi altri coinvolgere in questa relazione che diventa così "plurale"²¹¹.

In questo senso il già menzionato codice di deontologia medica prevede che nel rapporto con la persona assistita viga "la libertà di scelta" e "l'individuazione e condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità"; egli "persegue l'alleanza di cura fondata sulla reciproca fiducia e sul mutuo rispetto dei valori

²¹¹ Art. 34, *Codice di deontologia medica*.

e dei diritti e su un'informazione comprensibile e completa, considerando il tempo della comunicazione quale tempo di cura"²¹².

Il comma n. 3 si occupa di normare il *diritto di conoscere le proprie condizioni di salute* secondo cui "ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo e aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. [...]" oppure rinunciare totalmente o parzialmente a ricevere informazioni o indicare chi in sua vece debba riceverle o prestare il consenso. I diritti del paziente ad essere edotto sulla sua situazione di salute e delle modalità con cui esprimere il proprio consenso sono ivi disciplinate: l'informazione deve essere chiara e costantemente aggiornata in base alla situazione evolutiva della malattia il che è parte integrante dell'attività medica del sanitario. I precetti del codice deontologico sono allineati con questa prescrizione e con ciò "il medico garantisce alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esaustiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla prognosi, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura", avendo riguardo della sensibilità del malato a maggior ragione in caso di "prognosi gravi o infauste"²¹³.

Ovviamente come è riconosciuto il diritto di ricevere informazioni, il paziente è nelle condizioni di rifiutarle o di indicare chi preposto a riceverle o a esprimersi in luogo di esso stesso.

²¹² Art. 20, *Codice di deontologia medica*.

²¹³ Art. 33, *Codice di deontologia medica*.

Il quarto comma è interamente incentrato sull'*acquisizione e documentazione del consenso informato* il quale è "acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni [...]" e viene inteso, secondo la giurisprudenza, come espressione dell'adesione conscia del paziente al trattamento sanitario che gli è stato proposto dal medico, dopo avergli fornito in modo esaustivo tutte le informazioni possibili. Questo atto nel Codice deontologico dei medici è definito come "specificata ed esclusiva competenza del medico, non delegabile", così come la raccolta del dissenso informato che gli vieta di cominciare o continuare pratiche o interventi non consentiti dal malato²¹⁴.

Segue il quinto comma sul *rifiuto di trattamenti sanitari* che prevede che "ogni persona capace di agire ha diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico" e quindi chiunque abbia il libero esercizio dei propri diritti possa opporsi alla sottoposizione ad un accertamento o trattamento in modo totale o parziale, secondo le modalità previste al comma precedente; inoltre può "revocare in qualsiasi momento il consenso prestato" o rinunciare-rifiutare il trattamento sin dall'inizio. Si procede poi a definire quelli che vengono considerati trattamenti sanitari che sono "la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale" consistendo nella "somministrazione di nutrienti mediante dispositivi medici" e rende direttamente applicabile l'art. 32 Cost. nella misura in cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, coerente questa affermazione con il tenore dell'intera norma in esame.

Fa da corollario il comma successivo, il sesto, sul *rispetto della volontà del paziente*: "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 e penale". Il medico ha l'obbligo di rispetto della volontà del paziente e non è responsabile né civilmente né

²¹⁴ Art. 35, *Codice di deontologia medica*.

penalmente qualora rispetti le disposizioni date dal malato in merito alle pratiche mediche avviate o meno. Da ciò si desume che qualora il sanitario contravvenga a questa previsione egli commetta un illecito e ne debba rispondere; non si esclude la responsabilità da colpa medica qualora egli sbagli la diagnosi o la terapia intrapresa²¹⁵.

Con questa previsione la legge manifesta la propria contrarietà a tutte quelle pratiche che esulino le decisioni del paziente e ne consegue che esclude categoricamente la possibilità di praticare la “obiezione di coscienza”, atti contrari alla sua coscienza nel caso in cui il sanitario che si distacchi dal diritto di autonomia del malato per ragioni scientifiche o personali etiche e morali. Le convinzioni interiori del medico non possono in alcun modo prevalere sulla volontà del suo assistito.

Vi è qui da fare una precisazione: bisogna distinguere tra il “compimento di atti” e la “astensione” da essi; il codice medico esclude che quest’ultimo possa compiere atti finalizzati alla morte del paziente²¹⁶.

Esso non parla però dell’astensione da essi che è sempre possibile quando non sia contraria alla legge; ne segue che nel caso in cui il malato voglia sottoporsi ad un intervento contrario alla morale del chirurgo, egli si possa motivatamente discostare e possa rifiutare, al contrario non gli è concesso qualora il paziente rifiuti di subire questo intervento²¹⁷.

L’ultima parte del testo recita: “Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico assistenziali; a fronte di tale richiesta il medico non ha obblighi assistenziali” e deve essere inteso nel senso che gli è concesso quando questi trattamenti non ne siano contrari. Questo ultimo discorso in realtà risulta fortemente controverso e lascia il dibattito aperto circa la sua interpretazione, da valutare caso per caso.

²¹⁵ Bruno DE FILIPPIS, op. cit.

²¹⁶ Art. 17, *Codice di deontologia medica*.

²¹⁷ Bruno DE FILIPPIS, op. cit.

Gli ultimi commi di questo articolo 1 hanno minore rilievo rispetto ai precedenti e disciplinano le *situazioni di emergenza* (co. 7), nelle quali va ancora rispettata la volontà del paziente, il *tempo di cura*, che coincide col tempo di comunicazione medico-paziente (co. 8), le caratteristiche delle *strutture sanitarie* (co.9), la *formazione del medico* (co. 10) e infine le *norme speciali* (co. 11).

Una volta enunciata tutta questa serie di principi cardine della normativa si passa all'articolo 2, sulla *Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole alle cure e dignità nella fase finale della vita*.

“Il medico deve adoperarsi per alleviare 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 [...]”; il medico, anche in caso che il malato rifiuto i trattamenti proposti, non può mai abbandonarlo ma anzi deve operare tutto ciò che è nelle sue conoscenze e possibilità per alleviarne i dolori. In questo senso è significativo il caso del malato terminale che scelga di lasciarsi morire, rifiutando i trattamenti che lo manterrebbero in vita; al medico è consentito di praticare la sedazione terminale o sospendere l'idratazione o la alimentazione artificiali.

La norma cita espressamente la terapia del dolore e le cure palliative, entrambe definite nella già vista legge 15 marzo 2010, n. 38²¹⁸.

Gli atti clinici di soppressione e controllo del dolore e le cure praticate su pazienti il cui decorso della malattia sia ormai inarrestabile sono per il cittadino un diritto che comprende assistenza e rispetto della sua dignità.

Gli ultimi due commi comprendono il *divieto di ostinazione terapeutica* “nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati.

²¹⁸ Legge 15 marzo 2010, n. 38, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*.

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. [...]”.

La norma in esame, che non parla di “accanimento” ma di “ostinazione”, fa riferimento a tutte le casistiche di malattia che abbia compromesso irrimediabilmente la salute del paziente, senza speranza di guarigione in cui il decesso appaia ormai inevitabile, a cui non devono essere praticate tutte quelle cure che non abbiano speranza di successo e risultino illogiche data la situazione disperata in cui versa, ma che anzi gli provochino sofferenze.

La stessa logica emerge dal dettato del Codice di deontologia ove il medico, “considerando le volontà espresse dal paziente” e “i principi di efficacia e di appropriatezza delle cure”, si deve astenere dal compiere interventi terapeutici “ clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati”, che non prospettino “un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita”²¹⁹.

Un’ultima parola va spesa in tema di consenso-dissenso del paziente che ha sempre il diritto ad esprimersi ma non può però determinare le cure che sono sempre lasciate alla competenza del sanitario: la sua libertà deve essere esercitata entro ciò che gli viene proposto dal medico, nel rispetto della normativa e della prassi in vigore²²⁰.

12. Articoli dal 3 all’8 e DAT.

A differenza dei primi articoli della legge n. 219 del 2017 sul Biotestamento che, come si è visto, enunciano i principi fondamentali che strutturano l’intera normativa, quelli che seguono possono essere invece definiti “procedurali”,

²¹⁹ Art. 16, *Codice di deontologia medica*.

²²⁰ Bruno DE FILIPPIS, op. cit.

indicanti l'*iter* da percorrere per esercitare effettivamente i diritti in questa sede riconosciuti.

L'articolo 3 dispone che i soggetti *Minori e incapaci* debbano ricevere informazioni circa lo stato di salute in cui versano secondo le proprie capacità, per poter esprimere validamente le loro volontà non potendo essi redigere direttamente le Disposizioni Anticipate di Trattamento poiché privi della capacità di agire. In questi casi chi presterà il consenso o lo rifiuterà a un trattamento sanitario determinato saranno gli esercenti la responsabilità genitoriale o il legale tutore, osservando le giuste cautele per valorizzarne il volere "nel pieno rispetto della (sua) dignità".

Per i soggetti interdetti, ex comma 3, è prevista la figura del legale tutore che acconsentirà in suo luogo o meno, "avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità", in quanto persone in uno stato di abituale infermità mentale; l'inabilitato, la cui condizione non è tanto grave da essere interdetto, ai sensi del quarto comma esprimerà le volontà personalmente. A queste due tipologie è da aggiungere quella del soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno "la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario", data la sua impossibilità a provvedere ai propri interessi. Queste tre figure del tutore, curatore e amministratore di sostegno, attualmente coesistono e convivono nel nostro ordinamento ma in relazione al loro rapporto la giurisprudenza, sottolineandone le differenze, ha espresso un *favor* per l'ultima delle tre, che è più idonea a limitare nel minor modo possibile la capacità della persona²²¹.

Il quinto comma invece regola il caso di *assenza di DAT* in ordine al quale "il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno o il rappresentante legale della persona minore"

²²¹ Bruno DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, CEDAM, Padova, 2018.

rifiuti le cure proposte dal medico e quest'ultimo sostenga che esse siano proporzionate e indispensabili, la decisione è rimessa al giudice tutelare.

Qui disciplinata è l'ipotesi opposta a quella dell'articolo 1 comma 6 del medico che rispetti le volontà espresse da soggetto capace o che abbia redatto le cosiddette DAT: questa situazione di assenza di disposizioni va assimilata a quella del dissenso informato della persona in quanto il medico senza consenso è impossibilitato a procedere.

Il vero fulcro dell'intera legge, oltre ad essere il consenso informato di cui all'art. 1, è altresì quello che si trova disciplinato all'art 4: la norma contenente le Disposizioni Anticipate Trattamento.

Questi due principi sono strettamente legati tra di loro e il nesso che li lega emerge già dalla definizione resa dal Comitato Nazionale della Bioetica nel parere del 18 dicembre 2003; in questo le DAT sono definite come “i documenti con i quali una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato”.

In questa prospettiva il testamento biologico finisce col costituire “l'approdo logico” o secondo un'altra formulazione, recepita tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, la “logica estensione” del processo per valorizzare il consenso informato ai trattamenti sanitari²²².

In questo modo, sia che il malato sia pienamente capace che incapace, il rapporto medico-paziente può validamente instaurarsi e quest'ultimo potrà vedersi riconosciuta e rispettata la propria volontà prestata contestualmente al periodo di ospedalizzazione o precedentemente.

²²² Vincenzo VERDICCHIO, *Riflessioni sul testamento biologico tra 'jus conditum' e 'jus condendum'*, in *Libero osservatorio del diritto*, 2017, fasc. 4, pp. 64, 65.

Il Codice di deontologia dei medici indica le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento come mezzo per comprovare “la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l’espressione di volontà attuali”²²³.

Il medico, nell’osservare queste dichiarazioni anticipate, “ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria”.

Considerando ciò, vi dovrà necessariamente essere traccia documentale di queste disposizioni che verranno “espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive ad un’informazione medica” anch’essa documentata; sotto questo punto di vista si potrebbe però ritenere ammissibile un testamento di vita redatto in assenza di un previo confronto con un medico e quindi mancherebbe una specifica ed esaustiva informazione sugli eventuali trattamenti terapeutici erogabili, previsione che invece è necessariamente inserita nella legge in esame²²⁴.

Ritornando appunto alla legge, l’articolo 4 sulle *Disposizioni anticipate di trattamento* si apre dichiarando 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”.

²²³ Art 38, *Codice di deontologia medica*, FNOMCeO, versione online, 2014.

²²⁴ Vincenzo VERDICCHIO, op. cit., p. 68.

I presupposti necessari per la valida redazione delle DAT si trovano immediatamente elencati e sono la maggiore età e la capacità di intendere di volere; si è già visto come infatti sia impossibile per minori e incapaci rendere queste dichiarazioni in piena autonomia (articolo 3).

Esse sono rese in vista di una futura ed eventuale incapacità di autodeterminarsi della persona ma solo dopo aver ricevuto informazioni mediche adeguate circa le conseguenze delle scelte del dichiarante ma vi è chi ritiene che pur in assenza di queste previe informazioni mediche esse restino ugualmente valide non essendo previsto dalla norma il contrario²²⁵.

Con le DAT il possibile futuro paziente può esprimere ogni volontà su scelte terapeutiche e trattamenti sanitari, oppure può manifestare il proprio consenso o dissenso in merito ad accertamenti diagnostici proposti dal professionista sanitario in accordo con il principio ex articolo 32 della Costituzione secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario. Queste manifestazioni di volontà incontrano diversi vincoli normati dalla legge stessa: è da ricordare, ad esempio, che non è possibile per il malato ricorrere a trattamenti inutili o sproporzionati o esigere di essere sottoposto a quelli considerati contrari alla deontologia medica e alle buone pratiche clinico assistenziali.

Si passa poi alla disciplina di una nuova figura, quella del “fiduciario”, che deve essere indicata dal disponente quale persona, chiaramente di sua fiducia, che ne faccia le veci e che lo rappresenti nei rapporti con il medico e con le strutture sanitarie, sebbene la mancanza di tale previsione non va a invalidarle.

Ai sensi del comma 2 il fiduciario deve essere una persona maggiore di età e dotata della piena capacità di intendere e di volere e la nomina deve essere accettata da questo attraverso sua sottoscrizione.

Il ruolo del fiduciario, si deve precisare, è diverso a seconda che siano state date direttive istruttorie oppure sia stata conferita solamente una sorta di

²²⁵ Bruno DE FILIPPIS, op. cit.

delega in bianco. Nella prima ipotesi il fiduciario dovrà ergersi a garante della volontà del paziente e non potrà mai sostituire la propria a quella dell'interessato; la seconda, invece, vedrà questo soggetto operare nel maggiore interesse di questi, conformemente alle regole previste dell'ordinamento per i cosiddetti "decisori sostitutivi"²²⁶.

Il seguente comma, il quarto, afferma che le DAT mantengono il proprio valore e rilievo anche qualora la nomina del fiduciario manchi o se egli stesso non sia più in grado di esercitare le sue funzioni per morte, rinuncia o incapacità sopravvenuta, oppure per qualsiasi ragione non si adoperi per esercitare le funzioni proprie del suo incarico; in questa circostanza il giudice tutelare può provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno che si impegnerà a svolgere i compiti previsti per il fiduciario.

È già stato visto come ogni operatore sanitario sia vincolato al rispetto di queste preve disposizioni di trattamento ma può accadere che questi le disattenda, parzialmente o totalmente, in accordo con il fiduciario, poiché esse risultano "palesamente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto di sottoscrizione"; in caso di contrasto invece sarà necessario ricorrere al giudice tutelare e ad esso verrà rimessa la decisione.

La previsione contenuta in questo quinto comma dell'articolo 4 introduce un'ulteriore limitazione al rispetto delle DAT. Il primo limite, ex art. 1 co. 6, riguardava il paziente ancora in pieno possesso delle proprie facoltà, imponeva al medico di trascurarne la volontà solo se egli avesse preteso trattamenti illegali o confliggenti con la deontologia o le buone pratiche mediche; la seconda limitazione attende all'osservanza del biotestamento, cui il medico può trasgredire in tre casi specifici codificati: due dipendenti da una valutazione medica (incongruità palese o non corrispondenza al quadro

²²⁶ Patrizia BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipata sulle cure*, in *Biolaw journal – Rivista di biodiritto*, 2016, fasc. 3, p. 101.

clinico) che deve essere esaustiva e puntuale, mentre l'ultima, quella su nuove terapie, dovrà basarsi su elementi di fatto apprezzabili anche dal giudice ove venga investito del potere decisionale.

L'ipotesi qui da ultimo citata vede il medico detentore della facoltà di elusione delle dichiarazioni solamente con il consenso esplicito del fiduciario, in suo luogo, dell'eventuale amministratore di sostegno; se manchi il consenso di questi, il sanitario può ugualmente derogare al contenuto delle disposizioni anticipate con l'intervento del giudice tutelare.

Tutto ciò crea una disarmonia tra i due limiti pocanzi riportati e ciò accade per il motivo che il medico, fino a quando il paziente è pienamente cosciente e capace, può dialogare con lui e fornirgli informazioni tecniche che è sicuro comprenda e recepisca correttamente, riservandogli la possibilità di cambiare idea in ogni momento; quando questi la perda questa operazione diventa impossibile: solo ora potrà fare intervenire il giudice mentre prima no²²⁷.

Venendo ora alle *formalità per la redazione delle DAT*, ex comma 6, devono essere redatte per atto pubblico o scrittura privata autenticata o consegnata di persona presso l'ufficio dello stato civile del comune in cui risiede il disponente stesso, escludendo la possibilità di delega.

Il documento che le conterrà dovrà essere scritto, sottoscritto e datato ma la modalità di documentazione dell'avvenuta manifestazione di volontà sarà poi differente in base alla casistica: potranno essere annotate in cartella clinica, presentate all'ufficio del giudice tutelare, annotate nel registro comunale e in ulteriori sedi pertinenti. Questa soluzione è prevista per garantire il rispetto maggiore possibile delle volontà anticipate del dichiarante allo scopo di evitare l'insorgenza di incertezze o di problemi probatori circa l'autenticità, facilmente sormontabili con un testo scritto e rintracciabile²²⁸.

²²⁷ Bruno DE FILIPPIS, op. cit.

²²⁸ Patrizia BORSELLINO, op. cit., p. 102.

Non si può nemmeno, però, avere una pozione troppo rigida in materia e a questo proposito il comma medesimo esenta i pazienti dall'obbligo di redazione scritta delle DAT qualora le proprie condizioni fisiche non lo consentano; per essi è data la possibilità di espressione delle suddette con videoregistratori o dispositivi che ne consentano la comunicazione. La previsione riportata non regola anche le formalità di autenticazione delle disposizioni anticipate assunte con mezzi diversi dalla forma scritta ma è da intendersi che occorra necessariamente l'attestazione di autenticità e conformità resa da un pubblico ufficiale o la presentazione personale presso l'ufficio dello stato civile²²⁹.

Le stesse forme sono previste anche in caso di rinnovazione, modifica o revoca e in caso di quest'ultima la norma prevede anche una procedura d'urgenza, una situazione emergenziale dal punto di vista sanitario; il medico curante, se non è possibile annullare le DAT nelle forme precedentemente disciplinate, può procedervi con propria dichiarazione verbale o videoregistrata, con la sottoscrizione di due testimoni.

Da ultimo va segnalato che, qualora il cittadino voglia rendere le proprie DAT attraverso una scrittura privata semplice, diversamente dall'atto pubblico o scrittura privata autenticata, dovrà recarsi personalmente presso l'ufficio di stato civile del proprio comune di residenza e consegnarle in busta chiusa per il deposito nel Registro delle Disposizioni Anticipate di Trattamento ivi istituito con allegati i documenti necessari.

Addirittura la Legge di bilancio del 2018, la n. 205/2017, ha previsto e finanziato l'istituzione di una Banca dati per la registrazione delle DAT presso il Ministero della salute; per la realizzazione di questo progetto è stato creato un gruppo di lavoro formato dai rappresentanti del ministero, delle Regioni e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali che avrà il compito di

²²⁹ Bruno DE FILIPPIS, op. cit.

definire le informazioni sulla Banca dati, le modalità di registrazione, di utilizzo e le misure di sicurezza per la protezione dei dati personali.²³⁰

In allegazione qui di seguito, a mero titolo esemplificativo, il modello di un modulo di disposizioni anticipate previsto per la redazione delle DAT nei casi in cui non vengano scritte a mano:

Ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione italiana

Io sottoscritto/a...

Nato/a e residente a...

Delego come mio fiduciario il signore/la signora ...

Cui affido il compito di rendere edotti i medici curanti dell'esistenza di questo testamento biologico, con il quale:

AFFERMO SOLENNEMENTE con questo documento, che deve essere considerato come una vera e propria dichiarazione di volontà, il mio diritto, in caso di malattia, di scegliere tra le diverse possibilità di cura disponibili e al caso anche di rifiutarle tutte, nel rispetto dei miei principi e delle scelte di seguito indicate. Intendo inoltre che le dichiarazioni contenute in questo documento abbiano valore anche nell'ipotesi in cui in futuro mi accada di perdere la capacità di decidere o di comunicare le mie decisioni ai miei medici curanti sulle scelte da fare riguardo ad una malattia. A questi fini prevedo la nomina di un fiduciario che si impegna a garantire lo scrupoloso rispetto delle mie volontà e, se necessario, a sostituirsi a me in tutte le decisioni.

ED ESPRIMO la mia volontà di non essere sottoposto ad alcun trattamento sanitario, inclusa l'idratazione e l'alimentazione forzate, in caso di malattia o lesione traumatica cerebrale irreversibile e invalidante o in caso di malattia non curabile che mi costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che mi impediscano una normale vita di relazione e la qualità della vita per un periodo di tempo superiore a ...

²³⁰ <http://www.salute.gov.it/portale/dat/dettaglioContenutiDat>.

Le presenti volontà possono essere da me revocate o modificate in ogni momento con successiva/e dichiarazione/i nelle quali espressamente si dia atto del superamento della precedente/i indicandone gli estremi di data.

Acconsento espressamente al trattamento dei miei dati al fine della attuazione della mia volontà resa nella presente dichiarazione e dell'inserimento e della conservazione di copia della presente dichiarazione nel registro generale istituito presso ...

Luogo e data...

Firma/e...²³¹.

Successivamente a questa analisi ci si sposta ora all'articolo 5 rubricato *Pianificazione condivisa delle cure* regola la relazione tra medico e paziente ex art. 1, co 2; con riguardo all'evoluzione di una patologia invalidante e cronica o che si evolva in modo inarrestabile senza possibilità di guarigione, "può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico" il cui rispetto per il sanitario e per la sua *équipe* medica è obbligatorio "qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso in una condizione di incapacità".

Questa norma tratta specificatamente la tematica del *fine vita*, ossia le situazioni "estreme" in cui la malattia di cui è affetto il paziente abbia un decorso inarrestabile e contestualmente determini un progressivo decadimento delle facoltà vitali; verosimilmente una patologia che non preveda la possibilità di miglioramento o addirittura di guarigione.

La legge prevede che questo percorso sia deciso in concerto dal sanitario e dal malato, ottenute opportune informazioni, nell'ambito della relazione di cura e fiducia che li lega che, come visto, prevede da una parte l'autonomia nel decidere dell'assistito e dall'altra la responsabilità e la competenza del professionista sanitario.

²³¹ Modulo modello del Comune di Roma Capitale, da www.comunediroma.it.

Questo rapporto tra le due figure deve instaurarsi anche nella fase finale della vita del malato poiché la necessità primaria resta sempre quella di formare e rispettare la volontà di quest'ultimo, anche per evitare situazioni caotiche in cui egli non sia più cosciente e confliggano le volontà di altri soggetti ad esso legati²³².

L'ultima riflessione svolta è legata alla previsione del comma secondo per cui l'informazione adeguata ed esaustiva data dal medico deve coinvolgere, su consenso del malato, anche i di lui familiari, il convivente, il partner civile oppure una persona di fiducia, nell'ottica di un dialogo "pluralistico".

Il quadro di scelta riservato al paziente, pertanto, deve spiegarsi all'interno di due fattori: la qualità dell'informazione resa dal sanitario e quella di comunicazione tra lui e il medico, che deve essere aggiornata, completa e comprensibile.

Al comma terzo si trova regolato il tema del consenso alla pianificazione condivisa delle cure rispetto a quanto proposto dal sanitario, compresa eventualmente la nomina del fiduciario, se non effettuata in precedenza.

Consenso e nomina, ex co. 4, sono espressi con le medesime formalità e la stessa documentazione previste per le DAT ma qui sembra non sia prevista alcuna forma di autenticazione pubblica dato lo stato emergenziale e il fatto che presumibilmente vi sia già un rapporto clinico pregresso che abbia previsto l'ospedalizzazione del paziente e un dialogo con il suo curante.

Facendo un rapido confronto tra il presente articolo e il precedente, la situazione in esame riguarda le disposizioni dettate dal paziente che si riferiscano allo sviluppo di una "patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta" di cui sia già affetto, mentre ai sensi dell'articolo 4, l'incapacità di autodeterminazione è eventuale, futura e ipotetica e la patologia non è in atto.

²³² Bruno DE FILIPPIS, op. cit.

È da ricordarsi di come l'articolo 4, co. 1, preveda che la possibilità di esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari e accertamenti diagnostici attraverso le DAT sia esercitata da chiunque abbia raggiunto la maggiore età, possieda la piena capacità di discernimento e abbia in precedenza ricevuto informazioni cliniche adeguate circa le conseguenze di queste sue scelte; ora, questo prospetto farebbe pensare che il biotestamento redatto in assenza di tale approfondito dialogo con il medico non sia da considerarsi valido.

Previamente, è stata già accennata la teoria che smentisce questo assunto sostenendo che la legge nulla regola circa la mancanza di dialogo tra medico e paziente, dovendosi interpretare tale silenzio normativo come tacito consenso alla redazione delle DAT senza previo confronto.

I sostenitori che avallano invece l'imposizione precedente partono da presupposti diversi. La parte della legge che si occupa di disciplinare il consenso informato, nello specifico il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e quello al rifiuto di trattamenti sanitari, si applica a chi già versò in una condizione patologica accertata e sancisce che questi debba essere aggiornato in modo completo e comprensibile per poter consentire o dissentire ai trattamenti; coerentemente con tale assunto la medesima impostazione dovrebbe essere prevista per le DAT, di cui quelle ex articolo 5 costituiscono una *species*, una tipologia.

Solamente in base a ciò il consenso/dissenso potrebbe essere compiutamente formato e validamente prestato e si andrebbe ad evitare una disparità di trattamento tra le due fattispecie.

Sarebbe altresì da controllare che il disponente, nel momento di redazione del testamento di vita, non sia soggetto ad affezioni psicologiche o particolare stress emotivo e che abbia le proprie percezioni alterate, come la capacità di

intendere e di volere nonché quella di agire, in quanto persona maggiorenne, da valutare in relazione allo specifico atto da compiersi²³³.

La varietà interpretativa non riguarda solo il caso sopra riportato ma attaglia l'intera normativa, lasciando la discussione sul biotestamento soggetta a letture molteplici; in realtà il dibattito era già aperto da prima che la legge entrasse in vigore, tanto è vero che i documenti che disponevano sul fine vita venivano già raccolti dai Comuni o depositati presso i notai²³⁴.

L'articolo 6, *Norma transitoria*, si occupa della suddetta documentazione e afferma che ad essa si applicano le disposizioni previste dalla legge: tali atti, se rispettosi dei requisiti della normativa, sono da considerarsi validi e il medico sarà vincolato al loro rispetto. Anche qui, qualora manchino le necessarie informazioni previste dalla legge, l'atto non sarebbe da considerarsi nullo ma anzi valido ed efficace.

Gli ultimi due articoli, il 7 e l'8, afferiscono all'indisponibilità di nuove risorse pubbliche, *Clausola di invarianza finanziaria*, e alla previsione di una relazione annuale del Ministero della salute sullo stato di applicazione della presente legge, *Relazione alle camere*.

²³³ Vincenzo VERDICCHIO, op. cit., p. 69.

²³⁴ Bruno DE FILIPPIS, op. cit.

Conclusioni

Come emerge dal presente elaborato, il tema del *fine vita* e dell'eutanasia risulta essere controverso e problematico sotto molti punti vista: infatti esso crea interrogativi a cui è arduo dare risposta univoca e condivisa sotto il piano etico e morale, giuridico, scientifico e religioso.

Dal punto di vista giuridico, quello che più ci interessa e pertiene, l'analisi della normativa vigente e dei precedenti giurisprudenziali intercorsi, innanzitutto fa riflettere sulle conseguenze civili ma anche penali, di cui potrebbero rispondere i soggetti coinvolti in una condotta rientrante nel fenomeno eutanasi, anche alla luce del fatto che altresì i più recenti interventi normativi attorno al *fine vita* non si sono occupati di darne un fermo divieto.

Ciò che risulta da più parti auspicabile è senza dubbio che il legislatore, finalmente, si occupi di questa delicata materia ed emani una norma specifica e ragionata che possa fungere da compromesso tra le diverse risultanze presentate in questo lavoro.

Il vuoto normativo in questione infatti determina problemi su più fonti.

In primo luogo, dal punto di vista strettamente medico-sanitario, la figura del medico ed in generale di tutti gli operatori sanitari che hanno a che fare con pazienti in stato di terminalità dovrebbe essere oggetto di regolamentazione attenta e puntuale per dirimere le questioni tutt'ora incerte.

In materia di espressione del consenso e di come raccoglierlo, accertarlo e farlo rispettare è, come visto, oggetto della nuova legge, la quale però, essendo da poco entrata in vigore, non è ancora chiaro se possa risultare esaustiva o troppo generica nella sua formulazione.

Inoltre, parrebbe necessario tutelare il professionista sanitario nella propria relazione con l'assistito riguardo le scelte da compiere che, non possono colmare la situazione di lacuna normativa, attribuendo una grande responsabilità al primo nell'adottare una decisione che poi eventualmente sarà

oggetto di valutazione e pronuncia giudiziale penale per le fattispecie, ad esempio, di cui all'art. 579 c.p. dell'*omicidio del consenziente* e all'art. 575 c.p. dell'*omicidio* comune, sia esso commissivo o omissivo.

Una legge che disciplini sostanzialmente e processualmente questa materia consentirebbe al medico di poter operare in tutta tranquillità svolgendo le proprie prestazioni lavorative al meglio e, allo stesso tempo, al paziente di esercitare i propri diritti e libertà e veder rispettate le proprie decisioni, ovviamente con diverse modalità a seconda che il paziente sia capace o meno, evitando di creare equivoci giuridici.

In secondo luogo, un intervento del legislatore permetterebbe ai giudici, in particolar modo al giudice penale, di intervenire solo a séguito del verificarsi di casi di violazione della legge e di mancato rispetto dei suoi precetti, anche in caso di mancata osservanza della volontà dell'avente diritto.

Più volte i giudici, di tutti i gradi, nelle proprie pronunce relative a casi di cronaca singoli ma che poi sono diventati di rilievo pubblico, si sono espressi a favore di una presa di posizione del legislatore, quale vero detentore del potere di creare diritto *pro futuro* ed *erga omnes*.

Essi infatti si sono dovuti spesso sostituire ad esso, creando sempre però la legge del caso concreto, volta a supplire al silenzio ormai ingiustificabile dell'ordinamento.

In tal senso si è pronunciata la Corte Costituzionale lo scorso 24 ottobre sul caso di Marco Cappato e del suicidio assistito di Dj Fabo circa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella misura in cui punisce le condotte di *istigazione* e di *aiuto al suicidio* a prescindere dalla misura del loro contributo alla determinazione e al rafforzamento dell'altrui proposito suicidiario, in contrasto tanto con il diritto interno quanto con quello sovranazionale.

La Consulta, al termine dell'udienza del 23 ottobre 2018, non ha assunto una vera e propria posizione sul tema *fine vita* come le era stato richiesto dalla Corte di Assise di Milano attraverso l'ordinanza di rinvio.

Con un breve comunicato stampa i giudici costituzionali informano della decisione assunta appunto nell'ambito del caso di Marco Cappato all'esito dell'udienza, intitolandolo *Vuoti di tutela costituzionale, un anno al Parlamento per colmarli*.

In attesa della pubblicazione dell'ordinanza, è utile riportarne già il contenuto; infatti “[...] la Corte costituzionale ha rilevato che l’attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti. Per consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un’appropriata disciplina, la Corte ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell’articolo 580 codice penale all’udienza del 24 settembre 2019. [...]”.

I giudici della Consulta si sono espressi constatando solamente che l'ordinamento fino ad ora ha lasciato sprovviste di tutela situazioni che hanno tutto il diritto di trovare protezione a livello costituzionale e tale indifferenza risulta ormai intollerabile.

Il Parlamento dal canto suo è chiamato ad intervenire attivamente entro un anno con un'apposita disciplina di tali circostanze e ad occuparsi anche del corretto bilanciamento dei principi fondamentali coinvolti, in modo che non possano più sorgere in futuro conflitti circa la loro applicazione.

Per concludere, l'assenza di una normativa specifica in materia di *fine vita* evidenzia il profondo scollamento tra la realtà concreta è quella giuridica astratta che di certo non fa desistere i soggetti coinvolti nella drammatica realtà clinica quotidiana a realizzare condotte che potrebbero costituire forme di eutanasia per i pazienti in stato di malattia terminale.

Speranza di tutti è che il Parlamento si muova concretamente entro un anno e possa esprimersi in tal senso, riuscendo a tracciare i confini di ciò che è lecito o meno al fine di indirizzare nel modo più *giusto* medici, pazienti, famigliari e giudici nelle proprie scelte.

Bibliografia

AA.VV., *'Evangelium vitae' e diritto: 'Acta Symposii internationalis in Civitate Vaticana celebrati 23-25 maii 1996'*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997.

AA.VV., *Catechismo della Chiesa Cattolica*, 1997.

AGOSTINO, *De civitate dei*.

AGOSTINO, *Epistola 204*.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003.

BACON F., *Della dignità e del progresso delle scienze*, 1623.

BENEDETTO XVI, Discorso ai partecipanti al Congresso indetto dalla Pontificia Accademia per la Vita sul tema *Accanto al malato inguaribile e al morente: orientamenti etici ed operativi*, 25 febbraio 2008.

BERNARDONI P., *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

BORSELLINO P., *"Dignità": un concetto utilizzabile alla fine della vita?*, in *CEF – Comitato per l'Etica di Fine Vita*, 2007.

BORSELLINO P., *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipata sulle cure*, in *Biolaw journal – Rivista di biodiritto*, 2016.

BORSELLINO P., *Le questioni etiche del fine vita*, in *CEF – Comitato per l'Etica di Fine Vita*, 2010.

BOTTI F., *The 'gattopardesca' (ir)reformability of religious law in matters of end of life*, in *European Academy of Religion - First Annual Conference*, 2018.

CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M., *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, UTET Giuridica, Torino, 2006.

CANESTRARI S., CIMBALO G., PAPPALARDO G. (a cura di), *Eutanasia e Diritto: confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003.

CAROBENE G., *Dilemmi del fine vita nel confronto tra approccio scientifico e prospettiva religiosa (cattolica - protestante)*, in *Biolaw journal – Rivista di biodiritto*, 2016.

CENDON P. (diretto da), TODESCHINI N. (a cura di), *La responsabilità medica*, UTET Giuridica, Milano, 2016.

CHIEFFI L., POSTIGLIOLA A. (a cura di), *Bioetica e cura: l'alleanza terapeutica oggi*, Mimesis, Milano, 2014.

CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale illustrativa della formula conclusiva della 'Professio fidei'*, 1998.

D'AQUINO T., *Summa Theologiae*.

D'AVACK L., *Il disegno di legge sul consenso informato all'atto medico e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, approvato al Senato, riduce l'autodeterminazione del paziente e presenta dubbi di costituzionalità*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2009.

DE FILIPPIS B., *Biotestamento e fine vita*, CEDAM, Padova, 2018.

FALZEA P. (a cura di), *Thanatos e Nomos: questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, Napoli, 2009.

GEMMA G., *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 2017.

GIOVANNI PAOLO II, enc. *Evangelium vitae*, 1995.

HEGEL G.W.F., *Fenomenologia dello spirito*, 1807.

HUME D., saggio *Sul suicidio*, 1777.

IPPOCRATE, *Il Giuramento*.

LECALDANO E., *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Enciclopedia Treccani, versione online, 1993.

MAGRO M.B., *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 1994.

MANTOVANI F., *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Archivio giuridico*, fasc. 1, 1970.

MANTOVANI F., voce *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penali*, UTET Giuridica, Torino, 1990.

MORE T., *Utopia*, 1516.

NAPOLI D., *Il caso Cappato – DJ Fabio e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, in *Biolaw journal – Rivista di biodiritto*, 2017.

NEGRONI A.A., *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivista AIC*, 2017.

OMERO, *Iliade*.

PAPA FRANCESCO, messaggio ai partecipanti al meeting della *World Medical Association* sulle questioni del *fine vita*, 16 novembre 2017.

PAPA FRANCESCO, messaggio in *Udienza Generale*, 19 febbraio 2014.

PARDINI C., *Scelte di fine vita e amministrazione di sostegno: problemi aperti*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017.

PERSANO F., *Cure palliative in Italia tra etica e diritto*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2015.

PIO XII, *Risposte a tre quesiti religiosi e morali concernenti l'analgesia*, 24 febbraio 1957.

PLATONE, *La Repubblica*.

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

ROMBOLI R., *Conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro Italiano I*, 2009.

ROTELLI G., TESSERA D., *Diritti della personalità – Amministrazione di sostegno e urgenza terapeutica: oltre il consenso informato*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018.

RUSSO G., voce *Alleanza – Paradigma medico*, in *Enciclopedia di bioetica e sessuologia*, Torino, 2004.

SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dichiarazione sull'eutanasia*, 1980.

SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2016.

SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Diritto Penale e Processo*, 2007.

SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE, *Raccomandazioni della SICP sulla sedazione terminale/sedazione palliativa*, ottobre 2007.

TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004.

VALLINI A., *A proposito del "caso Welby". Linguaggi e principi tra la legge, la politica e i media*, in *Il Mulino – Rivisteweb*, 2017.

VALLINI A., *Paternalismo medico rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo "de iure condendo"*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013.

VERDICCHIO V., *Riflessioni sul testamento biologico tra 'jus conditum' e 'jus condendum'*, in *Libero osservatorio del diritto*, 2017.

VIAFORA C., *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1996.

VIGANÒ F., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008.

WELBY P., *Lasciatemi morire*, Rizzoli, Milano, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), *National cancer control programmes. Policies and managerial guidelines*, 2002.

ZATTI P., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Responsabilità medica: diritto e pratica clinica*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018.

Provvedimenti consultati

Normativa:

1978, Legge del 23 dicembre del 1978, n. 833 di *Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*.

1997, *Convenzione sui diritti umani e la biomedicina*.

1999, *Carta dei diritti dei morenti*, in *CEF – Comitato per l'Etica di Fine Vita*.

2000, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*.

2004, Legge 9 gennaio 2004, n. 06, *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*.

2009, Atto Senato n. 10 – 16° Legislatura, *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, approvato il 26 marzo 2009.

2010, Legge 15 marzo 2010, n. 38, *Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*.

2014, *Codice di deontologia medica*, FNOMCeO, versione online.

2017, Legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

Giurisprudenza:

1964, Corte Costituzionale, sentenza n. 45/1964.

1985, Corte Costituzionale, sentenza n. 161/1985.

1990, Corte Costituzionale, sentenza n. 307/1990.

1990, Corte Costituzionale, sentenza n. 471/1990.

1990, Corte d'Assise di Firenze, sentenza n.13/1990.

1994, Corte Costituzionale, sentenza n. 218/1994.

1996, Corte Costituzionale, sentenza n. 238/1996.

2001, Corte di Cassazione, sentenza del 27 marzo 2001, n. 36519.

2005, Corte di Cassazione, ordinanza del 20 aprile 2005, n. 8291.

2006, Tribunale Civile di Roma, sez. I, ordinanza del 16 dicembre 2006.

2007, Corte di Cassazione, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748.

2007, G.U.P. del Tribunale di Roma, sentenza del 23 luglio 2007, n. 2049.

2008, Corte Costituzionale, ordinanza dell'8 ottobre 2008, n. 334.

2008, Corte Costituzionale, sentenza del 15 dicembre 2008, n. 438.

2008, Corte d'Appello di Milano, decreto del 25 giugno 2008.

2008, Corte di Cassazione, sentenza del 13 novembre 2008, n. 27145.

2008, Tribunale di Modena, decreto del 13 maggio 2008.

2008, Tribunale di Modena, decreto del 5 novembre 2008.

2009, G.I.P. del Tribunale di Udine, richiesta archiviazione, R.G.N.R. 1426/09.

2009, TAR Lombardia di Milano, sez. III, sentenza del 26 gennaio 2009, n.214.

2012, Corte di Cassazione, sentenza del 20 dicembre 2012, n. 23707.

2017, G.I.P. del Tribunale di Milano, ordinanza per formulare l'imputazione del 10 luglio 2017.

2017, Memoria del PM e questione di legittimità costituzionale del 4 luglio 2017.

2017, Memoria difensiva di Marco Cappato con richiesta di sollevare q.l.c. del 6 luglio 2017.

2017, Tribunale di Milano, richiesta di archiviazione del 2 maggio 2017.